

Expediente 2023-SG/SAPP-003

RESOLUCION NUMERO SAPP-RR-001-2023.

SUPERINTENDENCIA DE ALIANZA PUBLICO PRIVADA.- Tegucigalpa Municipio del Distrito Central, seis de julio del año dos mil veintitrés. **VISTO** el Recurso de Reposición interpuesto por el Apoderado Legal de la sociedad mercantil Desarrolladora y Operadora de Infraestructura de Honduras Sociedad Anónima de Capital Variable la cual ostenta la condición jurídica de Inversionista Operador Privado del proyecto Centro Cívico Gubernamental, contra la Resolución número SAPP-RC005-2023 emitida por la Superintendencia en fecha 8 de mayo de 2023 en uso de las atribuciones legales de que se encuentra investida para ejecutar las funciones de Ente Regulador y en cumplimiento en legal y debida forma de las disposiciones de regulación contractual previstas en el procedimiento de Aplicación de Penas Convencionales dispuesto en el Contrato de Alianza Público Privada; se pronuncian los siguientes términos resolutivos: **SECCION EXPOSITIVA.**

CONSIDERANDO UNO (1): Que en la Sección Dispositiva de la Resolución número SAPP-RC005-2023, la Superintendencia resuelve: **POR TANTO**, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Promoción de la Alianza Público Privada, cláusula Décima Quinta párrafo segundo, tercero, y letra e) de la sección 15.2, Anexos 8 y 13 del Contrato de Alianza Público Privada en lo aplicable, **RESUELVE:** Primero.- Declarar improcedentes los argumentos de descargos expresados en el escrito de impugnación, en virtud de que con los mismos la sociedad mercantil Desarrolladora y Operadora de Infraestructura de Honduras Sociedad Anónima de Capital Variable, no desvirtúa la infracción notificada. Segundo.- Declarar que la sociedad mercantil Desarrolladora y Operadora de Infraestructura de Honduras Sociedad Anónima de Capital Variable no queda exonerada de haber incurrido en la Infracción notificada. Tercero.- Imponer a la sociedad mercantil Desarrolladora y Operadora de Infraestructura de Honduras Sociedad Anónima de Capital Variable por el incumplimiento del indicador general de gestión IG6.08, pena convencional por un monto de trescientos veinte mil dólares exactos (US\$320,000.00). Cuarto.- Ordenar a la sociedad mercantil Desarrolladora y Operadora de Infraestructura de Honduras Sociedad Anónima de Capital Variable, que pague la pena convencional impuesta al Fiduciario, en el plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha que se le notifique la presente Resolución, debiendo acreditar el pago efectuado ante la Superintendencia. Quinto.- Si el Inversionista Operador Privado no está conforme con la pena convencional impuesta mediante la presente Resolución, sin perjuicio de que debe efectuar el pago de la pena convencional en el plazo contractual, podrá acudir al procedimiento de Solución de Controversias previsto en la cláusula Vigésima Cuarta conforme se dispone en la letra f) de la cláusula Décima Quinta sección 15.2 del Contrato de Alianza Publico Privada.

CONSIDERANDO DOS (2): Que el Recurso de Reposición contra la Resolución número SAPP-RC005-2023 fue interpuesto en fecha 15 de junio de 2023, por considerar que se han violado preceptos constitucionales y legales como el derecho de Defensa, al declararse

improcedentes los argumentos de descargo expresados en el escrito de impugnación presentado por la sociedad mercantil Desarrolladora y Operadora de Infraestructura de Honduras Sociedad Anónima de Capital Variable. **CONSIDERANDO TRES (3):** Que el recurrente en el recurso interpuesto expresa: a) En el hecho segundo, que rechaza totalmente los veinte considerandos que constan en la Resolución porque fueron concebidos sin haberle dado oportunidad a la parte impugnante de hacer valer las pruebas a las que legal y constitucionalmente tiene derecho. b) En el hecho tercero, que la petición de apertura a pruebas fue anotada en varias partes del escrito de impugnación, se consignó en la suma del escrito, en el cuerpo del documento y en la petición, y la Superintendencia a pesar de reconocer la existencia de la solicitud de apertura a pruebas no se pronunció en la parte resolutive sobre la misma, lo que, per se, constituye una violación al derecho constitucional del debido proceso y de defensa de su representada. c) En el hecho cuarto, que en el considerando trece la Superintendencia ha considerado que dentro del proceso que derivó en la multa contractual se celebraron algunas diligencias de prueba y que según el segundo párrafo de la Ley de Procedimiento Administrativo, la apertura a prueba procede cuando los hechos no consten en el expediente, al respecto manifiesta que las reglas sobre pruebas de la Ley de Procedimiento Administrativo constan entre los artículos del 68 al 75 y en ninguno de dichos artículos consta un segundo párrafo que sustente la consideración, lo que sostiene la procedencia del recurso por falta de motivación de la negativa a conceder la apertura a pruebas, en el periodo probatorio las partes tienen derecho a hacer valer todas aquellas que permiten las leyes y el hecho de que en el escrito de impugnación se hubieren enumerado algunas pruebas que se harían valer, tal enumeración no es una limitación al derecho de contraprobar lo que la administración ha dado por cierto y el Estado debe tutelar y garantizar el ejercicio de esos derechos, no cortarlos como se colige de la resolución impugnada. d) En el hecho quinto, que la Ley de Procedimiento Administrativo establece en su artículo 69 y 69 la forma de apertura a prueba en los procedimientos administrativos, pero a pesar que el artículo 69 literalmente dice: “Cuando el Organismo competente para resolver no tenga por ciertos los hechos alegados por la parte interesada o esta lo solicitare, podrá acordar la apertura a pruebas por un término no inferior a diez (10) días ni superior a veinte, e incumbirá al interesado la de los hechos de que derive su derecho y no resulten del expediente. En todo caso.....”, la Superintendencia ha decidido contrario a la Ley, no estimar la solicitud de apertura a pruebas y no ha resuelto nada en referencia al mismo violentándole el debido proceso, es más en la parte resolutive de la resolución impugnada, la Superintendencia resuelve que por falta de pruebas no se consideró la impugnación sobre la multa relativa a los avisos dejados de poner en las oficinas de la SAR, lo que no resultó posible por decisión propia de la Superintendencia. e) En el hecho sexto, que al no conceder la apertura a pruebas, la Superintendencia limita a su representada de la herramienta más importante para verificar la realidad de los hechos producidos y deja sin fundamento los argumentos de su representada, basando su decisión de forma sesgada en lo propuesto por una de las partes, constituyendo esto una lesión del derecho a la defensa efectiva, lo peor es que sin haber

respetado el debido proceso sin permitirle a mi mandante que acredite sus alegatos, ha emitido una resolución ejecutable, causándole graves perjuicios económicos, lo que hace procedente la declaratoria ha lugar de este recurso. f) En el hecho séptimo, que conforme los artículos 321 y 324 de la Constitución de la República el funcionario está sometido a la ley, de manera que cualquier conducta que implique violación a la misma, como es el caso de denegarle a su representada las garantías del debido proceso, genera responsabilidad legal, a la que sin necesidad se está exponiendo la Superintendencia ya que es absolutamente contrario a la ley, denegar la apertura a prueba. **CONSIDERANDO CUATRO (4).** Que la petición concreta formulada por el recurrente a la Superintendencia es, que admita el escrito, que le dé el trámite que corresponda y en definitiva resuelva de forma favorable el Recurso de Reposición que es formalizado por considerar que se han violado preceptos constitucionales y legales omitiendo la aplicación de un derecho legal que por ley corresponde debiendo haber decretado la apertura del proceso a prueba y en consecuencia evacuado el proceso dictar Resolución, apreciando de que no habiéndose seguido el procedimiento contractual establecido para la notificación de la supuesta falta así como la inexistencia del incumplimiento por parte de su mandante, en lo demás resolver conforme a derecho. **CONSIDERANDO CINCO (5):** Que con la finalidad de que el Pleno de Superintendentes en sesión ordinaria conociera y resolviera sobre el Recurso de Reposición interpuesto, para los efectos de valorar los hechos y consideraciones legales en los que el recurrente se funda el escrito contentivo del Recurso de Reposición fue remitido a la Gerencia Legal para que emitiera el respectivo dictamen legal, a fin de determinar si con la Resolución objeto de impugnación se le ha causado agravio a los derechos del Inversionista Operador Privado del proyecto Centro Cívico Gubernamental la sociedad mercantil Desarrolladora y Operadora de Infraestructura de Honduras Sociedad Anónima de Capital Variable; derechos regulados y tutelados por la normativa regulatoria contenida en el Contrato de Alianza Público Privada. **CONSIDERANDO SEIS (6):** Que respecto a los hechos y consideraciones legales en que se funda el Recurso de Reposición, en dictamen contenido en el memorándum SAPP-GL-084-2023 la Gerencia Legal expone las valoraciones analíticas siguientes: **1)** Resulta evidente en virtud de que el impetrante argumenta que se debió haber decretado la apertura a prueba que su pretensión consiste en que la actuación por el instada mediante la cual en uso del derecho de defensa otorgado en el procedimiento establecido en el Contrato para la Aplicación de Penalidades Contractuales, manifestó en nombre de su representada lo que en su defensa consideró conveniente y lo acreditó con los medios de prueba que consideró idóneos, medios de prueba que observando el procedimiento contractual fueron evacuados oportunamente para resolver el asunto, no ostente el carácter procesal contractual que la reviste, sino que en su lugar ostente carácter procesal administrativo, excluyendo de tal pretensión las demás actuaciones que al igual que la que el instó, fueron instadas y sustanciadas observando el procedimiento establecido en el Contrato. Es importante resaltar que en el considerando seis (6) de la resolución recurrida, tal y como lo expresa el recurrente, se incorpora la motivación que corresponde sobre la solicitud de apertura a prueba, que en

este caso no resultaba procedente decretar porque los medios probatorios aportados para sustentar lo manifestado en uso del derecho de defensa, obran en el expediente de mérito y los mismos se estimaron suficientes para resolver, **2)** Que si bien es cierto la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 69 instituye que cuando el órgano competente para resolver no tenga por ciertos los hechos alegados por la parte interesada, o esta lo solicitare y no resulten estos en el expediente, podrá acordar la apertura a pruebas; no menos cierto es que el mismo cuerpo normativo prevé la observancia de estas disposiciones legales en los procedimientos administrativos, vale decir, la constatación documental de la serie de actos que constituyen el procedimiento materializado en el expediente administrativo, que deviene de la aplicación de un acto administrativo adoptado en cualquiera de las formas previstas en el artículo 116 de la Ley General de la Administración Pública, y no para sustanciar el procedimiento contractual establecido. En ese orden de ideas se puede resumir que en el procedimiento contractual que deriva en la providencia que otorga el derecho a la defensa y que resulta en la resolución recurrida, impera el principio pacta sunt servanda señalado en el artículo 1348 del Código Civil que establece que, “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de estos”. Por su preeminencia lo aplicable son las disposiciones del contrato en este caso específicamente lo que se dispone en la sección 15.2 de la cláusula 15, literales b) c) y d) del Contrato, que manda al Ente Regulador la Superintendencia que notifique la infracción de que se trate y el periodo de gracia para solventarla que en este caso es de cero (0) días lo que contractualmente implica la carencia del periodo de gracia, y que si la infracción no se solventa lo que procede es dar inicio con el procedimiento de aplicación de penas otorgando al Inversionista Operador Privado un plazo de diez (10) días para manifestar lo que a su derecho convenga, **3)** Que de igual manera se puede apreciar que la petición es que se decrete la apertura a prueba pretendiendo con esto el recurrente evacuar en este momento medios probatorios manifiestamente improcedentes, ya que el recurrente en base a la cláusula 15.2 literal d) del Contrato durante el procedimiento contractual dispuso de un plazo de diez (10) días para manifestar lo que a su derecho conviniera, dicho de otro modo, hacerse valer de todas las pruebas que acreditaran sus descargos, **4)** Que de acuerdo a lo manifestado por el Apoderado Legal la Superintendencia al no estimar la apertura a prueba limita y deja sin fundamento los argumentos de su representada, en razón de lo citado así como de la revisión y análisis del expediente se colige que esta aseveración carece de fundamento y asidero jurídico ya que al efectuar una revisión de legalidad procedimental se aprecia que la Resolución recurrida ha precedido del procedimiento correcto para su emisión, y que atiende a su conservación como acto administrativo adoptado en forma de Resolución, es decir que se ha cumplido con todos los actos y/o fases procedimentales que la ley exige para que una decisión o resolución pueda calificarse con validez a la luz del ordenamiento jurídico, garantizando el derecho a la defensa y el debido proceso que conceptualmente se entiende como aquel derecho que exige que cualquier proceso o procedimiento se desarrolle respetando los derechos que lo integran y que el resultado de los mismos se ajuste a los

estándares de una decisión justa, es decir, no arbitraria, desproporcionada o irrazonable, contando con los medios para impugnar los actos y resoluciones que afecten su interés jurídico. **CONSIDERANDO SIETE (7):**): Que en el dictamen contenido en el memorándum SAPP-GL-084-2023, la Gerencia Legal con sustento en sus valoraciones analíticas sobre los hechos y consideraciones legales en que se funda el Recurso de Reposición **Dictamina:** “Que la resolución SAPP-RC005-2023 fue emitida observando en todos sus términos y condiciones, el procedimiento que para la aplicación de Penalidades Contractuales se establece en el Contrato suscrito que constituye ley entre las partes, en particular, en lo relativo a la evacuación de los medios de prueba que fueron aportados para acreditar los argumentos de descargo manifestados en uso del derecho de defensa, y en consecuencia se declare improcedente el Recurso de Reposición interpuesto, y asimismo se confirme la Resolución número SAPP-RC005-2023 de fecha 8 de mayo del año 2023. **CONSIDERANDO OCHO (8):** Que la Ley de Promoción de la Alianza Publico Privada en su artículo 23, otorga a la Superintendencia las atribuciones de “Controlar el cumplimiento de los contratos y licencias para operar Alianzas Publico Privadas, Supervisar la calidad de los servicios prestados mediante Alianza Publico Privada de conformidad a los estándares definidos en los contratos respectivos, y aplicar las sanciones previstas en los contratos y/o en las normas aplicables a los servicios en régimen de licencias, respetando en todos los casos los principios del debido proceso”. **CONSIDERANDO NUEVE (9):** Que de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Promoción de la Alianza Publico Privada, la Superintendencia es una Entidad Colegiada dirigida y administrada por tres (3) Superintendentes electos por el Congreso Nacional de la República, quienes reunidos en Pleno conforman la autoridad competente para conocer y resolver sobre el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los Contratos de Concesión sometidos al régimen regulatorio, por lo que, en Sesión de Pleno celebrada en fecha 6 de julio de 2023 conocieron el Recurso de Reposición y el dictamen legal; concluido el análisis de los hechos y consideraciones legales en que se funda el Recurso de Reposición y las valoraciones analíticas de los mismos efectuada por la Gerencia Legal, de conformidad con los términos establecidos en el Contrato de Concesión por unanimidad resolvieron, declarar sin lugar por improcedente el Recurso de Reposición interpuesto por el Apoderado Legal de la sociedad mercantil Desarrolladora y Operadora de Infraestructura de Honduras Sociedad Anónima de Capital Variable Inversionista Operador Privado del proyecto Centro Cívico Gubernamental, y confirmar la Resolución número SAPP-RC005-2023 de fecha 8 de mayo de 2023. **SECCION DISPOSITIVA. POR TANTO,** en uso de las facultades de que se encuentra investida **RESUELVE: Primero.-**Declarar **SIN LUGAR** el Recurso de Reposición interpuesto por el Apoderado Legal de la sociedad mercantil Desarrolladora y Operadora de Infraestructura de Honduras Sociedad Anónima de Capital Variable la cual ostenta la condición jurídica de Inversionista Operador Privado del proyecto Centro Cívico Gubernamental, contra la Resolución número SAPP-RC005-2023, emitida en el procedimiento previsto en el Contrato de Alianza Público Privada para la aplicación de Penas Convencionales. **Segundo.-** Confirmar en todas sus partes la Resolución número

SAPP-RC005-2023 la cual pone fin al procedimiento previsto en el Contrato de Alianza Público Privada para la Aplicación de Penas Convencionales, y en consecuencia conforme a lo dispuesto en la letra f) de la cláusula Décima Quinta sección 15.2 del Contrato, la sociedad mercantil Desarrolladora y Operadora de Infraestructura de Honduras Sociedad Anónima de Capital Variable Inversionista Operador Privado del proyecto Centro Cívico Gubernamental, puede acudir al procedimiento de Solución de Controversias previsto en la cláusula Vigésima Cuarta del Contrato, sin perjuicio de que para tal fin debe efectuar el pago de la pena convencional que le fue impuesta.- Artículos 21, 22 y 23 de la Ley de Promoción de la Alianza Público Privada; cláusula Décima Quinta sección 15.2 y cláusula Vigésima Cuarta del Contrato de Alianza Público Privada.- **NOTIFIQUESE.** Firma y sello, Ingeniero Leo Yamir Valentino Castellón Hirezi Superintendente Presidente. Firma y sello, Abogado Ramón Echeverría López Secretario General.


ABOG. RAMÓN ECHEVERRÍA
SECRETARIO GENERAL
