

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**  
**TERCERA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

---

EXPEDIENTE : 5833-2019  
DEMANDANTE : LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.  
DEMANDADO : OSITRAN  
MATERIA : nulidad de resolución administrativa

**SENTENCIA DE VISTA**

**RESOLUCIÓN NÚMERO 06**

Lima, veintisiete de mayo de dos mil veintidós. -

**Vista la causa en Audiencia Pública;** con el expediente administrativo que se tiene a la vista al momento de resolver, interviene como Magistrada Ponente la señora Cabello Arce, y **CONSIDERANDO** :

**PRIMERO.-** vienen en grado de apelación a esta instancia las siguientes resoluciones:

i. El **auto** contenido en **Resolución número 08** de fecha 02 setiembre 2020 (fs. 1288 a 1289), que tuvo por cumplido y subsanado lo dispuesto en la resolución siete. La apelación fue concedida a la entidad emplazada sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida por auto número 10 (fs. 1328).

ii. La **Sentencia** contenida en la **Resolución número 13** de fecha 22 febrero 2021, corriente de fojas 1385 a 1404 de autos, que declaró INFUNDADA la demanda. La apelación ha sido interpuesta por la empresa demandante y concedida mediante resolución número 14 obrante a fojas 1435 de autos.

**SEGUNDO.-** el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito que sea anulada o revocada, total o parcialmente, conforme establece el artículo 364 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente caso.

Sin embargo, en el trámite del recurso de apelación, se tiene en cuenta el aforismo "tantum devolutum quantum appellatum", según el cual el órgano judicial revisor solo se pronunciará sobre aquello que le es sometido en el recurso impugnatorio; es decir, respecto de los agravios y pretensión del apelante, que constituyen los parámetros sobre lo cuales debe versar la absolución del grado. En tal contexto, corresponde examinar si la decisión apelada del A quo se encuentra ajustada a derecho.

**TERCERO.- apelación del auto número 08 .-**

La entidad apelante sostiene en su escrito de apelación de fojas 1303 a 1327 de autos, los siguientes argumentos:

i. La copia del Testimonio de Escritura Pública que adjunta la demandante es de fecha 04.02.2020, es decir, la manifestación de voluntad ahí contenida se dio después de más de ocho meses de interpuesta la demanda; en consecuencia, resulta evidente que la supuesta autorización expresada en dicho documento no tiene el carácter de previa, pese a que dicho carácter era el requerido a través del Poder Parcial que consta en la Escritura Pública de fecha 29.12.14, para que se tenga por válida la representación de la apoderada en cuanto al extremo referido a “demandar judicialmente”.

iii. A través de la copia del Testimonio de Escritura Pública que adjunta la accionante para “subsana” lo señalado por el A quo al momento de declarar fundada la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante, en ningún extremo otorga a la señora Milagros Lizet Montes Morote la autorización expresa y previa para demandar judicialmente.

**CUARTO .-** Conforme se advierte de los actuados judiciales, la entidad demandada OSITRAN dedujo la excepción de representación defectuosa o insuficiente de la demandante, alegando que la demanda fue presentada por Milagros Montes Morote en su condición de apoderada de la empresa Lima Airport Partners S.R.L., sin la autorización expresa de dos (02) Gerentes de la sociedad.

En atención a ello, el Juzgador mediante resolución número 07 de fecha 23 enero 2020 (fojas 1258 a 1259 de autos), declaró **“FUNDADA** la excepción de representación defectuosa o insuficiente de la demandante deducida por la entidad demandada; En consecuencia, **SUSPÉNDASE EL PROCESO** hasta por el término de **cinco días hábiles a fin de que adjunte documento que acredite la representación legal de la entidad demandante**; bajo apercibimiento de rechazar la demanda”. La mencionada resolución de notificó el 28 enero 2020, conforme aparece del cargo de entrega de cedula de notificación (fs. 1260).

A fin de cumplir con lo indicado, y dentro del plazo otorgado, mediante escrito de fecha 05 febrero 2020, la demandante presentó su escrito de “subsanción de representación”, adjuntando copia legalizada de la escritura pública de fecha 04 febrero 2020 (fojas 1274 a 1275), en la cual dos de sus Gerentes, el Gerente General (Juan José Salmón Balestra) y el Gerente Central de Administración y Finanzas (Asunta María del Pilar Vizcarra Albarracín), autorizan a su Apoderada la Dra. Milagros Lizet Montes Morote, y ratifican que la demanda que ha dado origen a este proceso ha sido presentada en representación de Lima Airport Partners S.R.L. y dentro de las facultades conferidas a dicha apoderada.

En ese sentido, al haber cumplido la accionante con presentar el documento que acredita la delegación de facultades de su apoderada, tal como le fue requerido por el juzgado, por resolución número 08 de fecha 02 setiembre 2020, se tuvo por cumplido y subsanado lo dispuesto en la resolución número 07.

**QUINTO.-** Por tanto, de los actuados se advierte que el juzgado cumplió con lo dispuesto en el artículo 451° del Código Procesal Civil, el cual señala: “Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara **fundada** alguna de las excepciones enumeradas en el Artículo 446, el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce los efectos siguientes: (...) 2. Suspender el proceso hasta que se **subsane el defecto o la insuficiencia de representación del demandante** dentro del plazo que fijará el auto resolutorio.(...)”.

**SEXTO.-** Ahora bien, la apelante sostiene que el Poder otorgado para demandar debía ser previo a la interposición de la demanda, y de la copia del testimonio de escritura pública presentada por la accionante para subsanar el requerimiento del Juzgado, en ningún extremo se lee que dicha autorización sea previa a la interposición de la demanda.

Sobre el particular, cabe precisar que la demandante ha acreditado contar con la autorización de los 02 Gerentes para interponer la demanda, y si bien es cierto, dicha autorización no fue previa a la interposición de la demanda, justamente, la posibilidad de “subsanaarla” fue otorgada por el Juzgado en aplicación de lo dispuesto por el artículo 451 numeral 2) del Código Procesal Civil, y ello determina que la autorización pueda ser efectuada con posterioridad a la interposición de la demanda, en tanto no existe prohibición legal para ello. En consecuencia, éste argumento merece ser desestimado.

#### **SÉTIMO.- Apelación de Sentencia .-**

En su recurso impugnatorio de fojas 1409 a 1434 de autos, la demandante expone en síntesis los siguientes agravios:

i. La sentencia incurre en manifiestos defectos de motivación que conllevan su nulidad, pues no analiza – ni siquiera menciona – los argumentos que realmente sustentaron el reclamo hechos por LAP en su demanda, los cuales no pasaban por circunscribirse a los “Lineamientos Metodológicos”, sino que, lo que LAP solicitó en la demanda era que se atiene el verdadero espíritu y motivación del Estado Peruano y LAP para la incorporación de dichos lineamientos en el Contrato de Concesión y por ende, que se apliquen de forma armónica y coherente con los criterios seguidos por OSITRAN en las revisiones tarifarias anteriores.

ii. El primer error en que incurre la sentencia, es cuando expresa una apreciación absolutamente equivocada respecto de los alcances y sentido de los "Lineamientos Metodológicos" introducidos con la Adenda N° 7 del Contrato de Concesión suscrita el 25 julio entre el Estado Peruano y LAP. El Juzgado no ha analizado la interpretación y aplicación de los "Lineamientos Metodológicos" de forma coherente con su finalidad y con los criterios aplicados por el propio OSITRAN en los periodos anteriores. Dicha consideración incorrecta de los "Lineamientos Metodológicos" ocasionó que al momento de analizar cada una de las variables en cuyo cálculo OSITRAN se alejó abrupta e injustificadamente del criterio seguido en los periodos tarifarios anteriores, la sentencia se limite a confirmar la validez de la actuación de OSITRAN, única y exclusivamente, invocando el supuesto cumplimiento "escrupuloso" de lo recogido en dichos lineamientos.

iii. El segundo error en que incurre la sentencia se encuentra relacionado en torno a la vulneración al principio de predictibilidad por parte de OSITRAN, al calcular la variable PTF, pues como ha quedado acreditado en el expediente, desde el inicio de la relación contractual entre el Estado Peruano y LAP, a efectos de calcular esta variable, OSITRAN utilizó la serie de la productividad total de factores de la economía que utilizó OSIPTEL en las revisiones del factor de productividad de Telefónica del Perú. Para la revisión del factor de productividad de Telefónica aplicable para el periodo 2016-2019, el OSIPTEL decidió no estimar por propia cuenta el PTF, sino utilizar una fuente externa, siendo dicha fuente en ese caso el BCR; por lo cual, siendo la conducta habitual de OSITRAN seguir el criterio utilizado por OSIPTEL, LAP esperaba que para el periodo 2019 en adelante, dicha entidad vuelva a actuar de la misma forma, recurriendo esta vez a la información obtenida del BCR, sin embargo no fue así, pues de forma imprevisible OSITRAN se ha alejado del criterio aplicado por OSIPTEL, pues acudió a la estimación del PTF hecho por TCB.

iv. El Tercer error en que incurre la sentencia, se encuentra relacionado con la variable "Precio de Alquiler de Capital (Insumo Capital)", pues en la revisión del año 2019 (en doce dichos precios negativos han aparecido nuevamente), OSITRAN en lugar de seguir los criterios de las revisiones anteriores, realiza una lectura literal y cerrada de los "Lineamientos Metodológicos", interpretando que "obligatoriamente" debía utilizar en el cálculo de las unidades y precio del capital el IPM , excluyendo algunos rubros, y ajustado por tipo de cambio.

v. Finalmente, el cuarto error de la sentencia se encuentra relacionado a la modificación del criterio para el cálculo de la variable "Estructura deuda capital", la

cual incide en el costo promedio ponderado de Capital – WACC, pues OSITRAN introdujo un cambio metodológico ante situaciones que son claramente similares.

**OCTAVO.-** En el caso de autos, la empresa demandante plantea las siguientes pretensiones en su demanda :

- Pretensión Principal: se declare la nulidad parcial de la **Resolución de Consejo Directivo N° 0008-2019-CD-OSITRAN** de fecha 18 febrero 2019, en el extremo que declara infundado el recurso de reconsideración interpuesto por LAP contra la **Resolución de Consejo Directivo N° 041-2018-CD-OSITRAN** de fecha 11 diciembre 2018, estableciendo un “factor de productividad” de +3,26 vigente hasta el 31 de diciembre del segundo año del inicio de operación del nuevo terminal de pasajeros o, como máximo, hasta el 31 de diciembre de 2026, lo que ocurra primero, aplicable a las siguientes tarifas de los servicios prestados por LAP al interior del AIJCH: (i) Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto (TUUA) nacional e internacional; (ii) Tarifa de aterrizaje y despegue nacional e internacional; (iii) Tarifa de estacionamiento de aeronaves nacional e internacional; (iv) Tarifa por uso de puentes de abordaje; y (v) Tarifa por uso de instalaciones de carga.

- Primera Pretensión Accesorio de la Pretensión Principal: se declare la nulidad total de la **Resolución de Consejo Directivo N° 041-2018-CD-OSITRAN** de fecha 11 diciembre 2018, por la cual se determina un “factor de productividad” de +3,41 vigente hasta el 31 diciembre del segundo año del inicio de operación del nuevo terminal de pasajeros o, como máximo, hasta el 31 diciembre 2026, lo que ocurra primero, aplicable a las siguientes tarifas de los servicios prestados por LAP al interior del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez: (i) Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto (TUUA) nacional e internacional; (ii) Tarifa de aterrizaje y despegue nacional e internacional; (iii) Tarifa de estacionamiento de aeronaves nacional e internacional; (iv) Tarifa por uso de puentes de abordaje; y (v) Tarifa por uso de instalaciones de carga.

- Segunda Pretensión Accesorio de la Pretensión Principal: se ordene a OSITRAN la emisión de una nueva resolución de fijación del “factor de productividad” aplicable para el periodo en mención, aplicando los criterios utilizados en los periodos tarifarios anteriores, en concordancia con los “Lineamientos Metodológicos” introducidos con la Adenda No. 7 del Contrato de Concesión suscrita el 25 julio 2017 entre el Estado Peruano y LAP.

**NOVENO.-** de la revisión de los actuados administrativos se verifican lo siguientes hechos:

i. Por **Resolución de Consejo Directivo N° 041-2017-CD-OSITRAN** de fecha 20 diciembre 2017, sustentada en el Informe N° 013-17-GRE-GAJ-OSITRAN, OSITRAN dispuso el **inicio del procedimiento de oficio para la revisión del Factos de Productividad de LAP**, que estaría vigente a partir del año 2019 hasta el 31 diciembre del segundo año del inicio de operación del nuevo terminal de pasajeros o como máximo hasta el 31 diciembre 2026, lo que ocurra primero.

ii. Mediante Carta N° C-LAP-GPF-2018-0076, presentada el 21 marzo 2018, **LAP remitió su propuesta** de Factor de Productividad equivalente a – 0,55% (fojas 215 a 241 E.A.)

**Resolución N° 021-2018-CD-OSITRAN** de fecha 22 agosto 2018 (fojas 461 a 464 E.A.), el Consejo Directivo dispuso, entre otros, en su artículo 1° disponer la publicación en el diario oficial “peruano” y en el Portal Institucional de OSITRAN: i) el Proyecto de resolución de Revisión del Factor de Productividad del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez; ii) su Exposición de Motivos; y iii) la relación de documentos que sustentan dicho proyecto; artículo 2° disponer la publicación de la “Propuesta de Revisión del Factor de Productividad” en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez” en el portal institucional de OSITRAN; **artículo 4° otorgar un plazo de 20 días hábiles para que los interesados remitan por escrito al OSITRAN sus comentarios o sugerencias.**

iii. El 12 setiembre 2018, se llevó a cabo la sesión del Consejo de Usuarios de Aeropuertos en el cual la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos expuso y sustentó la propuesta de OSITRAN, recibiendo comentarios y sugerencias de los asistentes.

iv. El 24 setiembre 2018, se llevó a cabo la Audiencia Pública Descentralizada en la sede de OSITRAN, en la cual la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos expuso los criterios, metodología, estudios y modelo económico, que sirvieron de base para la elaboración de la Propuesta de OSITRAN.

v. Mediante Carta C-LAP-GPF-2018-0806 de fecha 01 octubre 2018 (fojas 499 a 505 E.A.), la accionante presentó sus comentarios a la Propuesta de revisión del Factor de Productividad.

vi. El 30 octubre 2018, el Consejo Directivo de OSITRAN concedió el uso de la palabra a la accionante, en el cual dicha parte se reafirmo su posición ante la propuesta del OSITRAN.

**vii. Por Resolución de Consejo Directivo N° 041-2018-CD-OSITRAN** de fecha 11 diciembre 2018 (fojas 682 a 687 E.A. ), se resolvió en el **artículo 1° Aprobar el Factor de Productividad de 3,41%,** el cual se aplicará una vez cumplido el plazo previsto en el artículo 22 del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN. Dicho factor se mantendrá vigente desde enero 2019 hasta el 31 diciembre del segundo año del inicio de operación del nuevo terminal de pasajeros o como máximo hasta el 31 diciembre 2026, lo que ocurra primero; **artículo 2° El Factor de Productividad a que se refiere el artículo precedente se aplicará de conformidad al Contrato de Concesión y al Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, mediante la regla RPI-3,41%, denominado mecanismo de precio tope, a las canastas regulatorias formadas por los servicios de uso de aeropuerto nacional e internacional, aterrizaje y despegue nacional e internacional, estacionamiento de aeronaves nacional e internacional, uso de puentes de embarque, y uso de instalaciones de carga, prestados por Lima Airport Partners S.R.L. en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.** Donde RPI representa la variación del índice de Precios al Consumidor de Estados Unidos de América correspondiente a los últimos 12 meses, publicado por US Bureau of Labor Statistics; **artículo 3°** El precio tope calculado mediante la regla RPI -3,41% se aplicará anualmente a las siguientes canastas de servicios regulados: . Aeronaves: formada por los servicios de aterrizaje y despegue nacional, aterrizaje y despegue internacional, estacionamiento de aeronaves nacional, estacionamiento de aeronaves internacional y uso de puentes de embarque, . Pasajeros: formada por los servicios de uso de aeropuerto (TUUA) nacional y uso de aeropuerto (TUUA) internacional, . Carga: formado por el servicio de uso de instalaciones de carga.

viii. Con fecha 07 enero 2017, la demandante Lima Airport Partners S.R.L. interpuso recurso de reconsideración (fojas 694 a 702 E.A.)

**ix. Resolución de Consejo Directivo N° 0008-2019-CD-OSITRAN** de fecha 18 febrero 2019 ( fojas 10 a 13), se resolvió en su **artículo 1°** declarar PARCIALMENTE FUNDADO el recurso de reconsideración interpuesto por Lima Airport Partners S.R.L. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 041-2018-CD-OSITRAN, en los extremos referidos al cálculo del insumo Productos Intermedios (materiales) y al Costo Promedio Ponderado del Capital (específicamente sobre el ratio de apalancamiento del año 2017 y costo de deuda de la empresa del año 2017), e INFUNDADO en los demás extremos; en consecuencia **el Factor de Productividad será de +3,26%,** el cual estará vigente hasta el 31 de diciembre del segundo año del inicio de operación del nuevo terminal de pasajeros o, como máximo, hasta el 31 de diciembre de 2026, lo que ocurra primero; **artículo 2°** El FACTOR DE Productividad a que se refiere el artículo precedente se aplicará de conformidad al Contrato de Concesión y al Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, mediante la regla **RPI-3,26%,** denominado mecanismo de precio tope, a **las canastas regulatorias formadas por los servicios de uso de aeropuerto nacional e internacional, aterrizaje y despegue nacional e internacional, estacionamiento de aeronaves nacional e internacional, uso de puentes de embarque, y uso de instalaciones de carga,** prestados por Lima Airport Partners S.R.L. en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. Donde RPI representa la variación del índice de Precios al Consumidor de Estados Unidos de América correspondiente a los últimos 12 meses, publicado por US Bureau of Labor Statistics; **artículo 3°** El precio tope calculado mediante la regla RPI -3,26% se aplicará anualmente a las siguientes canastas de servicios regulados: . Aeronaves: formada por los servicios de aterrizaje y despegue nacional, aterrizaje y despegue internacional, estacionamiento de aeronaves nacional, estacionamiento de aeronaves internacional y uso de puentes de embarque, . Pasajeros: formada por los servicios de uso de aeropuerto (TUUA) nacional y uso de aeropuerto (TUUA) internacional, . Carga: formado por el servicio de uso de instalaciones de carga; dándose por agotada la vía administrativa.

**DÉCIMO.-** Conforme se observa de los actuados, la empresa actora cuestiona la aprobación hecha por OSITRAN del "Factor de productividad" vigente en el actual periodo tarifario, y que será aplicable a las siguientes tarifas de los servicios brindados por su empresa al interior del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez: (i) Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto (TUUA) nacional e internacional; (ii) Tarifa de aterrizaje y despegue nacional e internacional; (iii) Tarifa de estacionamiento de aeronaves nacional e internacional; (iv) Tarifa por uso de puentes de abordaje; y (v) Tarifa por uso de instalaciones de carga.

**DÉCIMO PRIMERO.-** Según la empresa demandante, al establecer el mencionado Factor de productividad OSITRAN ha vulnerado el "Principio de Predictibilidad", pues de manera inopinada ha modificado criterios económicos que venían aplicándose en las fijaciones tarifarias anteriores y que habían sido no solamente aceptados por dicha parte, sino que eran idóneos para el establecimiento de un factor que refleja adecuadamente la productividad de su operación, este cambio de criterio es respecto de los siguientes aspectos: **i) Productividad Total de Factores de la Economía; ii) Precio de alquiler (insumo capital); y iii) Estructura deuda capital (que incide en el costo promedio ponderado de capital WACC).**

Agrega además que las modificaciones introducidas por OSITRAN no se explican ni se justifican válidamente, pues era indispensable una explicación concreta y objetiva de la necesidad del cambio de criterio, lo que no se ha dado.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** Sobre el particular, **el Principio de predictibilidad** contemplado en el numeral 15 del artículo IV de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, señala: "La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá".

Respecto a ello el Tribunal Constitucional en el expediente N° 0016-2002-AI/TC, ha señalado lo siguiente: "3. Principio de la seguridad jurídica (continente de la confianza legítima) forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5)»".

**DÉCIMO TERCERO.-** Al respecto, en el Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez", en el Apéndice 2 del Anexo 5, se estableció lo siguiente:

ANEXO 5 POLITICA SOBRE TARIFAS

**Apéndice 2**

**Nivel máximo de tarifas a ser aplicadas por el Concesionario**

(...)

A partir del noveno año de vigencia de la concesión, para el reajuste de la TUUA y del aterrizaje/despegue nacional e internacional **se aplicará la formula RPI - X**, mediante el cual las tarifas se reajustarían periódicamente por la variación del índice de precios al consumidor de los EEUU, representado por el RPI, menos un porcentaje estimado de los incrementos anuales de productividad, representado por X. Este último porcentaje será calculado por OSITRAN y permanecerá fijo por un período de cinco años.

Entonces, conforme al Contrato de concesión suscrito, las tarifas se reajustan periódicamente bajo la fórmula "RPI – X", correspondiendo a OSITRAN determinar el valor de "**X**" (**Factor de Productividad de Lima Airport Partners SRL**).

**DÉCIMO CUARTO.-** Posteriormente, con fecha 25 julio 2017, LAP y el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante LAP) suscribieron la **Adenda N° 7** del referido Contrato de Concesión, en el cual se estableció lo siguiente:

**Adenda N° 7**

Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez

**CLAUSULA TERCERA: MODIFICACIONES AL CONTRATO DE CONCESIÓN**

Mediante la presente Adenda, las partes acuerdan modificar (...), el Apéndice 2 del Anexo 5, (...) del CONTRATO DE CONCESIÓN, las cuales quedarán redactadas conforme se señala en el presente documento.

En ese sentido, **las partes acuerdan** lo siguiente:

**14. Modificación del Apéndice 2 del Anexo 5**

Para el reajuste tarifario a aplicarse en el periodo regulatorio que se inicia en el año 2019, de forma excepcional, **el factor "X" que sea calculado por OSITRAN** estará vigente hasta el 31 de diciembre del segundo año del inicio de operaciones del nuevo terminal de pasajeros o como máximo al 31 de diciembre de 2026, lo cual ocurra primero. **Exclusivamente para este período, el OSITRAN seguirá los lineamientos establecidos en el ANEXO N° 1 de la Adenda N° 7, que se integrará como Apéndice 5 del Anexo 5 del presente Contrato de Concesión.** En los siguientes períodos regulatorios, el factor "X" será calculado nuevamente por un periodo de cinco (5) años. (ver fojas 701 de autos).

Asimismo, el Anexo N° 1 de la mencionada Adenda N° 7, prescribe:

**"Anexo N° 1**

**Lineamientos metodológicos**

Para el caso del factor de productividad que estará vigente a partir del año 2019 hasta el 31 de diciembre del segundo año del inicio de operación del nuevo terminal de pasajeros o como máximo hasta el 31 de diciembre de 2026, **y exclusivamente para este caso, el OSITRAN seguirá los siguientes lineamientos metodológicos en el cálculo del factor de productividad.** (...)"



**DÉCIMO QUINTO.-** En ese sentido, a partir de la suscripción de la Adenda N° 7 del Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, el Estado Peruano y la empresa demandante Lima Airport Partners S.R.L. por **mutuo acuerdo** establecieron que para el periodo que se inicia en el año 2019 hasta el 31 de diciembre del segundo año del inicio de operaciones del nuevo terminal de pasajeros o como máximo al 31 de diciembre de 2026, lo que ocurra primero, **para la determinación del Factor X el OSITRAN debe seguir los Lineamientos Metodológicos incorporados en el Apéndice 5 del Anexo 5 del Contrato de Concesión.**

En atención ello, el acatamiento por parte del Ositran de los "Lineamientos Metodológicos" incorporados como Apéndice 5 del Anexo 5 del contrato de concesión, para el cálculo del Factor de Productividad de LAP en el periodo en cuestión, resultaba de cumplimiento obligatorio.

**DÉCIMO SEXTO.-** Ahora bien, respecto al argumento de la apelante referido a la vulneración al Principio de predictibilidad, resulta un hecho no controvertido por ambas partes que en los dos primeros procedimientos de revisión tarifaria, el Contrato de Concesión no contemplaba criterios respecto a la forma de determinación del Cálculo del Factor de Productividad de LAP.

Sin embargo, para el procedimiento de revisión del Factor de Productividad del periodo que se inicia en el año 2019 hasta el 31 de diciembre del segundo año del inicio de operaciones del nuevo terminal de pasajeros o como máximo al 31 de diciembre de 2026, lo que ocurra primero, la actora ya había suscrito la Adenda N° 7 del referido Contrato de Concesión, en la cual se dispuso expresamente que para la revisión del Factor de Productividad de LAP del periodo en cuestión, OSITRAN tenía que aplicar los criterios contemplados en los "Lineamientos Metodológicos", los cuales fueron incorporados al Contrato de Concesión a través de la mencionada adenda.

Por tanto, a diferencia de los periodos anteriores, en el procedimiento de revisión del Factor de Productividad materia de autos, la entidad demandada tenía la obligación de aplicar en el cálculo del Factor de Productividad los criterios (generales y específicos) contemplados en los "Lineamientos Metodológicos", ello en cumplimiento de lo acordado por la misma demandante con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Estado Peruano; por lo cual no se advierte la vulneración al principio de predictibilidad, pues el marco jurídico presentado durante los procedimientos de revisión anteriores no resulta similar al de autos, sino por el contrario, se trata de situaciones distintas, debido a que con anterioridad no se había suscrito la Adenda.

**DÉCIMO SÉTIMO.-** La apelante sostiene también que al emitirse el Factor de Productividad de LAP a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 0041-2018-CD-OSITRAN, la administración habría adoptado cambios de criterio respecto de tres (3) **variables** involucradas en el cálculo del Factor de Productividad, sin que se haya motivado debidamente, dicho cambio; estos son: i) Productividad Total de los factores de la economía; ii) precio de alquiler de capital (insumo capital); iii) estructura de la deuda capital.

**DÉCIMO OCTAVO.-** Sobre la **Productividad Total de los factores de la economía (PTF)**, la apelante sostiene que se he vulnerado el principio de predictibilidad, pues desde el inicio de la relación contractual entre el Estado Peruano y LAP a efectos de calcular esta variable, OSITRAN utilizó la serie de la productividad total de factores de la economía que utilizó OSIPTEL en las revisiones del factor de productividad de Telefónica del Perú.

Agrega que para la revisión del factor de productividad de Telefónica aplicable para el periodo 2016-2019, el OSIPTEL decidió no estimar por propia cuenta el PTF, sino utilizar una fuente externa, siendo dicha fuente en ese caso el BCR; por lo cual siendo la conducta habitual de OSITRAN seguir el criterio utilizado por OSIPTEL, LAP esperaba que para el periodo 2019 en adelante, dicha entidad vuelva a actuar de la misma forma, recurriendo esta vez a la información obtenida del BCR, sin embargo no fue así, pues de forma imprevisible OSITRAN se ha alejado del criterio aplicado por OSIPTEL, pues acudió a la estimación del PTF.

**DÉCIMO NOVENO.-** Al respecto, como ya se indicó, a diferencia de la primera y segunda revisión tarifaria de LAP, en los cuales para la Productividad Total de los factores de la economía OSITRAN empleó la serie que utilizó OSIPTEL en las revisiones del factor de productividad de Telefónica del Perú correspondientes a los periodos 2001-2006 y 2001-2016; para el procedimiento revisión tarifaria materia de controversia, el OSITRAN debía de observar de manera obligatoria los lineamiento metodológicos incorporados al Contrato de Concesión a través de la Adenda N° 7.

Así, en los Lineamientos Metodológicos, para la determinación de la fuente para la variable de la Productividad Total de los Factores de la economía (PTF), se estipuló lo siguiente:

**"Lineamientos metodológicos**

Para el caso del factor de productividad que estará vigente a partir del año 2019 hasta el 31 de diciembre del segundo año del inicio de operación del nuevo terminal de pasajeros o como máximo hasta el 31 de diciembre de 2026, y exclusivamente para este caso, el OSITRAN seguirá los siguientes lineamientos metodológicos en el cálculo del factor de productividad.

(...)

### III.2. Productividad de la economía

**La Productividad Total de Factores de la economía será determinada con base a las estimaciones efectuadas y disponibles por The Conference Board y/o alguna referencia de entidades especializadas de alto prestigio**, como por ejemplo el Banco Central de Reserva del Perú. Para los periodos en que dicha información no esté disponible, el Organismo Regulador efectuará la estimación respectiva.

Por tanto, queda claro que la demandante y el Estado acordaron a través de los Lineamientos Metodológicos, que para determinar la Productividad Total de Factores (PTF) de la economía peruana, se podían emplear las estimaciones efectuadas por The Conference Board (TCB), o de alguna otra entidad de alto prestigio, como podría ser el Banco Central de Reserva del Perú (BCR).

**VIGÉSIMO.-** En ese sentido, dado que los lineamientos establecen de manera expresa que la entidad demandada puede utilizar las estimaciones del TBC, no se advierte ninguna vulneración por parte de la administración al aplicar dicho criterio, pues a la entidad demandada contaba con esa facultad; así como no existe limitación de aplicar únicamente las estimaciones del BCR, como erróneamente pretende la accionante.

Cabe acotar que la decisión de OSITRAN de emplear las estimaciones del TCB para la determinación de la Productividad Total de Factores de la economía, se encuentra debidamente fundamentada en el Informe de Revisión del Factor de Productividad que sustenta la Resolución N° 041-2018-CS-OSITRAN, cuyos argumentos no han sido cuestionados por la apelante; advirtiéndose además que en el citado Informe se explicó que la metodología empleada por BCR era menos precisa que aquella empleada por TCB (ver fundamentos 240 a fojas 639 E.A.)

Es de resaltar que en su escrito de reconsideración presentado en sede administrativa con fecha 07 enero 2019 (fojas 694 a 702 E.A.) la demandante Lima Airport Partners S.R.L. no cuestionó que la entidad demandada empleara como fuente para la determinación de la PTF de la economía peruana el TCB, pues su argumento se limitó a señalar que se debió aplicar "la serie original" y no la "serie ajustada" de la PTF estimada por TCB, lo cual no hace más que evidenciar su falta de coherencia al cuestionar la estimación efectuada por la administración.

**VIGÉSIMO PRIMERO.-** Sobre el **precio de alquiler de capital (insumo capital)**, la apelante sostiene que la administración también ha adoptado un cambio de criterio, pues sostiene que en lugar de seguir los criterios de las revisiones anteriores, realiza una lectura literal y cerrada de los "Lineamientos Metodológicos", interpretando que

"obligatoriamente" debía utilizar en el cálculo de las unidades y precio del capital el IPM , excluyendo algunos rubros, y ajustado por tipo de cambio.

Al respecto, "Los Lineamientos Metodológicos" estipulan expresamente lo siguientes con relación al cálculo del insumo capital:

#### "III1.2.3 Capital

Para el tratamiento del capital se utilizaron los siguientes criterios:

(...)

. La cantidad de capital de obtendrán **deflactando la serie de stock de capital promedio por el índice de Precio al por Mayor ajustado** por la exclusión de los siguientes rubros: productos agropecuarios; pesca marítima y continental; alimentos y bebidas; tabaco; productos textiles, prendas de vestir y pieles; y productos de cuero de cuero y calzado. **Posteriormente, este índice se corrige por la variación de tipo de cambio.**

Para obtener el precio de capital de utilizará la fórmula de Christensen Associates propuso para la primera revisión tarifaria de Telefónica del Perú (...)"

En ese sentido, los Lineamientos Metodológicos establecen un criterio para el tratamiento insumo de capital, los cuales fueron observados por la administración en la Resolución de Consejo Directivo N° 041-2018-CD-OSITRAN y en el Informe de Revisión del Factor de Productividad que la sustenta, en el cual se encuentra detallado el criterio metodológico que se utilizó para determinar el el precio de alquiler de capital (insumo capital).

Asimismo, en el mencionado informe, se explicó que si en el procedimiento de revisión del Factor de Productividad en cuestión, se hubiera seguido plenamente el criterio metodológico empleado en la revisión tarifaria concluida en el año 2013, es decir, considerar al IPM ajustado sin corrección por tipo de cambio para las categorías de "mejoras de aeropuerto" y "costos de concesión", el resultado obtenido no habría sido consistente con lo señalado en los Lineamientos Metodológicos incorporados al Contrato de Concesión a través de la Adenda N° 7 (ver fundamentos 222 a 225 del Informe, que obran de fojas 636 vuelta a 637 del E.A.); por lo cual éste argumento también merece ser desestimado, en tanto la administración se limitó a aplicar los criterios para la determinación del insumo de capital, contemplados en los Lineamientos Metodológicos, los cuales eran de observancia obligatoria para la determinación del Factor de Productividad.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.-** Finalmente, sobre la **Estructura de la Deuda Capital**, la cual incide en el costo promedio ponderado de Capital – WACC, la apelante sostiene que en los dos primeros procedimientos de revisión del Factor de Productividad de LAP, OSITRAN determinó la estructura de capital en función de la deuda financiera neta; y que en el último procedimiento de revisión del Factor de Productividad de

LAP en cuestión, el OSITRAN determinó la estructura de capital empleando el coeficiente de endeudamiento variable.

Al respecto, conforme se advierte de los actuados administrativos, la Estructura Deuda - Capital fue expuesta y analizada por la administración en el Anexo I del Informe que sustenta la Propuesta de Revisión del Factor de Productividad de OSITRAN (ver numeral I.4 el Anexo I del Informe obrante a fojas 435 E.A.), en el cual se anotó:

"I.4 Estructura deuda -capital  
(...)

21. En el contexto de la determinación del costo de capital de empresas reguladas, la práctica habitual ha sido ponderar el costo de capital propio y el costo de endeudamiento por sus respectivos valores libros. En tal sentido, para el presente caso, resulta razonable la utilización de los valores libros.

22. Por otro lado, **en los procedimientos de revisión de Factor de Productividad seguidos por OSITRAN, se ha considerado el trabajo realizado por Alexander et al. (2000)** en el que se afirma que, para calcular la estructura de apalancamiento, debe utilizarse la deuda neta del efectivo. No obstante, es necesario señalar que tanto en los dos primeros años de la concesión (2001 y 2002) como en los últimos tres años del periodo bajo análisis (2015, 2016 y 2017), la diferencia entre la Deuda Financiera de Largo Plazo y Caja Bancos resulta negativa.

23. En tal sentido, **a efectos de evitar posibles distorsiones en el cálculo del WACC en la presente revisión tarifaria, se empleará el ratio Deuda Financiera Total (esto es, la deuda de Corto y Largo Plazo) sobre Patrimonio, a fin de que se refleje con mayor claridad la estructura de capital del Concesionario.** Cabe indicar que durante el periodo 2001- 2016 la deuda financiera total (corto y largo plazo) de LAP ha sido positiva".

En ese sentido, en la Propuesta Tarifaria del OSITRAN, dicha entidad explicó que si bien en los anteriores procedimientos de revisión tarifaria de LAP para definir la estructura deuda - capital se utilizó el ratio Deuda Neta sobre Patrimonio, en el procedimiento de revisión tarifaria materia de autos, resultaba apropiado el ratio Deuda Financiera sobre Patrimonio.

**VIGÉSIMO TERCERO.-** Ahora bien, la demandante sostiene que se ha vulnerado el principio de predictibilidad, pues OSITRAN debió considerar la Deuda Neta para determinar la estructura de apalancamiento de deuda, en línea con el criterio aplicado por el Regulador en los procedimientos previos; sin embargo, conforme se observa de los actuados, tanto en el Informe que sustenta la Propuesta Tarifaria del OSITRAN, como en el Informe que sustenta la Resolución N° 041-2018-CD-OSITRASN, así como en el Informe Conjunto N° 0028-2019-IC-OSITRASN (GRE-GAJ) que sustenta la Resolución de Consejo Directivo N° 0008-2019-CD-OSITRAN, la administración explicó que la situación observada en el primer y segundo procedimiento de revisión tarifaria, no era la misma situación que se verifica en el procedimiento de revisión del Factor de Productividad, y que a ello se debió el cambio de criterio.

Así, en el Informe Conjunto N° 0028-2019-IC-OSITRASN (GRE-GAJ), la administración indicó de manera textual lo siguiente:

"260. Al respecto, debemos señalar que, tal como se indicó en el Informe Tarifario, el principio de Predictibilidad previsto en el RETA, no dispone de modo imperativo que el Regulador deba mantener los mismos criterios utilizados en resoluciones previas. Dicho principio establece explícitamente que el OSITRAN procurará utilizar criterios similares ante circunstancias de similares características; (...). Adicionalmente, el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que las actuaciones de la autoridad administrativa deben ser congruentes con las expectativas legítimas de los administrados, razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos; sin embargo, la citada norma señala de forma expresa que tales autoridades pueden apartarse de las prácticas y antecedentes administrativos, siempre que su decisión se encuentre debidamente motivada (es decir, que existan "las razones que se expliciten, por escrito") .

261. En esa línea, si bien en los periodos 2001-2002 y 2015-2017 se presentaron deudas netas negativas, es pertinente señalar que en los años 2001 y 2002 la Deuda Financiera Neta calculada por el Regulador fue de -USD 16,14 millones y -USD 23,56 millones, respectivamente, mientras que, en los años 2015, 2016 y 2017 la Deuda Financiera Neta ha sido significativamente más negativa, alcanzando valores de -USD 18,71 millones, - USD 77,14 millones y hasta -USD 114,553 millones, respectivamente, debido a los elevados stocks de efectivo en poder de la empresa. (...)

262. En este contexto, tal como se indicó en la Propuesta y en el Informe Tarifario, el criterio empleado por el Regulador en la presente revisión buscó hacer frente a la situación de elevada liquidez que presentó LAP en los años 2015, 2016 y 2017, en comparación con el monto de la deuda de largo plazo, debido a que generaba una distorsión significativa en el cálculo de la Deuda Financiera Neta, haciéndola cada vez más negativa en los últimos años, tal como puede observarse en la tabla anterior.  
(...)

265. Así, contrariamente a lo señalado por el Concesionario, en el Informe Tarifario no se han desconocido los precedentes de revisiones anteriores, toda vez que para el cálculo del apalancamiento de la empresa la literatura financiera considera válido tanto la aproximación mediante la deuda neta como la aproximación mediante la deuda bruta; sin embargo, la literatura es clara al indicar los problemas que pueden generarse con la aplicación de la aproximación por deuda neta ante escenarios de exceso de liquidez.

266. Por tanto, el criterio adoptado por el Regulador buscó justamente evitar las distorsiones que se pudieran generar en el cálculo del WACC debido al escenario de exceso de liquidez que enfrentó en dichos años. Cabe añadir que ello fue señalado tanto en la Propuesta como en el Informe Tarifario". (ver fojas 801 vuelta a 802 E.A.)

En ese sentido, se advierte claramente que la administración no desconoció los precedentes de revisiones anteriores, sino que la situación que se presentó en el caso de autos fue distinta de las anteriores, por lo cual el cambio de criterio por parte de la OSITRAN se encuentra debidamente sustentado, pues incluso la administración a lo largo del procedimiento explicó detalladamente la razón por la que no se aplica la Deuda Neta como en casos anteriores; por lo cual no se advierte la vulneración al Principio al Principio de Predictibilidad.

**VIGÉSIMO CUARTO.-** Finalmente, la apelante denuncia falta de motivación de la sentencia impugnada. Al respecto, es de tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el **Expediente N° 2050-2005-PHC/TC** :

"11. La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo

pedido y lo resuelto y por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”.

En el caso de autos, de la revisión de la sentencia apelada, se advierte que en ella el Juez de primera instancia cumplió con evaluar los argumentos expuestos por la demandante, expresando las razones o justificaciones objetivas que lo llevaron a tomar su decisión. En efecto, se aprecia de la apelada que ella contiene las razones jurídicas y fácticas que sustentan la decisión adoptada por el A quo, respaldada por el bagaje probatorio obrante en autos y respondiendo a las alegaciones de las partes en el proceso. Por tanto, lo sostenido por la apelante no resulta amparable.

Es de señalar que el hecho de que la demandante no comparta los fundamentos expuestos en la resolución impugnada no implica que aquella adolezca de una indebida motivación; por lo cual queda desvirtuado éste argumento.

**VIGÉSIMO QUINTO.-** En consecuencia de lo expuesto precedentemente, se determina que la sentencia venida en grado ha sido expedida con arreglo a derecho, toda vez que no se ha demostrado que al expedir las resoluciones administrativas cuestionadas, la Administración haya incurrido en causal de nulidad contemplada en el inciso 1) del artículo 10º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; quedando desvirtuados en su totalidad los argumentos que sustentan el recurso de apelación .

Por las consideraciones expuestas, en aplicación de las normas legales precitadas; este Colegiado **RESUELVE** :

- i. **CONFIRMAR** el **auto** contenido en **Resolución número 08** de fecha 02 setiembre 2020 (fs. 1288 a 1289), que tuvo por cumplido y subsanado lo dispuesto en la resolución siete.
- ii. **CONFIRMAR** la **Sentencia** contenida en la **Resolución número 13** de fecha 22 febrero 2021, corriente de fojas 1385 a 1404 de autos, que declaró **INFUNDADA la demanda**. En los seguidos por Lima Airpot Partners SRL contra la OSITRAN y otro sobre nulidad de resolución administrativa. Notifíquese.-

RUIZ TORRES

CABELLO ARCE

ENCINAS LLANOS

