

## **Metro de Lima Línea 2 S.A. contra República del Perú**

### **Caso CIADI No. ARB/17/3**

#### **Resumen sobre la Decisión Sobre Competencia y Responsabilidad**

Por Yurica Ramos Montes

El 6 de Julio del 2021 el Tribunal de arbitraje internacional, compuesto por David J.A. Cairns, Guido Santiago Tawil y José Emilio Nunes Pinto, emite su decisión sobre competencia y responsabilidad en el caso Metro de Lima Línea 2 S.A. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) recibió el presente caso el 17 de enero de 2017.

En el presente caso la parte demandante es *Metro de Lima línea 2 S.A o el Concesionario* y la parte demandada es *la Republica de Perú o el Concedente*, actuando a través de Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC).

El proyecto de *La Red Básica del Metro de Lima*, conformada por cinco líneas, fue aprobado y ratificado mediante Decreto Supremo No 059-2010-MCT, el 24 de diciembre 2010 (¶ 70). El trazado del Proyecto comprende 35 estaciones en total y un recorrido previsto de 45 minutos de este a oeste y de 13 minutos de norte a sur. Una vez en operación, estaba previsto que la Línea 2 transportase hasta 1.200.000 de pasajeros al día (¶ 73). El 28 de abril de 2014 el Concesionario y la República del Perú, actuando a través del MTC, firmaron el Contrato de Concesión (¶ 96).

Por parte de la República del Perú existe una serie de organismos y entidades involucrados en el desarrollo del Proyecto (¶ 97-111). Por su parte, Metro de Lima Línea 2 S.A. creó una red de contratos y subcontratos para sacar adelante el Proyecto en las diversas etapas; como en el concurso y la adjudicación de la buena pro (¶ 112-124). Tras la firma del contrato de concesión el consorcio EPC se organizó a través de contratos de obras civiles, de contratos de suministro de equipamiento de sistemas y de suministro de material rodante (¶ 126-133).

## EL CONTRATO DE CONCESIÓN

El Tribunal hace referencia a las secciones relevantes del contrato de concesión para el análisis de la presente disputa en la parte IV (¶ 134-220). Entre ellas tenemos las siguientes:

- Algunas disposiciones del Contrato fueron modificadas mediante dos adendas con fechas de 26 de diciembre de 2014 y de 13 de diciembre de 2018 (¶ 137). La sección IV (“Plazo de concesión”) establece que la Concesión *“se otorga por un plazo de treinta y cinco (35) años, el mismo que se inicia de la Fecha de Cierre...”* (¶ 145). Durante la vigencia de la Concesión, el Concedente *“mantendrá el derecho de propiedad de los Bienes de la concesión”* mientras que *“el Concesionario tendrá la posesión, el uso y disfrute de los Bienes de la concesión, la Explotación exclusiva, la prestación del Servicio, Servicios Complementarios y Servicios Opcionales, sobre las Inversiones Obligatorias y Adicionales y Opcionales...”* (¶ 146).
- La sección 5.6 es importante para las cuestiones a decidir en este arbitraje, puesto que trata de la entrega de las áreas de la concesión por parte del Concedente al Concesionario. Un área de la concesión es *“la franja de territorio de dominio público y terrenos, cuyos componentes se encuentran establecidos en el Anexo 8, que serán entregadas por Etapas al CONCESIONARIO por el CONCEDENTE para la ejecución de las Inversiones Obligatorias y la consecuente explotación por efectos de la concesión”* (¶ 147-152).
- La sección VI se denomina “Inversiones obligatorias y pruebas de puesta en marcha” y es una sección extensa formada por setenta y cuatro cláusulas (¶ 153). La sección VI incluye una serie de disposiciones contractuales relacionada con los EDIs, las Interferencias Adicionales en el área de la concesión, y la supervisión de las Inversiones Obligatorias y de los EDIs (¶ 154). La cláusula 6.2 prevé la preparación por parte del Concesionario del Plan de Desarrollo de los EDIs, y su presentación al Concedente y al Regulador (¶ 155). La cláusula 6.11 hace referencia al cronograma de Obra detallado definido en la Propuesta Técnica (¶ 163).

## ENTREGA DEL ÁREA DE LA CONCESIÓN

El Tribunal analiza la entrega del área de la concesión en la parte V (¶ 221-231) y señala que estos temas generales surgen especialmente en relación con la entrega de las áreas de la Etapa 1A, aunque los mismos principios aplican también a la entrega de las áreas de las Etapas 1B y 2.

El Tribunal analiza la entrega de las áreas de las estaciones y los pozos de la etapa 1A (¶ 308-458), como son los pozos de ventanilla (¶ 329-358), otras estaciones como son E22 (¶ 394-410), E23 (¶ 411-425), E24 (¶ 426-444), y el patio taller Santa Anita (¶ 445-456). El Tribunal elabora un cuadro de resumen sobre la responsabilidad por retrasos en la entrega de las áreas de la Concesión de la Etapa 1A (¶ 457). Asimismo, el Tribunal analiza la entrega de área respecto a la etapa 1B y 2 (¶ 459- 491).

- **Respecto a la Etapa 1A** el Tribunal concluye que el Concedente ha incumplido la cláusula 5.16.1 del Contrato de Concesión por cuanto las áreas de la Concesión de la Etapa 1A, a excepción del Patio Taller Santa Anita, **no fueron entregadas en los plazos establecidos**; plazos que fueron modificados mediante la cláusula 3.2.1 de la Adenda No. 1 y el Nuevo Cronograma de Entrega del Área de la Concesión (Anexo I a la Adenda No. 1) (¶ 458).
- **Respecto a la Etapa 1B y 2** el Tribunal concluye que el Concedente ha infringido su obligación de entregar el área de la concesión de Bocanegra el 2 de enero de 2015, que aún no había sido entregada a la fecha de corte de este arbitraje (el 13 de diciembre de 2018). Las consecuencias de este incumplimiento se mitigan parcialmente por la ubicación alternativa de la planta de dovelas en Quilca, que se entrega de acuerdo con lo establecido en la Adenda No. 2 el 14 de diciembre de 2018 (¶ 482).

### **Los Puntos de Suministro Eléctrico en Alta Tensión (SET) y la Ubicación de las Subestaciones Eléctricas de Alta Tensión (SEAT)**

El Proyecto debe recibir energía eléctrica en Alta Tensión desde puntos de suministro ubicados en diferentes Subestaciones Eléctricas de Transmisión (“**SET**”) que forman parte de la red eléctrica de la ciudad de Lima. Una vez recibida la energía eléctrica, está debe ser transformada de 60kv a 20kv. Para ello, el Proyecto utiliza seis Subestaciones Eléctricas de Alta Tensión (“**SEAT**”) (¶ 492-545).

- El Tribunal considera que el Concesionario ha malinterpretado las respectivas obligaciones de las Partes en relación con las ubicaciones de las SEAT y no ha demostrado ningún quebrantamiento contractual por parte del Concedente en relación con la SEAT Puentes o las demás SEAT pendientes de ubicación definitiva. Por tanto, el Tribunal desestima la condena solicitada por el Concesionario en relación con las áreas de las SEAT.

## LA PREPARACIÓN Y APROBACIÓN DE LOS EDIS.

El Tribunal, en base a la posición de las partes respecto a la preparación y aprobación de los EDIs (Parte VI) (¶ 546-608) y bajo su razonamiento, señala:

- Respecto a los requisitos previos a la presentación de los EDIs (¶ 609-617) no se requería la regularización de una optimización ni la entrega del área relevante, siempre y cuando se cumplieran los requisitos de definición del área y acceso a la misma.
- Respecto a la relación entre la Propuesta Técnica y los EDIs (¶ 618-630). *Primeramente*, el hecho de que la Propuesta Técnica tenga efectos vinculantes respecto a la formulación de los EDIs debe entenderse como que la Propuesta Técnica debe ser el punto de partida para el diseño que desarrolla el Concesionario, cuya competencia de diseño no se extiende a la adopción de un diseño radicalmente nuevo y posterior a la adjudicación de la Buena Pro (¶ 627). *En segundo lugar*, la Propuesta Técnica es un estándar mínimo, al menos en lo que se refiere a funcionamiento y seguridad del Proyecto (¶ 628). *En tercer lugar*, el estándar mínimo definido en la Propuesta Técnica es evaluado en términos de resultados y no de medios (¶ 629). *Finalmente*, la responsabilidad que tiene el Concesionario por el diseño justifica que goce de mayor flexibilidad cuando se le han impuesto cambios sobre la base de las optimizaciones del Concedente (¶ 630).
- Respecto a el procedimiento de aprobación de los EDIs para la Etapa 1A (¶ 631-648), el Tribunal señala que la actitud del Concedente, que impidió el cumplimiento en plazo de las obligaciones del Concesionario en relación con la preparación y aprobación de los EDIs, no excluye la posibilidad de que exista responsabilidad paralela del Concesionario en parte de los retrasos. No obstante, aún si existiese esta responsabilidad mutua o concurrente, la conducta obstructiva del Concedente viciaría la imposición de cualquier pena contractual relacionada con el proceso de aprobación de los EDIs (¶ 648).
- Respecto a las Penalidades en relación con la subsanación y la aprobación de los EDIs y la reformulación del Plan de Desarrollo de los EDIs actualizado (¶ 649- 663), el Tribunal declara que:
  - 663.1. declara que los plazos existentes del Plan de Desarrollo de los EDIs Actualizado y las fechas máximas de aprobación de los EDIs establecidas en la cláusula 6.4 del Contrato y modificadas por la Adenda No. 1 no son exigibles al Concesionario;

- 663.2. condena al Concedente a autorizar que se reformule el Plan de Desarrollo de los EDIs Actualizado;
- 663.3. condena al Concedente a (i) devolver el importe de las penalidades correspondientes a los EDIs 1A-14 (USD 60.725,21) y 1A-17 (PEN 146.150); (ii) dejar sin efecto las penalidades impuestas al Concesionario desde el inicio del arbitraje y que no han sido pagadas; y (iii) concluir, archivar y dejar sin efecto los expedientes que se encuentran en trámite.

## **RETRASOS**

El Tribunal analiza los retrasos en base a la posición de ambas partes (Parte VII) (¶ 664- 699) y concluye que acepta la metodología de *As-Planned v As-Built*, y el análisis por parte de PAI de la línea base y las rutas críticas que se aplicarán dentro de esta metodología. También acepta las ventanas propuestas por PAI. No acepta la duración de los retrasos atribuida por los expertos a causas específicas, la atribución de responsabilidad contractual por los retrasos a causas específicas, ni el tratamiento por los expertos de la posibilidad de retrasos paralelos o concurrentes derivados de más de una causa (¶ 700-726).

### **El derecho del Concesionario a una ampliación del plazo en la Etapa 1A**

El Tribunal hace un resumen de lo señalado por las partes (¶ 727-739) y concluye que:

- Cuando el Concedente causa un retraso en la ruta crítica, el derecho del Concesionario a una ampliación del plazo no se ve modificado o reducido por la posible responsabilidad mutua (o concurrente) del Concesionario por el retraso. En el lenguaje de AACE R-29, adoptado por BRG y por el Concedente, cualquier retraso en las Obras por el Concedente es “excusable” para el Concesionario. Esto es coherente con el derogado Decreto Supremo 059-96-PCM, que autorizaba una ampliación en un periodo equivalente al entorpecimiento o la paralización a razón de la acción o la omisión del Estado, así como la cláusula 6.42 (¶ 741).

### Ampliación de plazo/retrasos críticos Etapa 1A

Periodo	Retraso Total ruta crítica	Retraso del Concedente	
Periodos 1-3	397	397	(E-24)
Periodo 4	150	21	(E-24)
Periodos 5-7	332	159	(E-20)
		129	(1A-06 y 1A-08)
Periodo 8	64	1	(1A-06)
Periodos 9-10	208	186	(TE-224 y EL20-10A)
Periodos 11-12	134	134	(TE-224 y EL20-10A)
<b>Total</b>	<b>1285</b>	<b>1027</b>	

### Retrasos y cálculo de daños: Etapa 1A

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1326 del Código Civil peruano, la indemnización que el Concesionario tiene derecho a recibir debe ser reducida en la medida en que sus propios retrasos también afectaron a la ruta crítica del Proyecto (¶ 800). Las conclusiones del Tribunal en relación con el derecho del Concesionario a compensación por los retrasos en la Etapa 1A se resumen a continuación (¶ 813):

Periodo	Retraso responsabilidad del Concedente (días)	Derecho a daños del Concesionario (días)
Periodos 1-3	397	344
Periodo 4	21	21
Periodos 5-7	288	57
Periodo 8	1	0
Periodos 9-10	186	186
Periodos 11-12	134	134
<b>Total</b>	<b>1027</b>	<b>742</b>

El Tribunal ha determinado que el Concedente quebrantó sus obligaciones contractuales con respecto de la Etapa 1A. El derecho peruano requiere que el Concedente indemnice al Concesionario por los daños y perjuicios por la inejecución de sus obligaciones (artículo 1321 del Código Civil). El derecho peruano también prevé la reducción del resarcimiento por actos del acreedor (artículo 1326) y también una determinación discrecional si el resarcimiento “no pudiera ser probado en su monto preciso” (artículo 1332). No se trata de la prueba de los daños (sobre la cual el Tribunal decidirá en todos sus aspectos más adelante) sino del ajuste de los daños (en la medida en que sean probados) a la decisión del Tribunal sobre el ámbito de las obligaciones quebrantadas. El Tribunal considera que este ajuste, que debe basarse en la prueba ya presentada, será en gran medida un ejercicio de aritmética (¶ 819).

### **Ampliación de plazo/retrasos críticos Etapas 1B y 2 (820- 830)**

- El Tribunal declara que al 13 de diciembre de 2018 y por causas imputables al Concedente, el plazo de ejecución de las Inversiones Obligatorias: de la Etapa 1B ha sufrido un retraso de 1444 días Calendario; de la Etapa 2 ha sufrido un retraso de 1448 días calendario. En este sentido, el Tribunal condena al Concedente a que otorgue una ampliación del plazo de ejecución de las Inversiones Obligatorias de la Etapa 1B de 1444 días y de la Etapa 2 de 1448 días de acuerdo con la cláusula 6.42 del Contrato.

### **Retrasos y el cálculo de daños: Etapas 1B y 2**

- El Tribunal ha decidido que el Concedente es responsable de todo el retraso de las Etapas 1B y 2. No se ha demostrado una responsabilidad paralela por parte del Concesionario ni responsabilidad concurrente por retrasos en la ruta crítica. En virtud de lo anterior, debe indemnizarse al Concesionario por todos los retrasos atribuibles al Concedente por las Etapas 1B y 2 (¶ 831).

### **SISTEMAS DE EVACUACIÓN**

El Tribunal analiza la posición de las partes respecto a los sistemas de evacuación (parte VIII) (¶ 832-869) y luego toma nota de las siguientes consecuencias de su decisión (¶ 881):

- 881.1. Las observaciones realizadas por el Concedente durante el procedimiento de revisión y aprobación de los EDIs basadas en cambios a los sistemas de evacuación identificados por Exponent se consideran justificadas;
- 881.2. El hecho de que las objeciones realizadas sobre esta base estén justificadas no liberan al Regulador ni al Concedente de su obligación de cumplir con los límites temporales impuestos por la cláusula 6.4 del Contrato para emitir su opinión u observaciones;
- 881.3. En consecuencia, la validez de las objeciones del Concedente no afecta al derecho del Concesionario a obtener una extensión en el plazo en virtud de los retrasos del Concedente en el procedimiento de aprobación de los EDIs, como ya se ha determinado con anterioridad en esta Decisión. La validez y el carácter justificado de las objeciones del Concedente y el tiempo excesivo que este empleó para expresar sus observaciones y objeciones son dos cuestiones completamente separadas e independientes;

## TEMAS SÍSMICOS

El Tribunal analiza el tema sísmico y la presentación de los EDIS de la Etapa 1A (Parte IX) (¶ 885-891), y los informes sísmicos de las partes (¶ 892-902). Así como la aprobación de los EDIS de obra civil de las estaciones de la etapa 1A (¶ 903-904). En base a la posición de las partes (¶ 905-919) y su análisis, el Tribunal sostiene que:

- Que el Concedente ha intentado imponer una optimización del Contrato insistiendo en un PRP de 2500 años, cuando el periodo de retorno contractual de la Propuesta Técnica era de 475 años (¶ 937).
- La Propuesta Técnica es un estándar mínimo, al menos en lo que se refiere a funcionamiento y seguridad del Proyecto. El estándar mínimo definido en la Propuesta Técnica es evaluado en términos de resultados y no de medios (ver Sección VI.6(c)(ii) más arriba). En términos de funcionamiento, seguridad del Proyecto y resultados, los cálculos sísmicos del Concesionario en los EDIs mejoraban los de la Propuesta Técnica (¶ 938).
- Finalmente señala que era comprensible que, en una zona de riesgo sísmico significativa, el Concedente quiera maximizar la protección frente a los sismos. Los criterios del Concedente y de sus consultores han prevalecido; los EDIs han sido modificados “bajo protesta” para mantener el dimensionamiento de la Propuesta Técnica, que el Concedente considera que ofrece mayor seguridad sísmica. Sin embargo, los EDIs originalmente presentados por el Concesionario cumplían con el Contrato y, por tanto, el Concedente es responsable por los retrasos y los costes adicionales que han resultado de la exigencia de la optimización del periodo de retorno promedio de la Propuesta Técnica (¶ 939).
- El Tribunal señala que la prueba demuestra que los retrasos en la aprobación de los EDIs se debieron a la insistencia infundada del Concedente en que prevaleciera su interpretación de la Propuesta Técnica (¶ 946). El Tribunal concluye que no queda justificado el requerimiento del Concedente de los análisis sísmicos de las demás estaciones en un escenario de seguridad con un periodo de retorno de 2500 años, ni tampoco la entrega de los análisis de PLAXIS de la Estación E-24 Mercado Santa Anita (¶ 949).



## RECONVENCIÓN

La República del Perú ha interpuesto una demanda reconvenicional (Parte X) mediante la que reclama (i) los daños socioeconómicos y ambientales sufridos por el retraso en la puesta en operación de la Línea 2 del Metro; y (ii) las penalidades impuestas al Concesionario respecto al incumplimiento de los plazos para la subsanación de observaciones a los EDIs no pagadas por el Concesionario (¶ 950).

- **Respecto a los daños socioeconómicos y ambientales.** El Tribunal analiza la posición de las partes (¶ 952-972) y desestima la demanda reconvenicional por los daños socioeconómicos y ambientales sufridos por el retraso en la puesta de operación de la Línea 2 del Metro. El Concedente no ha demostrado la existencia de incumplimientos por parte del Concesionario de sus obligaciones de culminar las obras en los plazos máximos establecidos, y, en cualquier caso, los daños por este incumplimiento se verían limitados a los importes calculados de conformidad con las penalidades contractuales y el procedimiento de las cláusulas 17.12-17.17 del Contrato (¶ 984). El Tribunal asimismo señala que, a la luz de esta decisión, no necesita analizar los demás argumentos expuestos ni la prueba pericial en relación con los daños socioeconómicos y ambientales (¶ 985).
- **Respecto a las penalidades.** El Tribunal analiza la posición de las partes (¶ 986-992) y desestima la reconvenición en relación con las penalidades relacionadas con los retrasos de los EDIs (¶ 996). Respecto a las penalidades respecto a la entrega de los estudios de riesgo, el Tribunal señala que estas penalidades fueron objeto de un laudo arbitral en favor del Concedente y, habiendo sido ya decididas en otro foro adecuado, el Tribunal no tiene jurisdicción para decidir sobre las mismas (¶ 998).

## DAÑOS: LA LEGITIMACIÓN DEL CONCESIONARIO

La Demandante ha realizado una serie de reclamos de daños (Parte XI) (¶ 1015-1022) que incluyen tanto pérdidas sufridas directamente por el Concesionario como pérdidas sufridas por terceros y que reclama el Concesionario. Luego de analizar la posición de las partes (¶ 1004-1022), el Tribunal señala que los proyectos de infraestructura de gran envergadura dan lugar a cadenas de contratos que definen los derechos y obligaciones de los participantes en la cadena contractual desde el propietario hasta el contratista principal, subcontratistas y proveedores (¶ 1023). En ese sentido, el Tribunal afirma que:

- La Demandante tiene legitimación para efectuar las reclamaciones porque ellas son efectuadas por cuenta propia y se basan en un alegado incumplimiento del Contrato de Concesión del que el

Concesionario es parte. Los reclamos son admisibles pues el Concesionario alega que tiene derecho a compensación inmediata por estos daños y pérdidas, no existiendo impedimento para que el Tribunal considere esta cuestión, emitiendo un laudo en relación con los reclamos formulados por el Concesionario, incluyendo los daños reclamados y el resto del petitum (¶ 1037). Además, señala que una cuestión diferente es si la Demandante ha probado los daños que alega haber sufrido. (¶ 1038).

- Por tanto, el Tribunal declara que tiene competencia en relación con las reclamaciones del Concesionario por daños económicos de construcción. Dichas reclamaciones son admisibles, y el Concesionario está legitimado para formularlas; pero que Cualesquiera otras decisiones relativas a los daños, así como a los costes, se reservan para ser decididas en el Laudo.