DT-008-2019

Dirección Técnica, Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (Comisión). Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central, dos (02) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Referente a la solicitud de dictamen presentada por el Arquitecto Erasmo Padilla y el Ingeniero Miguel Ángel Gámez, Comisionados de la Comisión para la Promoción de la Alianza Público-Privada (*COALIANZA*), en relación con el proceso del proyecto de "Modernización y Desarrollo de la Terminal del Puerto de San Lorenzo", esta Dirección Técnica, en atención al dictamen en colaboración solicitado mediante providencia de fecha veintiuno (21) de enero de dos mil diecinueve (2019), tiene a bien emitir las consideraciones siguientes:

1. Que según OFICIO COALIANZA No. 545-2018 presentado ante la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (*Comisión*) en fecha 20 de noviembre de 2018, los Comisionados de COALIANZA solicitaron que la Comisión se pronunciara mediante dictamen sobre limitantes, impedimentos o cualquier otro razonamiento que se considerara respecto a la participación de la Empresa International Container Terminal Services (*ITCSI*), en vista de que la competencia y transparencia en sus concursos es fundamental, y a efecto de mejorar el proceso de Concurso Público que se realiza para la adjudicación del proyecto "Modernización y Desarrollo de la Terminal del Puerto de San Lorenzo".

2. Que esta Dirección solicitó, mediante dictamen DT-021-2018 de fecha veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciocho, la información y documentación que, en su conjunto, permitirían un mejor análisis a la presente consulta.

3. Que ante la falta en la entrega de la información y documentación solicitada, y en consonancia con las exigencias legales mínimas para emitir una opinión en resguardo del objetivo de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (*Ley de Competencia*), el cual es, promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, las Direcciones Económica y Legal, mediante providencia de fecha dieciocho (18) de enero de dos mil diecinueve (2019), consideraron necesario volver a solicitar a COALIANZA la información y/o documentación previamente requerida; sin perjuicio de otra información y/o documentación adicional que pudiera ser requerida por la Comisión a efecto de sustanciar la solicitud en cuestión.

4. Que según consta en el OFICIO-COALIANZA No. 009/2019, presentado a la Comisión en fecha 21 de enero de 2019 y relativo a la información y documentación requerida por la Comisión a efecto de emitir la opinión correspondiente,

COALIANZA no presentó la totalidad de la información requerida.

Para el caso, vale mencionar que no se presentó información técnica específica sobre el proyecto denominado "Modernización y Desarrollo de la Terminal del Puerto de San Lorenzo", específicamente la relativa a: estudios y análisis del Proyecto de Iniciativa Privada, comunicaciones giradas y/o cruzadas con los distintos participantes en dicho proceso, seguimiento de recomendaciones para hacer el proyecto más atractivo a inversionistas, las Bases de licitación del Proceso de Selección y los criterios para el análisis de la evaluación de la precalificación de las empresas.

5. No obstante la imposibilidad de emitir una opinión exhaustiva en relación al proceso y resguardo de la libre competencia en el presente caso, cabe hacer algunos advertencias sobre normas legales y disposiciones contractuales que tienen relación directa con el proceso en cuestión, y que claramente se distancian de los principios o garantías contenidas en la legislación que regula las Alianzas Público-Privada. En la Ley de Promoción de la Alianza Público-Privada (Ley) se establecen los principios: de seguridad jurídica, de promoción de la búsqueda de la competencia; así como la garantía de contar con procesos de recepción, evaluación y el método de selección competitiva de las iniciativas que tengan un origen público o privado.

6. A la luz de los principios y garantía antes descritos no cabe duda que existe una contradicción entre los principios que propugnan por la libre competencia y el artículo 46 del Reglamento de la Ley que lee así: "*De no existir terceros interesados en la ejecución del proyecto de inversión objeto de la iniciativa privada previamente declarada de interés público, corresponderá a COALIANZA adjudicar directamente el proyecto al autor de la propuesta mediante acuerdo de los Comisionados*".

En ese sentido, tal cual está escrita la norma reglamentaria se puede afirmar que la misma se contrapone al principio de búsqueda de la competencia, esto es, de la garantía de libre competencia y de la formulación de las condiciones de selección pro competitivas en atención a lo establecido en el régimen legal aplicable.

Sobre este particular cabe citar la reforma legislativa impulsada por México, con el objeto de limitar o prohibir la adjudicación directa en los procesos de iniciativa privada. Dicha reforma se realizó en el año 2016 a la Ley de Asociaciones Público-Privadas, y consistió en la prohibición expresa de no permitir la adjudicación directa en propuestas de iniciativas privadas. Ésta se lee en el párrafo tercero del artículo 64 quedando así: "*No procederá la adjudicación directa tratándose de propuestas*

no solicitadas a que se refiere el capítulo tercero de la presente Ley".

En línea con dicha reforma legislativa, también puede citarse los cuestionamientos que organismos internacionales como el Banco Mundial y el Fondo de Asesoría en Infraestructura Público-Privada (PPIAF) hacen sobre los resultados del mecanismo de adjudicación directa en APP´s de iniciativa privada. Véase apartado 8 sobre "*Conclusiones*" del documento denominado "*Lineamientos para el Desarrollo de una Política de Gestión de Iniciativas Privadas en Proyectos de Infraestructura. Volumen I. Principales Hallazgos y Recomendaciones*" [1], específicamente la última conclusión, que en lo conducente dice: "*Los proyectos APP, que comenzaron como IP (Iniciativas Privadas) pero que fueron desarrollados por el organismo público y otorgados mediante una licitación pública, aparentemente no fueron ni mejores ni peores que las APP de iniciativa pública. Esto muestra que la preocupación generada por las IP no se relaciona con la gestación del proyecto como iniciativa privada, sino a que: 1)…; 2) el organismo público adjudique directamente la IP; y/o 3) el organismo público no garantice transparencia ni rendición de cuentas.*"

7. Por otra parte, en cuanto a la participación de la empresa ICTSI en el mencionado proyecto de iniciativa privada, debe tomarse en cuenta que a la luz de la información pública conocida, en particular, el documento denominado: "Contrato para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación, Operación y Explotación de la Terminal de Contenedores y Carga General de Puerto Cortés", suscrito en fecha 21 de Marzo de 2013 entre la República de Honduras actuando a través de la Comisión para la Promoción de la Alianza Público-Privada (COALIANZA), Banco Financiera Comercial Hondureña, S. A. y Operadora de Puerto Cortés, S. A. de C. V., se señala una limitación y/o prohibición en la persona jurídica del operador de la Terminal de Contenedores y Carga General de Puerto Cortés, así como en sus accionistas o socios, en relación con su participación directa o indirecta en concesiones otorgadas por el Gobierno de la República de Honduras en materia de infraestructura portuaria, carretera o aeroportuaria.

La cláusula que contiene dicha característica y/o prohibición dice lo siguiente: "*2.11. Conforme a lo establecido en las Leyes Aplicables, para el ejercicio de las actividades portuarias y la prestación de los Servicios, el OPERADOR deberá observar, según corresponda, los principios de libre competencia, neutralidad, no discriminación e igualdad ante la ley, contabilidad separada, libre elección y*

[1] Acceso del documento por página web:
https://ppiaf.org/documents/5377?ref_site=ppiaf&keys=unsolicited%20proposals&restrict_documents=false&restrict_pages=true&site_source%5B%5D=PPIAF

prohibición de transferencia de precios, de tal manera que no pueda realizar conductas que tengan por resultado afectar la competencia en la prestación de dichos Servicios en la Terminal. Consecuente con lo anterior, el OPERADOR, sus accionistas o socios de este, no deberán ser a su vez titulares de acciones o participaciones sociales, de manera directa o indirecta, de sociedades titulares de concesiones en materia de infraestructura portuaria, carretera o aeroportuaria otorgadas por el Gobierno de la República de Honduras a efecto de evitar se restrinja, disminuya, dañe, impida o vulnere la libre competencia en los términos de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia.

Cualquier abuso del OPERADOR o sus Empresas Vinculadas, de su posición dominante en Puerto Cortés que constituya alguna de las prácticas prohibidas por la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, será denunciada y sancionada por las Autoridades Gubernamentales en la materia, sin perjuicio de aplicar las penas convencionales establecidas en el ANEXO 12".

Por lo anteriormente expuesto, esta Dirección Técnica tiene a bien advertir que, existen disposiciones de orden normativo y contractual que claramente ponen en precario un proceso competitivo, en particular, lo siguiente:

1. El artículo 46 del Reglamento de la Ley de la Promoción de la Alianza Público-Privada relativo a la adjudicación directa en los procesos de iniciativa privada, una norma reglamentaria que no guarda relación ni conexión con lo que la Ley de la Promoción de la Alianza Público-Privada dispone en cuanto a transparencia y libre competencia. Por su naturaleza, dicha disposición se opone al principio y/o las exigencias sobre libre competencia o procesos competitivos de los que informa la Ley de la Promoción de la Alianza Público-Privada.

2. La cláusula *2.11 del* Contrato para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación, Operación y Explotación de la Terminal de Contenedores y Carga General de Puerto Cortés, que informa sobre una limitación y/o prohibición, en el sentido de que el Operador no participe de manera directa o indirecta en concesiones en materia de infraestructura portuaria, carretera o aeroportuaria otorgadas por el Gobierno de la República de Honduras, a efecto, según el contenido de la cláusula, de evitar se restrinja, disminuya, dañe, impida o vulnere la libre competencia en los términos de la Ley de Competencia.

3. Finalmente, consideramos oportuno, expresar nuestro parecer sobre el conflicto planteado en el proceso de "Modernización y Desarrollo de la Terminal del Puerto de San Lorenzo", específicamente sobre dos aspectos puntuales que desafían la

gestión realizada por COALIANZA.

El primer punto en cuestión es sobre la cláusula *2.11* del Contrato para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación, Operación y Explotación de la Terminal de Contenedores y Carga General de Puerto Cortés. En efecto, tomando en consideración la denuncia presentada por el Consejo Hondureño de la Empresa Privada (COHEP) en fecha 28 de enero de 2019, específicamente lo referido, con el cuestionamiento sobre las restricciones a la participación que tiene ITCSI en el mencionado proyecto de San Lorenzo, según la cláusula *2.11 del* Contrato; así como la interpretación que sobre la misma emitió el Congreso Nacional de la República mediante Decreto No. 127-2013 de fecha 18 de septiembre de 2013; se puede advertir que tanto la cláusula *2.11* que establece la obligación de abstenerse de participar en concesiones en materia de infraestructura portuaria, carretera o aeroportuaria otorgadas por el Gobierno de la República de Honduras; como la interpretación ante relacionada establece una limitación a la participación de ITCSI, cuando sea necesario para evitar la concentración de mercados en una sola persona o grupo de personas. Así pues, puede afirmarse que en ambos tipos de disposiciones se establece una especie de limitación absoluta.

En consecuencia, la participación de ITCSI en el proceso de selección para el proyecto de San Lorenzo genera incertidumbre a dicho proceso de selección, de tal manera que cualquiera que sea el resultado final, el procedimiento de selección no estaría ajustado al principio de seguridad jurídica del que informa la Ley de Promoción de la Alianza Público-Privada.

El segundo aspecto que, a nuestro juicio, también resulta cuestionable, tiene que ver con el artículo 46 del Reglamento de la Ley de Promoción de la Alianza Público-Privada, que prevé o permite una adjudicación directa, en caso de no existir terceros interesados en la ejecución del proyecto de inversión objeto de la iniciativa privada.

Esta norma reglamentaria sobre adjudicación directa, está fuera del contexto de la ley, ya que no desarrolla o reglamenta ninguna disposición que sobre ese acápite se prescriba en la ley, simplemente se incorpora en el reglamento de manera aislada. Cabe destacar que este tipo de disposiciones (adjudicación directa) en las legislaciones que sirven de referencia, por su condición de pioneras en la región latinoamericana, no la incluyen que es el caso de Chile (véase Decreto 900,

promulgado en 31-10-1996); se prohíbe la adjudicación directa como lo establece Argentina (véase Ley 27328 emitida en 16.11.2016) o simplemente ésta no procede tratándose de propuestas no solicitadas, tal es el caso de México (véase Ley de Asociaciones Público Privadas (16-01.2012) y su última reforma publicada en 15-06-2018 arriba citada.

Otros casos como Perú, la adjudicación directa se permite pero en la ley sustantiva y se desarrolla en el respectivo reglamento. De igual forma, la legislación colombiana la contempla y la reglamenta de conformidad con los alcances de la ley respectiva.

En ese contexto, en el caso de Honduras tratándose de una norma adjetiva que no reglamenta ninguna disposición sobre adjudicación directa que refiera la ley hondureña; resulta válido advertir que la sola participación del consorcio constituido por las empresas TERMINAL PORTUARIA MULTIPROPOSITO DE SAN LORENZO, S.A. DE C.V. Y ESTIBADORES Y REPARACIONES INDUSTRIALES S. A. de C. V., limita y contradice un proceso de recepción, evaluación y el método de selección competitiva de las iniciativas pública-privada. Vale decir, este procedimiento (adjudicación directa) que solo se establece en el reglamento no se ajusta al principio de promoción de la búsqueda de la competencia del que informa la Ley de Promoción de la Alianza Público-Privada.

En suma, esta Dirección es del parecer que COALIANZA, en el proyecto de la terminal del puerto de San Lorenzo, tiene cerrada o restringida la posibilidad de contar con un operador competitivo, ya que el proceso de recepción, evaluación y el método de selección competitiva está precario, no solo por la cláusula contractual sino por la norma reglamentaria, antes relacionadas. En ambos tipos de disposiciones se dan condiciones formalmente contrarias a la competencia.

COMISION PARA LA DEFENSA Y PROMOCION DE LA COMPETENCIA
CDPC
DIRECCION ECONOMICA

Jose Arturo Ochoa
Director Económico

COMISION PARA LA DEFENSA Y PROMOCION DE LA COMPETENCIA
CDPC
DIRECCION LEGAL

Antonio Isaac Martínez
Director Legal

COMISION PARA LA DEFENSA Y PROMOCION DE LA COMPETENCIA
CDPC
DIRECCION TECNICA

Marvin F. Discua Singh
Director Técnico