



El inicio del proceso de consulta previa y su impacto en el desarrollo del Plan de Transmisión

Por José La Torre y Tania Rojas



1. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte, los procedimientos administrativos de otorgamiento de concesión definitiva para desarrollar las actividades eléctricas (en particular, la transmisión) se han ido extendiendo más allá de los plazos establecidos en el marco legal. El mayor tiempo que toma el desarrollo y culminación del procedimiento, independientemente de la magnitud y origen de la instalación involucrada, impacta negativamente en el interés público, característica inherente a las actividades eléctricas, además de tratarse de un negocio de suma cero.

Son diversas las causas de la demora en obtener la concesión definitiva. En algunos casos la demora obedece a las características del caso concreto, como la cantidad de predios afectados, lo que obliga al acopio y revisión de mayor cantidad de planos y documentos en general. Sin embargo, una causa recurrente la constituye la demora del Estado en cumplir con el proceso de Consulta Previa.

De acuerdo con el marco jurídico que regula las actividades eléctricas en el Perú, el Comité de Operación Económica del Sistema (COES) es la entidad encargada de coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del Sistema Interconectado Nacional (SEIN) y de planificar el desarrollo de la transmisión eléctrica. Esta última función la cumple mediante la elaboración del Plan de Transmisión, el cual, una vez aprobado por el Ministerio de Energía y Minas

(MINEM), es implementado mediante procesos de licitación desarrollados por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN)⁴³.

Una vez adjudicado el proyecto, la empresa concesionaria deberá cumplir una serie de condiciones para lograr la puesta en servicio del nuevo proyecto. Entre otras, deberá obtener la Concesión Definitiva de Transmisión Eléctrica mediante un procedimiento administrativo, no necesariamente exento de incidentes habituales en procedimientos similares, pero cuyo desarrollo es ralentizado por el mismo Estado. Todo ello genera graves retrasos en el cumplimiento del Plan de Transmisión.

Se trata de la obligación del Estado Peruano de iniciar el proceso de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios (Consulta Previa), cuyo desarrollo genera un grave retraso en la tramitación de la concesión, fundamentalmente por dos razones. De un lado, la oportunidad en que el Estado inicia el proceso de Consulta Previa y, por otro, porque este proceso no tiene establecido un plazo determinado para su ejecución.

El presente artículo analizará cuáles son los principales aspectos de la Consulta Previa, cómo incide en la ejecución de las obras del Plan de Trasmisión, y cuáles serían las posibles alternativas de solución que podrían ser implementadas por el Estado Peruano para evitar retrasos excesivos.

2. ORIGEN DE LA CONSULTA PREVIA

Esta figura jurídica nace en el año 1957, con la suscripción de un primer instrumento multilateral, el Convenio 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. Más adelante, el 27 de junio de 1989, la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, el que contó no solo con la participación de gobiernos, sino también de organizaciones de empleadores y de trabajadores.

El Convenio 169 fue ratificado por el Estado mediante la Resolución Legislativa N° 26253 del 05 de diciembre de 1993 y, conforme al artículo 38 del mismo Convenio⁴⁴, entró en vigencia en el Perú el 02 de febrero de 1995.

⁴³ Artículo 22 de la Ley N° 28832.

⁴⁴ "Artículo 38

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Directos General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación."

La necesidad de este instrumento internacional surgió a partir de la constatación de una realidad que se puede observar en muchos países, en particular los de América Latina: es común que los pueblos indígenas y tribales se encuentren en desigualdad en el goce de los derechos respecto que el resto de la población del mismo país, situación que causa un perjuicio a su cultura.

Es común que los pueblos indígenas de América Latina tengan muy bajos indicadores socioeconómicos y laborales, y la discriminación étnica incrementa la creciente brecha de ingresos.

En este contexto, el Convenio 169 fue acordado con el propósito de garantizar a los pueblos indígenas el derecho a mantener y fortalecer sus culturas, así como el derecho a decidir sus propias prioridades, respetando su particular visión de lo que es desarrollo, pobreza, bienestar y gobernanza.

3. LA CONSULTA PREVIA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Con la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT (Ley de Consulta Previa o Ley)⁴⁵, vigente desde el 07 de diciembre de 2011⁴⁶, se hizo efectivo el compromiso internacional asumido en el marco de dicho Convenio.

El objeto de la Ley es desarrollar el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente.

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Consulta Previa⁴⁷ (Reglamento), regula y desarrolla las características esenciales del proceso de Consulta Previa y la formalización de los acuerdos que eventualmente resulten del proceso. Esta norma reglamentaria fue el resultado del trabajo de una Comisión Multisectorial instalada el 22 de noviembre de 2011, con la participación de organizaciones indígenas de alcance nacional y del Poder Ejecutivo, y en cuya elaboración se siguieron las etapas comprendidas en el artículo 8 de la Ley.

La Ley, en concordancia con el artículo 6 del Convenio 169, establece que la Consulta Previa tiene como finalidad alcanzar un acuerdo o consentimiento con los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecte directamente. Específicamente, el diálogo versa

⁴⁵ Publicada el 07 de setiembre de 2011.

⁴⁶ Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley. *“La presente Ley entra en vigencia a los noventa días de su publicación en el diario oficial El Peruano a fin de que las entidades estatales responsables de llevar a cabo procesos de consulta cuenten con el presupuesto y la organización requerida para ello.”*

⁴⁷ Aprobado mediante el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, publicado el 03 de abril de 2012.

sobre los aspectos en los que se presentan diferencias entre las partes de la Consulta respecto a la propuesta de medida.

La vía para arribar a ese acuerdo, o lograr el consentimiento, es el llamado diálogo intercultural, el cual debe garantizar la inclusión de los pueblos indígenas u originarios en los procesos de toma de decisión del Estado, ya sea que se trate de medidas administrativas o legislativas, en cuya aplicación deben ser respetados sus derechos colectivos.

El diálogo comprende tanto los fundamentos de la medida a ser adoptada, como las posibles consecuencias que de ella puedan surgir respecto al ejercicio de sus derechos colectivos, y las sugerencias y recomendaciones que los pueblos planteen durante ese diálogo deben ser tenidos en cuenta por las autoridades responsables de la Consulta.

Ello deriva del artículo 2.1 del Convenio 169, el cual establece que *“Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”*. La misma norma dice que tal acción coordinada y sistemática deberá incluir⁴⁸:

- a) Medidas que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
- b) Medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;
- c) Medidas que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Es importante resaltar que, en coherencia con lo previsto en el Convenio 169, la Ley es enfática al establecer que la implementación de la Consulta Previa es una obligación que debe ser cumplida *“solo por el Estado”*⁴⁹, a través de las entidades promotoras de la medida legislativa o administrativa⁵⁰, pues ello tendrá implicancias en la responsabilidad por la demora en la ejecución de los proyectos de transmisión. Para el cumplimiento de esta obligación, la Ley ha establecido etapas, las mismas que se detallarán a continuación.

⁴⁸ Artículo 2.2 del Convenio 169.

⁴⁹ Artículo 2 de la Ley de Consulta Previa.

⁵⁰ Artículo 10 de la Ley de Consulta Previa.

4. ETAPAS Y DURACIÓN DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA

La Ley establece cuales son las etapas mínimas que tendría que transitar el Estado para completar todo el proceso de Consulta Previa, en el supuesto de identificar la existencia de pueblos indígenas y que las medidas respectivas tengan una relación directa con sus derechos colectivos⁵¹:

- a) Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.
- b) Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
- c) Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
- d) Información sobre la medida legislativa o administrativa.
- e) Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.
- f) Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
- g) Decisión.

De las siete etapas comprendidas en la Ley, la segunda es de suma importancia para el proyecto eléctrico, por cuanto dependiendo de sus resultados se determinará si el proceso finaliza o continúa. En efecto, si se concluye que la población ubicada en el ámbito geográfico donde se ejecutará la medida objeto de consulta no califica como pueblo indígena, el proceso finaliza. En cambio, si la población califica como pueblo indígena, el proceso continúa para analizar si la medida afecta directamente, o no, los derechos colectivos del pueblo indígena. Aquí se pueden presentar dos situaciones:

Por una parte, si la medida no afecta directamente los derechos colectivos, el proceso de Consulta Previa finaliza. Sin embargo, si la medida afecta directamente los derechos colectivos, el proceso de Consulta Previa debe continuar hasta completar todas las etapas.

Entonces, la duración del proceso de Consulta Previa dependerá, en primera instancia, del resultado de la segunda etapa (b) y, de continuar, dependerá de si

⁵¹ Artículo 8 de la Ley de Consulta Previa.

la medida a ser emitida afecta directamente los derechos colectivos de los pueblos calificados como indígenas, lo que es materia de la cuarta etapa (d). Pero, como veremos más adelante, la identificación de pueblos indígenas no significará que necesariamente que se debe seguir hasta la cuarta etapa.

Si bien, en términos generales hay dos momentos en los cuales se puede decidir la finalización del proceso sin llegar hasta la última etapa, ello no se debe al cumplimiento de un plazo inherente al proceso mismo, toda vez que, de las siete etapas, solo las cuatro intermedias (c, d, e y f) tienen un plazo máximo que, en conjunto, no puede superar los 120 días calendario⁵². Por tanto, el proceso como tal carece de una duración determinada legalmente, lo que impide prever la duración del proceso en el cronograma de ejecución de obras.

La segunda etapa es relevante porque su cumplimiento conlleva tener certeza sobre la existencia o no de pueblos originarios. La Ley y el Reglamento dispusieron la implementación de una Base de Datos Oficial, en el cual se incluiría la información oficial sobre los pueblos indígenas. Sin embargo, esta fuente se encuentra en constante actualización, por lo que, al no ofrecer certidumbre, el Estado no puede limitarse a consultar dicho instrumento para verificar la existencia de pueblos originarios y los inversionistas tampoco pueden fiarse de su contenido.

La importancia de la etapa de identificación de los pueblos indígenas llevó a que, en junio de 2014, el Ministerio de Cultura, con el apoyo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Ministerio de Asuntos Exteriores, Comercio y Desarrollo de Canadá, en el marco del proyecto “Alianzas para el Diálogo: Prevención de conflictos sociales en el uso de recursos naturales”, implementase una Guía Metodológica para la Etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios.

Si bien no existe una disposición normativa que establezca su cumplimiento obligatorio, la Guía complementa lo ya regulado en la Ley y el Reglamento, y detalla de una forma más amplia los pasos que deben seguirse en la identificación de los pueblos indígenas u originarios, describiendo una a una las técnicas y los instrumentos de recolección de información, las cuales cumplen un rol determinante en la segunda etapa del proceso.

La Guía ha sido diseñada en concordancia con la Ley y el Reglamento, incorporando la experiencia acumulada por el Viceministerio de Interculturalidad en la aplicación de la metodología de identificación de pueblos indígenas.

⁵² Artículo 24 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

Debe resaltarse que la aplicación de la Guía está destinada para los casos en los que la medida que da lugar al proceso implica un ámbito geográfico definido. Es decir, para medidas cuyas afectaciones se circunscriban a un espacio territorial específico, como las medidas vinculadas a actividades extractivas, áreas de conservación, entre otras.

Así, la Guía establece pautas y lineamientos que, por no ser prescriptivos, obliga a que la metodología propuesta sea adaptada al caso concreto.

5. PASOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

Como ya se ha indicado, la Ley de Consulta Previa establece que el único obligado a implementar el proceso es el Estado; por tanto, será el Estado el único encargado para identificar los pueblos indígenas u originarios a través de la entidad promotora de la medida y, para ello, debe considerar dos tipos de criterios: objetivos y subjetivos⁵³.

La Ley contempla como criterios objetivos los siguientes:

- a) La descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
- b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- c) Instituciones sociales y costumbres propias; y,
- d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

Mientras que el criterio subjetivo está referido a la conciencia del grupo colectivo de poseer identidad indígena u originaria.

Complementariamente, la Guía ofrece seis pasos a seguir para la identificación de los pueblos indígenas:

a) Paso 1: definir los criterios de identificación

Aquí se analizan los criterios objetivos y subjetivos antes descritos.

b) Paso 2: Establecer los temas clave

⁵³ Artículos 7 y 10 de la Ley de Consulta Previa.

La Guía establece los siguientes temas clave: autoidentificación y autodenominación, lengua o idioma, historia de la comunidad, organización social, organización política, actividades económicas, uso del territorio y de los recursos naturales y cosmovisión, creencias y prácticas ancestrales, que servirán para dar cuenta de una serie de características para una adecuada identificación de pueblos indígenas u originarios.

c) Paso 3: Recolectar la información

Una vez obtenida la información del paso 1 y 2, se debe recolectar la información necesaria para identificación. Para ello se debe pasar por dos fases: i) revisión de información de fuente secundaria (conformada por mapas, libros de historia, páginas web, base de datos de pueblos indígenas del VMI, etc.) y ii) recolectar información de primera mano, es decir, al lugar de los hechos.

El hecho de que las fuentes secundarias brinden información meramente referencial, hace que sea necesario recolectar información de primera mano, esto es, acudir a lugar de campo y recoger información a partir de los propios actores (comunidades, pueblos o poblaciones), para lo cual la autoridad deberá elaborar un plan de trabajo que contiene los pasos para el ingreso y relacionamiento con los pueblos indígenas u originarios.

d) Paso 4: Sistematizar la información

Una vez recolectada la información, esta debe ser sistematizada sobre la base de los temas clave del paso 2, en cada tema se agrupará las características correspondientes de la población.

e) Paso 5: Analizar la información

Con la información ordenada y clasificada de acuerdo a los temas clave, se iniciará un proceso de análisis cualitativo para determinar si existen atributos o indicadores de la presencia de los criterios de identificación (objetivo o subjetivos) en la información analizada. Del análisis realizado en este paso se podrá determinar si existe, o no, un pueblo indígena u originario en el ámbito de la medida a consultar.

f) Paso 6: Elaborar el Informe de Identificación de pueblos indígenas u originarios

El resultado de la sistematización y análisis debe estar contenido en un “Informe de identificación de pueblos indígenas u originarios y de posibles afectaciones a sus derechos colectivos”. Este documento responde una serie

de preguntas y brinda alcances acerca de la medida a consultar, sobre la posible afectación de derechos colectivos y sobre las fuentes de información utilizadas. Cumplido este paso, se da por concluida la segunda etapa del proceso de consulta previa.

Los pasos detallados previamente demuestran que el cumplimiento de la segunda etapa (identificación de los pueblos indígenas) requiere realizar diversas actividades que le toman a la autoridad un tiempo considerable. En el caso del sector eléctrico, el inicio de la consulta previa afecta directamente la obtención del título habilitante y, por tanto, la puesta en servicio, porque el procedimiento administrativo queda suspendido sin un plazo previsible.

De lo señalado en los párrafos que anteceden, debemos resaltar que el antes referido Informe de Identificación de pueblos indígenas u originarios puede contener, también, un análisis de las posibles afectaciones a los derechos colectivos, haciendo referencia a las fuentes de información utilizadas.

Al respecto, recordemos que la afectación directa a los derechos colectivos implica que la medida administrativa “*contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos*” de los pueblos indígenas⁵⁴. A ello hay que agregar que tales cambios deben tener relevancia respecto “*a las condiciones de vida, organización social y política, identidad cultural, ambiente y recursos naturales, y desarrollo del pueblo indígena u originario.*”⁵⁵

Así, considerando que la construcción de instalaciones de transmisión eléctrica tiene un mayor grado de adaptación a las circunstancias⁵⁶, es necesario tener presente que durante el desarrollo de la segunda etapa del proceso también pueda arribarse a la conclusión de que la medida administrativa no producirá una afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos identificados en la zona, aun cuando parte de la instalación cruce el ámbito geográfico en el que habitan.

⁵⁴ Literal b) del artículo 3 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

⁵⁵ “*Etapas de identificación de pueblos indígenas u originarios. Guía Metodológica.*” Ministerio de Cultura del Perú; Primera edición, Lima, junio de 2014, pág.106.

⁵⁶ Hasta cierto límite, pues puede incrementar el monto de inversión.

6. EL IMPACTO DE LA CONSULTA PREVIA EN LA EJECUCIÓN DEL PLAN DE TRANSMISIÓN

Las actividades del sector eléctrico se encuentran regulados principalmente en el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (LCE) y su Reglamento (RLCE)⁵⁷. De acuerdo con este marco normativo, para realizar la actividad de transmisión los titulares de los proyectos deben contar con concesión definitiva, la misma que es otorgada por el Ministerio de Energía y Minas (MINEM)⁵⁸, quien en el marco de las normas de promoción de la inversión privada, asume la función de entidad promotora de la medida.

Así, por ejemplo, la actividad de transmisión eléctrica que se encuentre en los supuestos previstos en la norma citada, solo puede ser desarrollada legalmente si se obtiene la concesión definitiva. En el supuesto de desarrollar la actividad de transmisión sin haber obtenido la concesión definitiva, el titular del proyecto será sancionado por OSINERGMIN⁵⁹.

El otorgamiento de la concesión definitiva marca la culminación de un procedimiento administrativo que se inicia con la solicitud de concesión definitiva y se formaliza mediante la publicación de una Resolución Ministerial en el Diario Oficial El Peruano, configurando de ese modo el título habilitante para desarrollar la actividad de transmisión eléctrica.

Entonces, la actividad eléctrica solo puede desarrollarse o ponerse en práctica a partir de la publicación del título habilitante; no antes. De ahí que la Resolución Ministerial publicada es la que constituye la medida administrativa a que se refiere la Ley de Consulta Previa. A su vez, el Ministerio de Energía y Minas precisó que la oportunidad en que debe ser realizado el proceso de Consulta Previa es “*antes de otorgar la concesión*”⁶⁰.

En nuestra opinión, lo precisado por el MINEM, en concordancia con el artículo 3 de la LCE, constituye la identificación de la primera etapa del proceso de Consulta Previa; esto es, en materia de líneas de transmisión eléctrica la medida a ser implementada ya se encuentra identificada con anterioridad al inicio del proceso de Consulta Previa.

Ahora bien, a partir de aquí es que nos encontramos con un primer elemento que contribuye sustancialmente con el retraso en la implementación de los proyectos de transmisión, en particular, los que resultan del Plan de Transmisión. En razón

⁵⁷ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM, publicado el 25 de febrero de 1993.

⁵⁸ Artículos 3 y 6 de la LCE.

⁵⁹ Artículo 201 de la RLCE.

⁶⁰ Resolución Ministerial N° 209-2015-MEM-DM del 04 de mayo de 2015.

de haberse determinado que la oportunidad de realizar el proceso es “*antes de otorgar la concesión*”, se viene interpretando que el proceso solo puede empezar “después de solicitar la concesión”, lo cual carece de sustento legal y de sentido lógico.

En efecto, ni la Ley de Consulta Previa ni su Reglamento identifican el momento a partir del cual debe iniciarse el proceso, y no hay razón para identificar ese momento ya que se trata de una obligación del Estado que no se encuentra asociada a la implementación de proyectos de inversión. En realidad, es una obligación que debe cumplir el Estado de manera continua hasta localizar a todos los pueblos indígenas u originarios en el territorio nacional. Sin embargo, objetivamente, no es criticable que el Estado asocie ambas actividades, es decir, que dé inicio al proceso de Consulta Previa con ocasión de un proyecto de inversión, pues, por una parte, de esa manera evita que la implementación de un proyecto de inversión pueda afectar a ese grupo poblacional; y, de otra parte, le permite contar con la información que previamente haya sido recogida por el inversionista.

Lo cuestionable es la actual práctica de exigir al inversionista la presentación de información con cierto grado de elaboración como una condición legal, en el marco de un procedimiento administrativo, para iniciar el proceso de Consulta Previa, cuando el marco legal aplicable no otorga esa facultad al Estado ni impone esa carga como una obligación del inversionista. Esta mala práctica ha venido causando constantemente retraso en la implementación de los proyectos. Dicha exigencia es tanto más grave cuanto mayor es el efecto negativo en la implementación del proyecto, toda vez que el proceso tiene que haber concluido previamente al otorgamiento de la concesión definitiva.

Como es conocido, la actividad de transmisión eléctrica se desarrolla de dos maneras. De un lado se tienen los proyectos que surgen del Plan de Transmisión, elaborado por el COES y aprobado por el MINEM; por otro lado, están los proyectos que se desarrollan por iniciativa e interés del particular. En ambos casos, los titulares de los proyectos deberán obtener la concesión definitiva para desarrollar la actividad de transmisión, y el grado de afectación y las consecuencias jurídicas aplicables en razón de la oportunidad en la que se inicia el proceso de Consulta Previa, son diferentes en cada supuesto, tal como pasamos a exponer.

6.1. Proyectos del Plan de Transmisión

El Plan de Transmisión es el estudio que identifica los requerimientos del equipamiento de transmisión necesarios para mantener o mejorar la calidad, fiabilidad, seguridad o economía del SEIN y es vinculante para las decisiones de

inversión⁶¹. Su ejecución es implementada mediante encargos que el MINEM realiza a PROINVERSIÓN⁶².

Estos proyectos de inversión se implementan mediante procesos de licitación pública internacional, de los que resultan proyectos adjudicados que se materializan en Contratos de Concesión, cuya vigencia se inicia en la fecha de su suscripción entre el Estado peruano en calidad de Concedente, representado por el MINEM, y el Concesionario. Iniciada la vigencia del Contrato, el Concesionario se encuentra obligado a lo siguiente:

- Presentar la “Garantía de Fiel Cumplimiento”, que respalde el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario derivadas del Contrato de Concesión, entre ellas, la obtención de la concesión definitiva.
- Presentar y cumplir con el cronograma de ejecución de obras del Contrato de Concesión.
- Solicitar y obtener la concesión definitiva de transmisión.

Siendo proyectos que el mismo Estado promueve, no cabe duda del interés público que subyace en su promoción e implementación. Además, considerando que es el Estado quien determina, en términos generales, el trazo de cada proyecto, no hay razón para esperar hasta la admisión a trámite de la solicitud de concesión definitiva para dar inicio al proceso de consulta previa. Nótese que el Concesionario no puede desistirse de la solicitud de concesión definitiva porque ello le significaría el incumplimiento del Contrato de Concesión y, por ello, la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento.

Además, la demora causada en la ejecución de los proyectos se agrava si consideramos que el inicio del proceso de consulta previa tiene como efecto la suspensión del procedimiento administrativo de solicitud de concesión definitiva, suspensión que tampoco tiene una justificación legal por cuanto el proceso de consulta previa en sí no es parte del procedimiento administrativo.

Así, tenemos que, no el marco legal, sino la práctica que se viene aplicando, se constituye en la causa real del retraso en la implementación de los proyectos adjudicados, tanto por la oportunidad de iniciar el proceso de consulta previa, como por la suspensión del procedimiento administrativo.

Esta situación pone en evidencia una grave contradicción que existe dentro de las actuaciones del Estado Peruano, pues por un lado impone al concesionario la obligación de obtener la concesión definitiva y de cumplir con el cronograma de ejecución de obras, pero por el otro, obliga al concesionario a justificar por fuerza mayor el retraso en la implementación del proyecto bajo pena de ejecutar la

⁶¹ Numeral 21 del artículo 1 de la Ley N° 28832.

⁶² Numeral 22.2 del artículo 22 de la Ley N° 28832.

Garantía de Fiel Cumplimiento, cuando en realidad el causante de dichos incumplimientos es la actuación del propio Estado Peruano.

6.2. Proyectos de iniciativa privada e interés del titular del proyecto

En el caso de los proyectos que no forman parte del Plan de Transmisión, el titular del referido proyecto debe cumplir con los siguientes requisitos⁶³:

- Presentar la solicitud de concesión definitiva de transmisión.
- Presentar un calendario de ejecución de obras, acompañado a la solicitud de concesión.
- Identificación de la localización precisa donde se pretende ejecutar el proyecto.
- Presentar una garantía por un monto no mayor de 500 UIT.

La justificación que utiliza el MINEM para iniciar el proceso de consulta previa luego de la admisión a trámite de la solicitud de concesión, radica en que en este momento existiría mayor certeza sobre la ejecución del proyecto; sin embargo, el titular del proyecto puede desistirse de su solicitud en cualquier momento hasta *“antes de que se notifique la resolución final que agote la vía administrativa”* (que para estos efectos equivale a la publicación de la Resolución Ministerial).

Ante esta situación, el MINEM se encuentra obligado a devolver la garantía presentada, así como todos los demás documentos que conformaron el expediente. Ello demuestra que la admisión a trámite de la concesión no es garantía de que el proyecto se llegue a ejecutar, por lo que la justificación utilizada por la autoridad carece de sustento.

Asimismo, el calendario de ejecución de obras es presentado únicamente como una propuesta, pues solo adquirirá carácter obligatorio desde la publicación de la Resolución Ministerial de otorgamiento de concesión definitiva, momento a partir del cual entra en vigencia y los plazos son exigibles.

De lo anterior se puede observar lo siguiente:

- a) Que un desistimiento haría desaparecer la causa por la que se inició el proceso de consulta previa, sin consecuencias para el titular, por cuanto ya no será emitida la medida administrativa.
- b) Que la demora del Estado en la realización del proceso de consulta previa, si bien causaría atraso en el calendario, el titular tiene la libertad de actualizar la propuesta de calendario con la sola justificación de la demora

⁶³ Artículos 25 de la LCE y 37 del RLCE.

en la obtención de la concesión definitiva, toda vez que la ejecución del calendario aun no constituye una obligación.

- c) Que la oportunidad de iniciar el proceso de consulta previa, está asociada a la posible ejecución de un proyecto de inversión, en lugar de constituir una actividad permanente del Estado en identificar la ubicación de pueblos indígenas u originarios para cumplir con el Convenio 169.

En síntesis, el inicio de la consulta previa durante la tramitación de la concesión definitiva genera mayor impacto en los proyectos de Plan de Transmisión a pesar de contar con mayor certeza y garantía para ser ejecutados, mientras que los proyectos a iniciativa del particular se ven menos impactados, pese a no contar con el grado de fiabilidad que tienen los proyectos del Plan de Transmisión. El siguiente cuadro resume lo señalado hasta aquí:

	Proyectos del Plan de Transmisión	Proyectos de iniciativa del titular del proyecto
Interesado en la ejecución	Estado peruano	Titular del Proyecto
Presentación de la solicitud de concesión	Obligación contractual	Libre decisión
Naturaleza del cronograma de ejecución de obras	Obligación contractual	Propuesta
Monto de Garantía de Fiel Cumplimiento	Lo dispuesto en el Contrato de Concesión	No mayor a 500 UIT
Consecuencias jurídicas por incumplimiento o desistimiento	Se ejecuta la Garantía de Fiel Cumplimiento	Sin consecuencias, se devuelve la garantía
Fiabilidad	Deriva del Contrato de Concesión	El proyecto deriva de una propuesta

Pese a la clara diferencia de origen entre los proyectos de transmisión, el MINEM trata de igual forma las solicitudes de concesión definitiva que tienen su origen en el cumplimiento del Plan de Transmisión y aquellas que se originan en la iniciativa e interés del titular del proyecto, puesto que en ambos casos el Estado da inicio al proceso de consulta previa después de que la solicitud de concesión definitiva ha sido admitida a trámite, quedando suspendido el procedimiento administrativo hasta que el proceso de consulta previa haya concluido.

Esta situación de grave afectación que se viene causando a la implementación de los proyectos del Plan de Transmisión puede ser mitigada de manera efectiva, para lo cual es necesario solo prestar atención a las disposiciones normativas contenidas en la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, tal como lo resaltamos

en el siguiente apartado, en el que formulamos las posibles alternativas de acción para evitar retrasos innecesarios en la ejecución de los proyectos de transmisión eléctrica.

7. LA OPORTUNIDAD PARA INICIAR LA CONSULTA PREVIA: ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

La Ley señala que el proceso de consulta previa debe realizarse antes de la implementación de la medida administrativa o legislativa. En nuestro caso, “*antes de otorgar la concesión*”. Así lo dispone el artículo 2 de la Ley cuando establece que la consulta previa es el derecho de los pueblos a ser “*consultados de forma previa sobre las medidas*” que afecten directamente sus derechos colectivos. En el mismo sentido, uno de los principios rectores del derecho a la consulta, como lo es el principio de oportunidad, establece que el proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida administrativa a ser adoptada⁶⁴. Sin embargo, ni la Ley ni su Reglamento precisan cuándo es jurídicamente posible iniciar el proceso de consulta previa.

Al respecto, se debe tener en cuenta que la Ley define la consulta previa como “*el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas (...) administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo*”⁶⁵.

Asimismo, esta norma señala que la consulta previa tiene como finalidad “*alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida (...) administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural* (...)”⁶⁶.

Tanto la definición como la finalidad de la consulta previa contenidas en la Ley conducen a concluir que para el proceso de consulta previa resulta indispensable definir la zona geográfica de interés para el proyecto de inversión, pues esa información facilita la labor del Estado para acotar la posible localización de grupos poblacionales que puedan recibir la calificación de pueblo indígena u originario. Este aspecto es el único en el que la participación del titular del proyecto cobra interés para el Estado y explica, pero no justifica, que el Estado asocie el inicio del proceso de consulta previa a la existencia de proyectos de inversión, toda vez que el titular dispone de la información precisa sobre la zona geográfica en la que pretende desarrollar el proyecto.

⁶⁴ Artículo 4 de la Ley de Consulta Previa.

⁶⁵ Artículo 2 de la Ley de Consulta Previa.

⁶⁶ Artículo 3 de la Ley de Consulta Previa.

Siendo ello así, la entidad competente para otorgar la concesión definitiva de transmisión estará en capacidad de iniciar el proceso de consulta previa a partir del momento en que el titular del proyecto le traslade la información referida a la zona que abarcará el proyecto. Tratándose de las actividades eléctricas, actualmente ese momento se da cuando el MINEM recibe la solicitud de concesión definitiva.

Sin embargo, el MINEM no tendría por qué esperar la admisión a trámite de dicha solicitud de concesión, pues puede tomar conocimiento previo de diversas formas, lo cual dependerá del tipo de proyecto que se pretenda ejecutar, es decir, si son proyectos del Plan de Transmisión o de iniciativa de un particular.

¿A partir de qué momento es jurídicamente posible iniciar el proceso de consulta previa?

El problema que nos ocupa se encuentra previsto en el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, donde se establece que cuando los proyectos formen parte de un proceso de promoción de la inversión privada, como es el caso de los proyectos del Plan de Transmisión, corresponde que PROINVERSIÓN coordine con el Ministerio de Energía y Minas⁶⁷ la oportunidad para iniciar el proceso de consulta previa. Tal previsión se encuentra en la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final, en los términos que siguen:

“Décimo Tercera. Coordinación en procesos de promoción de la inversión privada

*En el caso de los procesos de promoción de la inversión privada, corresponderá a cada Organismo Promotor de la Inversión Privada **coordinar con la entidad promotora la oportunidad en que ésta deberá realizar la consulta previa, la cual debe ser anterior a la aprobación de la medida administrativa correspondiente.**”*

Esta disposición normativa debe ser leída de manera sistemática con el principio de flexibilidad contemplado en el artículo 4 de la Ley de Consulta Previa, que permite expresamente que la Entidad Promotora establezca procedimientos apropiados al tipo de medida a ser adoptada. Veamos:

“Artículo 4. Principios

Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

(...)

d) Flexibilidad. La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta

⁶⁷ Literal g) del artículo 3 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa: El Ministerio de Energía y Minas es la Entidad Promotora por ser la entidad pública responsable de dictar la medida administrativa que debe ser objeto de consulta.

*las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados.
(...)”.*

Del contenido de las citadas disposiciones normativas podemos observar que el marco legal de la consulta previa no desconoce la importancia que los procesos de promoción de la inversión privada han adquirido para el desarrollo social y económico del país, así como de las obligaciones que surgen a partir de la adjudicación de acuerdo a sus características. En efecto, es a partir de ese hito que el titular del proyecto asume obligaciones firmes, las mismas que están respaldadas por medio de una garantía, la que es sustituida por otra desde la Fecha de Cierre⁶⁸. Entre esas obligaciones contractuales garantizadas está comprendida la presentación de la solicitud de concesión definitiva y su posterior obtención.

Cabe entender, por tanto, que lo que la norma persigue es que el Estado pueda cumplir oportuna y adecuadamente ambas obligaciones, así como los compromisos legales y contractuales que surgen de ellas. No se trata, pues, de hacer prevalecer una en detrimento de la otra.

En el caso de los proyectos del Plan de Transmisión, tenemos entonces que, aplicando la citada norma reglamentaria, las autoridades a quienes les corresponde coordinar la oportunidad del inicio de la consulta previa son PROINVERSIÓN y el MINEM; la primera por ser quien lleva a cabo el proceso de promoción de inversión privada y la segunda por encargarse de implementar la medida administrativa. A través de esa coordinación, gestión que no requiere de norma legal adicional a las existentes, resulta jurídicamente viable que el MINEM inicie el proceso de consulta previa, no solo antes de la admisión a trámite de la concesión definitiva, sino mucho antes incluso de la presentación de la solicitud de concesión ante el MINEM.

Ahora bien, tomando en cuenta que a partir de la Fecha de Cierre el titular del Proyecto ya asume obligaciones contractuales, consideramos que la oportunidad para iniciar el proceso de consulta previa debería ubicarse entre la Fecha de Cierre y la presentación del cronograma definitivo del Proyecto, toda vez que para entonces el MINEM ya tiene conocimiento de la zona en la que se ejecutará el Proyecto.

En cuanto a los proyectos de transmisión eléctrica que son implementados por iniciativa de un particular, la oportunidad para iniciar el proceso de consulta previa también puede darse antes de la presentación de la solicitud de concesión definitiva.

⁶⁸ Fecha en la cual el adjudicatario del proyecto cumple con presentar la Garantía de Fiel Cumplimiento y suscribe el Contrato de Concesión.

En efecto, como es de interés del particular que la concesión definitiva sea otorgada en el más breve plazo posible, bastaría que antes de solicitar la concesión definitiva, el titular del proyecto presente al MINEM una comunicación con carácter de declaración jurada. Dicha declaración debe precisar la zona donde se pretende realizar la actividad, pues con esa información la autoridad se encontrará en condiciones para cumplir con la segunda etapa de la consulta previa, esto es, con identificar la existencia, o no, de pueblos originarios en la zona.

La presentación de la declaración jurada del titular encuentra sustento en la aplicación del principio de “presunción de veracidad”, pues el MINEM debe considerar como cierta dicha declaración, salvo prueba en contrario. La aceptación de este tipo de declaraciones por parte la autoridad promotora de la medida es una oportunidad que debería ser implementada para iniciar el proceso de consulta previa sin suspender el procedimiento administrativo de la concesión definitiva, evitando demoras injustificadas, toda vez que, tal como surge de lo expuesto, pueden ser evitadas o reducidas sustancialmente.

8. CONCLUSIONES

- El proceso de consulta previa tiene un plazo indeterminado, lo que produce incertidumbre sobre el grado de afectación negativa en la implementación de los proyectos.
- El Estado inicia el proceso de consulta previa solo cuando la solicitud de concesión definitiva ha sido admitida a trámite, hecho que, sumado a la indeterminación del plazo del proceso, crea una afectación negativa en la implementación de los proyectos de transmisión.
- El marco normativo de la consulta previa prevé expresamente que el Organismo Promotor de la Inversión Privada y la Entidad Promotora de la medida coordinen la oportunidad de iniciar el proceso de consulta previa. Dicha coordinación no requiere de norma legal adicional a las existentes.
- Es jurídicamente viable que el Estado inicie el proceso de consulta previa antes de la presentación de la solicitud de concesión definitiva, con lo que se eliminará o mitigará la actual demora en la implementación de los proyectos de transmisión.

SOBRE LOS AUTORES

José La Torre Peramás es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y consejero del área regulatoria de Santiváñez Abogados. Es especialista en Derecho Administrativo, Derecho Eléctrico, Derecho Civil, Derecho Societario y Derecho Minero. Asimismo, cuenta experiencia en promoción de la inversión privada en servicios públicos, elaboración de normas legales y desarrollo normativo, en negociación de Contratos BOOT de sistemas de transmisión, de Contratos de Concesión de Suministro RER, y en procedimientos administrativos eléctricos y mineros.

En cuanto a su experiencia, ha sido Asesor Legal de la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas; y Consultor del Registro Público de Minería (hoy INGEMMET) dentro del Programa de Asistencia Técnica para Energía y Minas para el Proyecto Sistema Catastral/Concesiones, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

Tania Rojas Mejía es abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asistente Legal del área regulatoria de Santiváñez Abogados. Cuenta con experiencia en materia de regulación energética y en derecho administrativo.