

RESOLUCION NUMERO 023-SAPP-28/08/2017.

SUPERINTENDENCIA DE ALIANZA PÚBLICO PRIVADA.-Tegucigalpa Municipio del Distrito Central, veintiocho de agosto del año dos mil diecisiete.

VISTAS las diligencias contenidas en el expediente administrativo **SAPP-008-2017-7** correspondientes al Procedimiento instruido de Oficio a la sociedad mercantil **Operadora Portuaria Centroamericana sociedad anónima de capital variable (OPC)**, para **REQUERIR EL PAGO DE DIFERENCIALES DEL APORTE POR REGULACION PAGADO EN AÑOS ANTERIORES Y EN EL MES DE ENERO DEL 2017, Y POR INCUMPLIR LA FECHA ESTABLECIDA EN EL CONTRATO PARA EFECTUAR EL PAGO DEL APORTE POR REGULACION EN AÑOS ANTERIORES DETERMINAR LA INFRACCION E IMPONER LA PENALIDAD POR INCUMPLIMIENTO;** Proyecto para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación, Operación y Explotación de la Terminal de Contenedores y Carga General de Puerto Cortes.; valorado el mérito que tienen las diligencias practicadas, el asunto se resuelve en los siguientes términos:

SECCION EXPOSITIVA.

CONSIDERANDO UNO (1): Que mediante Oficio SAPP-116-2017 le fue comunicada oficialmente al Representante Legal de la sociedad mercantil Operadora Portuaria Centroamericana sociedad anónima de capital variable (OPC), la providencia de fecha 15 de febrero del año 2017 mediante la cual se le instruye Procedimiento Administrativo de Oficio, para “Requerir el pago de diferenciales del Aporte por Regulación pagado en años anteriores y en el mes de enero del año 2017, y por incumplir la fecha establecida en el Contrato para efectuar el pago del Aporte por Regulación en años anteriores, determinar la infracción e imponer la penalidad por incumplimiento”.

CONSIDERANDO DOS (2). Que en fecha 6 de marzo del 2017 la sociedad mercantil Operadora Portuaria Centroamericana sociedad anónima de capital variable (OPC) representada mediante Poder Especial para Pleitos por el Abogado Erick Fernando Lezama Láinez miembro del Colegio de Abogados de Honduras inscrito con el número 18308, formula descargos en los siguientes términos: “Que en fecha 30 de enero del 2014 en cumplimiento de sus obligaciones contractuales por medio de carta dirigida al Banco FICOHSA instruyo en aplicación de la cláusula 14.19 del Contrato efectuar el pago correspondiente a la Superintendencia por la cantidad de US\$250,000.00. Posteriormente en el año 2015 en fecha 7 de enero específicamente, nuevamente solicita al banco FICOHSA el débito a su cuenta por la cantidad de US\$250,000.00 para realizar el pago anual a la SAPP. Asimismo en fecha 8 de enero del año 2016 envía a FICOHSA carta mediante la cual solicita/autoriza nuevo debito a su cuenta por la cantidad de US\$257,500.00 por concepto de pago a favor de la SAPP. Finalmente en fecha 30 de enero del año 2017 remite comunicación al fiduciario para el

correspondiente debito de la cuenta por la cantidad de US\$279,769.00 para efectos del pago anual de mérito. Sobre el requerimiento es menester señalar que todos los pagos acreditados al fiduciario (FICOHSA) fueron debitados a OPC en las fechas antes señaladas de su cuenta en dólares de los Estados Unidos de América, por tal razón no se justifica como afecta el tipo de cambio sea de compra o venta de la moneda Dólar, si para el pago de los conceptos antes relacionados se realizaron débitos de la cuenta en moneda dólares por las cantidades exactas para satisfacer el pago requerido en la misma moneda. En definitiva siendo precisas sus instrucciones no es entendible como dichos pagos fueron parciales o no completos según la SAPP. Ante estos hechos se niega en su totalidad la falta de cumplimiento imputada por haberse realizado los pagos en la moneda establecida al efecto, siendo improcedente el requerimiento de pago realizado. Sobre el incumplimiento en años anteriores y en el mes de enero del año 2017, de efectuar el pago del Aporte por Regulación en la fecha establecida en el Contrato, expresa argumentos sobre: a) la imposibilidad de cumplimiento legal y real por lo declarado en la cláusula 14.19 del Contrato de Concesión, por la suspensión de obligaciones y derechos decretada por las partes sobre cualquier obligación contractual en el año 2013, b) opone prescripción subsidiaria de obligaciones y acción sobre el cobro multas/penalizaciones por el Aporte por Regulación correspondiente al año 2014, c) invoca la falta de nexo causal en la aplicación de sanciones por imposibilidad propia de cumplimiento por mandato de ley sobre la potestad sancionadora de la SAPP.

CONSIDERANDO TRES (3). Que de los argumentos de descargo formulados y los documentos presentados por la sociedad mercantil Operadora Portuaria Centroamericana sociedad anónima de capital variable (OPC) se aprecia lo siguiente: a) Que giró instrucciones hasta el 30 de enero del 2014 al Banco Fiduciario para que pagara el Aporte por Regulación, cuando la fecha de pago era hasta el 10 de enero del 2014, lo anterior implica una instrucción con un atraso de 20 días. En los años 2015 y 2016 giro la instrucción de pago al Banco Fiduciario sin atraso ya que fue efectuada antes de la fecha de pago el 10 de enero de cada año. En el año 2017 la instrucción de pago fue girada al Banco Fiduciario en fecha 30 de enero del 2017 cuando la fecha de pago era hasta el 10 de enero del 2017, lo anterior implica una instrucción con un atraso de 20 días. Es comprensible el hecho de que el Banco Fiduciario acreditara los pagos de Aporte por Regulación con posterioridad a la fecha de recibida la instrucción de pago, no obstante para la Superintendencia el pago del Aporte por Regulación debió ser acreditado en su cuenta dentro del término establecido en la cláusula 14.19 del Contrato suscrito por el Operador. b) Que los pagos fueron deducidos por el Banco Fiduciario de una cuenta en dólares, sin embargo en la cuenta de la Superintendencia los pagos fueron ingresados en moneda nacional por montos que no representaban la real conversión de la moneda dólar al lempira al tipo de cambio publicado por el Banco Central de Honduras en las fechas en que los pagos fueron efectuados. La circunstancia de que el Banco dedujera dólares de la cuenta y pagara a la Superintendencia un monto menor en lempiras, es una cuestión que

no compete resolver a la Superintendencia, su solución es potestativa del Banco Fiduciario y de su cliente. c) Que los demás argumentos **NO** aportan elementos de valoración para desvirtuar el incumplimiento de la Obligación, porque la Superintendencia para ejercer su actividad reguladora no está sujeta a que se cumplan condiciones como inicio de obras o de explotación, sino que la misma inicia a partir de la fecha en que el contrato entra en vigencia, en este caso a partir de la fecha de su suscripción, y además porque la operación que realiza el Operador en la Terminal de Contenedores y Carga General de Puerto Cortes, es por su naturaleza jurídica “un servicio público exclusivo” que no constituye un acto de comercio, consecuentemente no le es aplicable la normativa de carácter mercantil.

CONSIDERANDO CUATRO (4): Que en virtud de que la Ley de Promoción de la Alianza Publico Privada en el párrafo segundo del artículo 29, autoriza a la Superintendencia para percibir de las empresas privadas que suscriban contratos de participación publico privada, un Aporte por Regulación a ser fijado en el contrato de hasta el uno por ciento (1%) del valor de la facturación anual deducido el pago del Impuesto sobre Ventas, “el pago del Aporte por Regulación por la cantidad determinada en la cláusula 14.19 del Contrato suscrito con la sociedad mercantil Operadora Portuaria Centroamericana sociedad anónima de capital variable (OPC)”, es una Obligación Legal que sin necesidad de procedimiento o requerimiento previo alguno por parte de la Superintendencia, debe ineludiblemente ser cumplida en el plazo y por el monto contractualmente establecido.

CONSIDERANDO CINCO (5): Que como no pagar el Aporte por Regulación como se encuentra establecido en el Contrato constituye violación de la normativa legal vigente, en la providencia de fecha 15 de febrero del 2017 fue señalado el plazo de tres (3) días hábiles para que se pagara el monto de la diferencia causada por haber efectuado los pagos por montos inferiores al que correspondía debido al tipo de cambio utilizado para la conversión de la moneda dólar al lempira y de esta forma subsanar la violación, pero como la sociedad mercantil Operadora Portuaria Centroamericana sociedad anónima de capital variable (OPC) no efectuó dicho pago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 numeral 7 de la Ley de Promoción de la Alianza Publico Privada que otorga a la Superintendencia la atribución de “Emitir normativas para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de disposiciones legales”, la falta de pago de la sociedad mercantil Operadora Portuaria Centroamericana sociedad anónima de capital variable (OPC) del valor diferencial reclamado en concepto de Aporte por Regulación está sometida a la aplicación de la sanción que en el uso de su atribución y asegurando el principio del debido proceso emita la Superintendencia.

CONSIDERANDO SEIS (6): Que de conformidad a lo establecido en la cláusula 14.16 del Contrato para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación, Operación y Explotación de la Terminal de Contenedores y Carga General de Puerto Cortes, es aplicable a la sociedad mercantil Operadora Portuaria Centroamericana sociedad anónima de capital variable (OPC), la penalidad establecida en el Anexo 2 del Contrato de un mil dólares

(US\$1,000.00) diarios por atraso en el pago anual a la Superintendencia del Aporte por Regulación de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula 14.19 del Contrato.

SECCION DISPOSITIVA

POR TANTO, en aplicación de los artículos; 1, 5, 7, 116, 120 y 122 de la Ley General de la Administración Pública; 1, 3, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 27, 31 y 83 de la Ley de Procedimiento Administrativo; 23 numeral 7) y 29 de la Ley de Promoción de la Alianza Público Privada; 83 del Reglamento de la Ley de Promoción de la Alianza Público Privada; Clausulas 14.16, 14.19 y Anexo 2 del Contrato para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación, Operación y Explotación de la Terminal de Contenedores y Carga General de Puerto Cortes, **RESUELVE: Primero.** Declarar en incumplimiento de la Obligación Legal de pagar a la Superintendencia el Aporte por Regulación en el plazo y monto establecido en la Cláusula 14.19 del Contrato para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación, Operación y Explotación de la Terminal de Contenedores y Carga General de Puerto Cortes, a la sociedad mercantil Operadora Portuaria Centroamericana sociedad anónima de capital variable (OPC). **Segundo.-** Declarar a cargo de la sociedad mercantil Operadora Portuaria Centroamericana sociedad anónima de capital variable (OPC), la obligación de pagar a la Superintendencia de Alianza Publico Privada, el monto adeudado en concepto de diferencial del Aporte por Regulación correspondiente a los años 2014, 2015, 2016 y 2017, el cual asciende a la cantidad de ciento ochenta y cuatro mil ochocientos veintitrés lempiras con veintinueve centavos (L184,823.29). **Tercero.-** En uso de la atribución establecida en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley de Promoción de la Alianza Publico Privada, se emite normativa para establecer que la falta de pago del diferencial del Aporte por Regulación en la fecha señalada en la providencia de fecha 15 de febrero del 2017, es penalizado con la imposición de Sanción Económica por el equivalente al cien por ciento (100%) del valor no pagado. **Cuarto.-** Imponer a la sociedad mercantil Operadora Portuaria Centroamericana sociedad anónima de capital variable (OPC) por Incumplimiento de Obligación Legal, **SANCIÓN ECONÓMICA** por la cantidad de cuarenta mil dólares exactos (US\$40,000.00) por el atraso de 40 días observado para girar la instrucción de pago al Banco Fiduciario en los años 2014 y 2017, a razón de un mil dólares exactos (US\$1,000.00) por cada día de atraso. **Quinto.-** Ordenar a la sociedad mercantil Operadora Portuaria Centroamericana sociedad anónima de capital variable (OPC), pagar el Aporte por Regulación adeudado y las sanciones impuestas en el plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha en que la presente Resolución adquiera el carácter de firme, con el apercibimiento de que si el pago no es efectuado en el plazo establecido, se instruirán las acciones que correspondan. **Y MANDA:** Que la presente Resolución adquirirá el carácter de Firme, si contra la misma en observancia del debido proceso que garantiza la defensa de la sociedad mercantil Operadora Portuaria

REPUBLICA DE HONDURAS
SUPERINTENDENCIA
DE ALIANZA PUBLICO PRIVADA
SECRETARIA GENERAL
FOLIO No. 88

Centroamericana sociedad anónima de capital variable (OPC), no se Interpone en el término de ley correspondiente el Recurso procedente.- NOTIFIQUESE.


INGENIERO. DAVID IGNACIO WILLIAMS GUILLEN
SUPERINTENDENTE PRESIDENTE




ABOGADO RAMON ECHEVERRIA LOPEZ
SECRETARIO GENERAL

