

Resolución N° 2350-2011-SETENA

EL MINISTERIO DE AMBIENTE, ENERGÍA Y TELECOMUNICACIONES - LA SECRETARÍA TÉCNICA NACIONAL AMBIENTAL, A LAS 08 HORAS 25 MINUTOS DEL 28 DE SETIEMBRE DEL 2011.

**PROYECTO CONSTRUCCIÓN TERMINAL DE GRANOS
EXPEDIENTE NÚMERO 0827-2006-SETENA**

Conoce la Comisión Plenaria de esta Secretaría, el recurso de revocatoria, reconsideración y apelación en subsidio en contra de la resolución N°1542-2011-SETENA, presentada por Ricardo Ospina León, Gerente General de Sociedad Portuaria Granelera de Caldera SPGC, S.A., desarrolladora del proyecto.

RESULTANDO

PRIMERO: El 10 de julio del 2008, mediante Resolución N°2002-2008-SETENA, se otorgó Viabilidad (Licencia) Ambiental al proyecto, por un periodo de dos años.

SEGUNDO: Que el 9 de junio del 2010, la Resolución N°1221-2010-SETENA, otorgó una prórroga de la viabilidad (licencia) ambiental al proyecto, por un periodo de un año.

TERCERO: Que en fecha 26 de mayo del 2011, se recibe la documentación para solicitar una segunda prórroga al proyecto por parte del señor Ricardo Ospina León, a nombre de Sociedad Portuaria Granelera de Caldera (SPGC) S.A.

CUARTO: Que el 29 de junio de 2011, mediante resolución N°1542-2011-SETENA, se aprobó la segunda prórroga a la Declaratoria de Viabilidad (licencia) Ambiental al proyecto, por un plazo adicional de seis meses.

QUINTO: Que el 6 de julio de 2011, se recibió el recurso de revocatoria, reconsideración, y apelación en subsidio en contra de la resolución N°1542-2011-SETENA, presentado por el señor Ricardo Ospina León, en su condición de Gerente General de Sociedad Portuaria Granelera de Caldera (SPGC) S.A.

SEXTO: Que el 24 de agosto de 2011 mediante oficio SG-AJ-908-2011, se solicitó al desarrollador prueba para mejor resolver, en relación con el recurso presentado.

SÉTIMO: Que en fecha 8 de setiembre de 2011, se recibió ante esta Secretaría fotocopia certificada de la resolución mediante la cual, se ordenó la suspensión de las obras de construcción relacionadas con el contrato de concesión del proyecto; fotocopia certificada del acuerdo conciliatorio; fotocopia certificada del Adendum Dos al contrato de concesión; y fotocopia certificada del oficio PESJU-293-2011 del INCOP.

CONSIDERANDO

PRIMERO: Obligatoriedad de las resoluciones de SETENA. El artículo 19 de la Ley Orgánica del Ambiente señala que: *"Las resoluciones de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental deberán ser fundadas y razonadas. Serán obligatorias tanto para los particulares como para los entes y organismos públicos"*.

SEGUNDO: Legitimación. De conformidad con los artículos 282 y 283 de la Ley General de Administración Pública (en adelante LGAP) y 1253 del Código Civil, se tiene por legitimado al señor Ricardo Ospina León, cédula de residencia 117001286309, en su condición de Gerente General de la compañía Sociedad Portuaria Granalera de Caldera SPGC, S.A., cédula jurídica 3-101-319305 para presentar el recurso de revocatoria, reconsideración, y apelación en subsidio en contra de la resolución N° p1542-2011-SETENA.

TERCERO: Plazo de interposición y admisibilidad. La Ley General de la Administración Pública establece en los artículos 343 y 346 que los recursos serán ordinarios o extraordinarios. los ordinarios son el de revocatoria o de reposición y el de apelación y deben interponerse dentro del término de tres días tratándose del acto final y de veinticuatro horas en los demás casos, ambos plazos contados a partir de la última comunicación del acto. Mientras, el recurso extraordinario es el de revisión. Además, el numeral 347 en parte dispone, que es potestativo usar ambos recursos ordinarios o solo uno de ellos, pero será inadmisibles el que se interponga pasados los términos dichos y que si se interponen ambos a la vez, se tramita la apelación al haberse declarado sin lugar el recurso de revocatoria. La resolución N°1542-2011-SETENA, se notificó el día el 30 de junio de 2011, por lo que, se disponía (por haberse notificado por fax) de tres días hábiles contados a partir del día siguiente hábil de la notificación a todas las partes para impugnar (artículo 38 de la Ley N°8687 de Notificaciones Judiciales) de conformidad con la resolución N°1542-2011-SETENA; plazo que vencía el 8 de julio y el recuso de revocatoria con apelación en subsidio, se presentó en esa fecha, encontrándose dentro del plazo de ley. Por otra parte, el recurso es admisibilidad de conformidad con la LGAP.

TERCERO: Del fondo del recurso.

a. Argumentación del recurso. Para la procedencia del recurso, la desarrolladora argumenta, en resumen y bajo un orden establecido por esta Secretaría, como sigue: el **primer motivo**, no es un hecho controvertido al señalar que la resolución 2002-2008-SETENA otorgó al proyecto la VLA. En el **segundo motivo**, señala que ha sido imposible iniciar las obras constructivas a la fecha por razones ajenas a su culpa o voluntad, siendo que la Sala Constitucional ordenó suspender las obras de

construcción relacionadas con el Contrato de Concesión por medio de la resolución de las 15:58 horas del 12 de octubre del 2005 en virtud de un recurso de amparo presentado por la Asociación Nacional de Empleados Públicos, tramitado bajo el expediente número 05-012123-0007-CO. El **tercer motivo** surge como consecuencia del anterior, ya que al suspenderse las obras por la resolución de la Sala Constitucional. El 9 de junio del 2008, se hizo una solicitud ante el INCOP, para determinar el valor actual de la obra y el impacto financiero que la variación puede tener en el equilibrio financiero del proyecto, en consecuencia, se conformó una Comisión de Conciliación entre INCOP y la compañía desarrolladora SPGC, S.A., para buscar una solución al diferendo sobre el equilibrio económico financiero del Contrato de concesión. En el **cuarto motivo**, aduce que en diciembre del 2010, la Comisión generó un acuerdo conciliatorio y el Adendum Dos al Contrato de concesión, encontrándose éste último en proceso de revisión en el Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Que una vez que, se lleve a cabo la suscripción del Adendum Dos, dicho adendum y todos los documentos adicionales de soporte deben ser revisados por la Contraloría General de la República para obtener el debido referendo, trámite que puede tardar aún varios meses más. En el **quinto y último argumento**, indica que la resolución impugnada, no se ajusta a la tramitación del proyecto y que los atrasos para iniciar la construcción son ajenos a su voluntad. Asimismo, se solicitó documentación como prueba para mejor resolver y fue aportada.

Con base en la argumentación expuesta, el recurrente plantea como pretensión: *"Se revoque el plazo otorgado en la resolución impugnada y se nos conceda un plazo que se adecúe a la realidad del estado del proyecto de construcción de la nueva terminal granelera"*.

b. Análisis del recurso. El accionante presenta un recurso de revocatoria, reconsideración, y apelación en subsidio en contra de la resolución 1542-2011-SETENA, por cuanto alega que la prórroga de seis meses del plazo otorgado a la viabilidad (licencia) ambiental, por medio de la resolución mencionada, no se ajusta a la tramitología administrativa, en la cual, se encuentra el proyecto.

Para mayor abundamiento, en el caso de marras, de los motivos, la documentación aportada y el expediente administrativo, se extraen los siguientes hechos relevantes:

- La Sala Constitucional, en su resolución de las 15 horas 58 minutos del 12 de octubre de 2005, en relación con el expediente 05-012123-0007-CO, indicó que se suspendieran las obras de construcción hasta tanto la Sala no resuelva en sentencia el recurso, o no se disponga otra cosa.¹
- La Comisión Técnica de Conciliación, conformada por representantes de INCOP, representantes de SPGC, S.A., y representantes de la Secretaría de Fiscalización, firmó el acuerdo conciliatorio el día 17 de diciembre de 2010.
- El Adendum Dos al Contrato de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos para la Construcción y Operación de la Terminal Granelera de Puerto Caldera fue firmado por representantes SPGC, S.A., representantes del MOPT, y representantes de INCOP, el día 21 de julio de 2011.

- El oficio PESJU-293-2011 del 04 de agosto de 2011, fue recibido por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y por la Contraloría General de la República en fecha 05 de agosto de 2011.

Para efecto de análisis y resolución del caso en cuestión, es necesario destacar la siguiente normativa:

El Reglamento General sobre Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) establece para la Viabilidad (licencia) Ambiental, (en adelante VLA), una vigencia de dos años según el artículo 48, que en lo conducente dice:

"Artículo 48. — Vigencia de la viabilidad (licencia) ambiental.

1) 1) La viabilidad (licencia) ambiental, una vez otorgada tendrá una validez máxima de dos años de previo al inicio de actividades de la actividad, obra o proyecto. En caso de que, en ese plazo, no se inicien las actividades, el desarrollador deberá requerir, de previo al vencimiento, una prórroga de su vigencia ante la SETENA, conforme con el procedimiento que se establecerá en el Manual de EIA. (...) "

Se desprende de la lectura, que antes del vencimiento de la VLA, el desarrollador tiene la facultad de solicitar una prórroga. Asimismo, en aplicación supletoria de la LGAP, el desarrollador puede presentar una solicitud de prórroga del plazo con base en el artículo 258, que al efecto dice:

"Artículo 258.-

1. Los plazos de esta ley y de sus reglamentos son improrrogables, sin embargo, los que otorgue la autoridad directora de conformidad con la misma, podrán ser prorrogados por ella hasta en una mitad más si la parte interesada demuestra los motivos que lo aconsejen como conveniente o necesario, si no ha mediado culpa suya y si no hay lesión de intereses o derechos de la contraparte o de tercero.
2. La solicitud de prórroga deberá hacerse antes del vencimiento del plazo, con expresión de motivos y de prueba si fuere del caso.
3. En iguales condiciones cabrá hacer nuevos señalamientos o prórrogas.
4. Queda prohibido hacer de oficio nuevos señalamientos o prórrogas. "

De conformidad con lo expuesto, tratándose de una concesión de construcción de obra pública, es importante destacar que de acuerdo con la documentación aportada, no se han concretado todos los trámites en la Administración para poder iniciar el proyecto y están pendientes gestiones por resolver en entes públicos. Siendo así, se trata de hechos ajenos a la desarrolladora. En consecuencia, efectivamente, existe una imposibilidad material del administrado para cumplir dentro del plazo otorgado con el inicio del proyecto. Así las cosas, la pretensión del recurrente, se avoca a que se conceda un plazo mayor de prórroga que el establecido en la resolución impugnada, pero no lleva razón el recurrente en su pretensión, con base en la norma concerniente a la prórroga apuntada, solo puede otorgarse por la mitad del plazo y habiéndose, otorgado una primera prórroga por un año en la resolución N°1221-2010-SETENA, una nueva prórroga sería por seis meses, tal y como lo otorgó la resolución que aquí se impugna. Por consiguiente, procede declarar sin lugar, el recurso incoado en cuanto ampliar el plazo de prórroga de seis meses, dado que no es posible señalar un plazo de prórroga distinto al otorgado de conformidad con el principio de legalidad.

CUARTO. De la figura de la suspensión y aplicación de oficio. La LGAP establece la obligatoriedad de los plazos, dispone que *Los términos y plazos del procedimiento administrativo obligan tanto a la Administración como a los administrados, en lo que respectivamente les concierne* (artículo 255). Siendo así, en principio los plazos son improrrogables, sin embargo, el mismo cuerpo normativo establece que podrán prórrogarse o incluso, suspenderse en los términos de los numerales 258 y 259, aplicables supletoriamente en el proceso EIA. En cuanto a la suspensión la norma estipula:

"Artículo 259.-

1. Los plazos podrán ser suspendidos por fuerza mayor, de oficio o a petición de parte.
2. La alegación de fuerza mayor deberá hacerse dentro de los ocho días siguientes a su cesación, simultáneamente con el acto impedido por aquélla, so pena de perder la posibilidad de realizarlo y de sufrir el rechazo de suspensión solicitada.
3. No será causa de suspensión la que haya servido de motivo a una prórroga o a un nuevo señalamiento.
4. Se reputará fuerza mayor la negativa, o el obstáculo opuestos por la Administración al examen del expediente por el administrado, si lo han impedido total o parcialmente, fuera de los casos previstos por el artículo 273. En esta hipótesis se repondrán los términos hasta el momento en que se produjo la negativa o el obstáculo.
5. La solicitud de suspensión no suspende el procedimiento.
6. Si se acoge la solicitud se repondrá el trámite al momento en que se inició la fuerza mayor." (subrayado no es del original)

Tal y como, se desprende de la norma, el presupuesto para la aplicación de la suspensión es la fuerza mayor y puede darse de oficio o a solicitud de parte. En análisis del concepto la Procuraduría General de la República ha dicho: (Dictamen C-084-1999 del 3 de mayo de 1999)

"La fuerza mayor es un acontecimiento que no puede preverse o que, previsto, no puede evitarse. La expresión "fuerza mayor" indica el carácter invencible del obstáculo. Ciertos hechos pueden ser citados como típicos de fuerza mayor, por ejemplo, los fenómenos atmosféricos y naturales como terremotos, tempestades, inundaciones, crecidas, lluvias, rayos, incendios, etc. Es por ello que el estado de fuerza mayor ha sido definido en doctrina como un hecho de la naturaleza, previsible, pero inevitable.

El Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, en su resolución No. 108 de las 9:40 hrs. del 26 de mayo de 1993 estableció al efecto:

"A pesar de que existe doctrina que considera equivalentes los términos de caso fortuito y fuerza mayor, también se ha sostenido que el primero tiene dos características esenciales: la indeterminación y la interioridad: la indeterminación consiste en que la causa del incumplimiento contractual es desconocida y la interioridad a que sus efectos inciden en la esfera personal o en la constitución o funcionamiento del sujeto o empresa obligada. La fuerza mayor se define por

contraposición al caso fortuito como aquella causa extraña o exterior al obligado a la prestación imprevisible en su producción y en todo caso absolutamente irresistible aun en el caso de que hubiera podido ser prevista."

La fuerza mayor es causa eximente de responsabilidad, bien sea en cuanto al incumplimiento definitivo de un deber o al simple retraso del mismo. Pero el funcionario no queda dispensado del cumplimiento cuando éste sea posible por cesar el obstáculo constitutivo de la fuerza mayor.

La indeterminación e imprevisibilidad intrínsecas de la fuerza mayor impiden que puedan circunscribirse estricta y anticiuadamente sus límites temporales. Lo importante es, en todo caso, que los efectos que provoca el acaecimiento de una fuerza mayor estén en relación directa e inmediata con el fenómeno correspondiente. De modo que el incumplimiento o suspensión del deber de actuar que justifica la fuerza mayor no es siempre absoluto. Por el contrario, puede constituir simplemente un motivo justificante del retraso del cumplimiento. Aplicado lo anterior a la Administración, tenemos que al cesar el obstáculo constitutivo de la fuerza mayor, ésta debe actuar en cumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, el deber de actuar queda simplemente suspendido hasta el momento en que la fuerza mayor haya cesado.

La fuerza mayor justificante de una actuación excepcional de la Administración debe existir como tal, por lo que no es suficiente para justificar el accionar administrativo que se alegue su existencia. Por el contrario, debe existir tal como se ha alegado."

En estos términos, la fuerza mayor es un acontecimiento que no puede preverse o aún habiéndose previsto, resulta inevitable, indica el carácter invencible del obstáculo, siendo el típico ejemplo los hechos de la naturaleza previsible, pero inevitables. Consiste en una causa extraña o exterior al obligado.

En el caso de marras, en el recurso, se presentan una serie de acontecimientos suscitados de previo a iniciar este tipo de proyecto que afectan precisamente, la ejecución del acto administrativo dentro del plazo otorgado. De acuerdo con la documentación aportada, el Instituto Costarricense de Puerto del Pacífico mediante el oficio PESJU-293-2011 remitió a la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República, para refrendo el Adendum N°2 al Contrato de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos para la Construcción y Operación de la Terminal Granelera de Puerto Caldera. Hecho que es ajeno a la desarrolladora, que aunque es previsible, resulta inevitable, constituyéndose, en una causa de fuerza mayor y por ende, aunque es parte de un proceso dentro de la Administración, resulta un obstáculo, que no permite a la sociedad poder iniciar las actividades del proyecto.

Cabe señalar, que no es una causa de suspensión la que haya servido de motivo a una prórroga y en el caso de estudio, la prórroga otorgada de un año, tuvo como motivo el siguiente: "En el caso específico, la razón de la postergación del inicio de las obras es que -tratándose de una concesión de obra pública y de interés para el Estado, por cuanto es el medio de ingreso del 80% de granos y cargas a granel al país- se está en un proceso de Conciliación contractual entre INCOP y SPGC S. A., a fin de dirimir una

Resolución N° 2350-2011-SETENA

serie de aspectos técnicos y financieros de la ejecución del contrato de concesión, lo cual absolutamente necesano para dar inicio a las obras." En la actualidad, la causa alegada que constituye fuerza mayor es otra, en relación con la prórroga otorgada, como se desprende del parrato anterior, por lo que no existe impedimento para aplicar la suspensión.

Por lo anterior, determina esta Secretaría que procede otorgar de oficio una suspensión del plazo de la viabilidad (licencia) ambiental otorgada al proyecto, de forma tal, que se aplica la suspensión hasta el momento en que la fuerza mayor haya cesado, sea, hasta que se cuente con el refrendo de la Contraloría General de la República.

QUINTO: Conclusión: De conformidad con los considerandos anteriores, procede declarar sin lugar el recurso y de oficio otorgar una suspensión de la viabilidad (licencia ambiental) y revocar la resolución 1542-2011-SETENA.

**POR TANTO
LA COMISIÓN PLENARIA RESUELVE:**

En sesión Ordinaria No. 0101-2011 de ésta Secretaría, realizada el 27 de setiembre del 2011, en el artículo N0. 07 acuerda:

PRIMERO: De conformidad con los razonamientos de Hecho y Derecho, se declara sin lugar el recurso de revocatoria, reconsideración y apelación en subsidio en contra de la resolución N°1542-2011-SETENA del 29 de junio de 2011, presentado por Ricardo Ospina León, Gerente General de Sociedad Portuaria Granelera de Caldera SPGC, S.A., desarrolladora del proyecto Construcción Terminal de Granos, en virtud de el plazo otorgado de prórroga de seis meses obedece a la norma aplicable según la LGAP.

SEGUNDO: De oficio esta Secretaría suspende el plazo de la viabilidad (licencia) ambiental otorgada al proyecto, de forma tal, que aplica la suspensión hasta el momento en que la fuerza mayor cese, sea, hasta que se cuente con el refrendo de la Contraloría General de la República.

TERCERO: Se ordena a la Sociedad Portuaria Granelera de Caldera SPGC, S.A., desarrolladora del proyecto, comunicar a esta Secretaría el cese de la fuerza mayor. Para tal efecto, deberá presentar una fotocopia certificada del Contrato con el refrendo de la Contraloría General de la República.

CUARTO: Al haberse declarado sin lugar el recurso de revocatoria, se eleva el expediente al señor Ministro del Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, con el fin de que conozca del recurso de apelación interpuesto subsidiariamente en lo rechazado. Los interesados podrán presentar sus argumentos y pruebas ante el señor Ministro en el plazo de tres días hábiles contados a partir de la notificación del presente acto administrativo.

Resolución N° 2350-2011-SETENA

QUINTO: Toda documentación que sea presentada ante la SETENA deberá indicar claramente el número de expediente, el número de resolución y el nombre completo del proyecto.

Atentamente,



ING. URIEL JUÁREZ BALDANO
SECRETARIO GENERAL
EN REPRESENTACION DE LA COMISION PLENARIA

En la oficina de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental se notificó copia de la Resolución N° 2350-2011-SETENA de las 08 horas 25 minutos del 28 de septiembre 2011.

NOTIFÍQUESE:

- Ricardo Ospina León, Gerente General de Sociedad Portuaria Granelera de Caldera SPGC, S.A.,
Fax 2634-4595

Firma: _____ cédula _____

A las 12 horas y 55 minutos del 03 de Octubre del 2011.

Notifica Sonia Phillips