



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Apuntes sobre la regulación del suministro de gas natural
como servicio público en el ordenamiento jurídico peruano**

Tesis para optar el Título de
Abogado

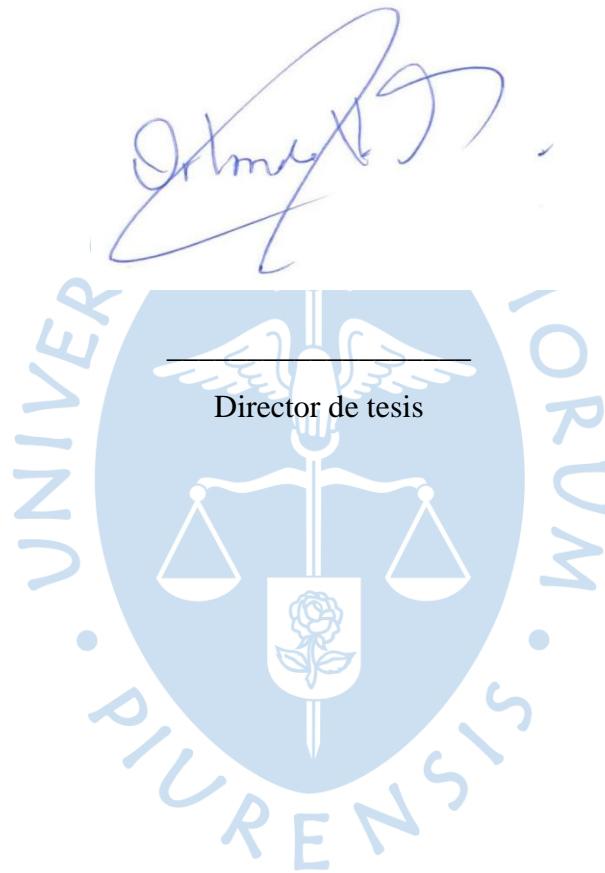
Ana Elena Cruz Melzi

Asesor(es):
Dr. Orlando Vignolo Cueva

Lima, mayo de 2025

Aprobación

La tesis titulada “Apuntes sobre la regulación del suministro de gas natural como servicio público en el ordenamiento jurídico peruano”, presentada por la bachiller Ana Elena Cruz Melzi en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis, Dr. Orlando Vignolo Cueva.





Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Ana Elena Cruz Melzi, egresada del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 70472648, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

“ Apuntes sobre la regulación del suministro de gas natural como servicio público en el ordenamiento jurídico peruano”

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado.

El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo del siguiente docente de la Universidad de Piura:
Dr. Orlando Vignolo Cueva, identificado con DNI 40714312.

Declaro que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi experiencia como investigador, declaro que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 01/05/2025.

.....
Firma del autor

.....
Firma del asesor

Dedicatoria

*A Dios y a la Virgen, por la vida y,
sobre todo, por la familia que me regalaron.*

*A Jaime y Vilma, padres infinitamente
generosos y pacientes, por su compañía, amor
y comprensión durante este reto.*

*A María Fernanda, hermana
incansablemente buena, por ser ejemplo de todo lo
que un día aspiro ser.*



Agradecimientos

Mi más profundo agradecimiento a mi asesor, Dr. Orlando Vignolo por su apoyo y disposición permanente para la elaboración del presente trabajo de investigación. A Lorenzo Melzi, por su interés y su constante apertura a la conversación y el debate. A Alonso Lozano, por su preocupación y ayuda en la revisión de los temas abordados en este trabajo. A mi facultad, profesores y a Rosa Elvira Carrasco, sin su apoyo los 6 años de carrera universitaria, con una pandemia de por medio, no hubiese sido una primera meta cumplida.



Resumen

La presente investigación corresponde a la rama del Derecho Administrativo y tiene como principal objetivo hacer una revisión de la actual regulación del suministro de gas natural en nuestro país. Para dicho propósito parte de un análisis de los antecedentes de este servicio en el Perú, los componentes de la cadena del gas natural, y, por supuesto, la manera en la que nuestra regulación ha optado por delimitar y dotar de contenido al servicio.

Una vez revisado el marco general, pretende evaluar, desde un punto de vista más crítico, la categoría jurídica de servicio público con la que la regulación peruana ha calificado al suministro de gas natural, a fin de determinar si efectivamente nos encontramos ante un servicio de dicha naturaleza, o si, contrario a lo anticipado por el nombre de la categoría, se ha generado una confusión al llamar al suministro de gas natural como un servicio público, cuando en última instancia se le han atribuido características distintas a las propias de dicha categoría.

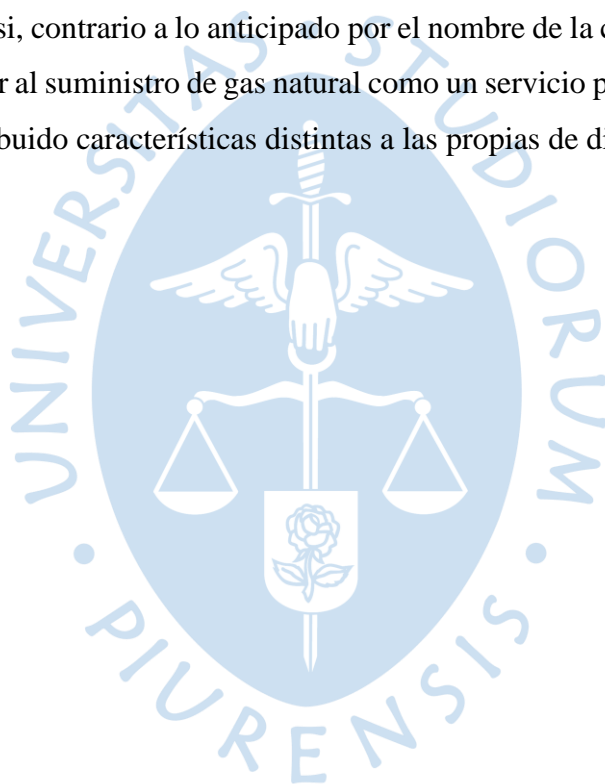
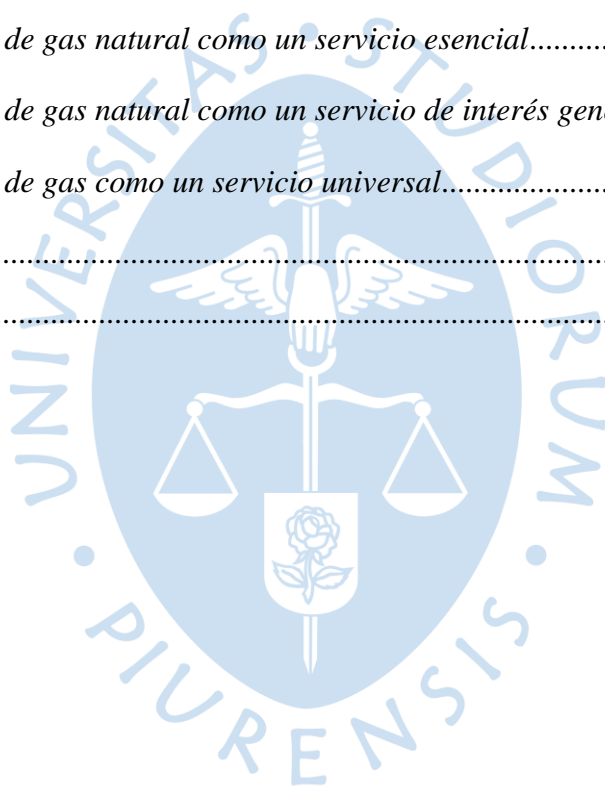


Tabla de Contenido

Introducción	9
Capítulo I: El servicio público de gas natural en el Perú y su regulación.....	13
1.1 Nociones preliminares del servicio público de gas natural en el Perú.....	13
1.1.1 <i>Las actividades que componen cadena del gas natural.</i>	13
1.2 Normas marco del servicio público de gas natural en el Perú	17
1.2.1 <i>Ley Orgánica de Hidrocarburos – LOH.</i>	17
1.2.2 <i>Ley de Promoción del desarrollo de la industria del gas natural y su Reglamento – LPDIGN y RLPDIGN.</i>	19
1.3 El caso Camisea como hito en la regulación del gas natural	21
1.3.1 <i>Antecedentes del Proyecto Camisea.</i>	22
1.3.2 <i>Estructuración del Proyecto Camisea.</i>	23
1.4 El servicio público de gas natural y su regulación.....	24
1.4.1 <i>Mecanismos regulatorios para el servicio de gas natural.</i>	26
Capítulo II: Contenido del servicio público	39
2.1 Concepto y fundamentos del servicio público en el ordenamiento jurídico peruano	39
2.1.1 <i>El servicio público en la doctrina nacional y comparada.</i>	43
2.1.2 <i>El servicio público en la jurisprudencia peruana</i>	49
2.2 Evoluciones del servicio público: el servicio esencial, el servicio de interés general y el servicio universal.....	51
2.2.1 <i>El servicio público en su concepción clásica</i>	52
2.2.2 <i>El servicio esencial</i>	53
2.2.3 <i>El servicio de interés general</i>	54
2.2.4 <i>El servicio universal</i>	55
Capítulo III: Adecuación del servicio de gas natural a las categorías de la actividad prestacional existentes: más allá del reconocimiento “nominal”	58
3.1 La actual prestación del servicio de gas natural bajo los términos de la sentencia No. 0034-2004-AI	58
3.1.1 <i>El servicio de gas natural y su naturaleza esencial para la comunidad.</i>	59

3.1.2	<i>El servicio de gas natural y la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo</i>	61
3.1.3	<i>El servicio de gas natural y su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad.....</i>	64
3.1.4	<i>El servicio de gas natural y la necesidad de que su acceso se de en condiciones de igualdad</i>	66
3.2	La adecuación del servicio de gas natural a las evoluciones del concepto de servicio público	68
3.2.1	<i>El servicio de gas natural como un servicio público en su concepción clásica:...</i>	71
3.2.2	<i>El servicio de gas natural como un servicio esencial.....</i>	71
3.2.3	<i>El servicio de gas natural como un servicio de interés general.....</i>	74
3.2.4	<i>El servicio de gas como un servicio universal.....</i>	75
	Conclusiones	78
	Referencias	81



Lista de Tablas

Tabla 1. Definición comparativa del servicio de distribución de gas natural a través de ductos del Glosario de Términos del Subsector Hidrocarburos y la definición planteada del análisis de la categoría de servicio esencial.....	72
--	----



Introducción

En el ordenamiento jurídico peruano, la regulación en general se ha dado de manera bastante desordenada. Es decir, son pocos los casos en los que la regulación de determinado sector o actividad se ha dado de manera planificada y bajo un análisis jurídico-conceptual de lo que se buscaba regular, lo cual, habitualmente genera duda y, en algunos casos, confusión sobre cómo debe ser interpretada dicha normativa.

Como no es extraño reconocer tanto en el Perú como en cualquier otro ordenamiento que se busque analizar, la realidad siempre supera la regulación; no siendo esto pretexto suficiente para que no se pretenda que la regulación se ajuste de la manera más precisa posible a las situaciones fácticas que motivan la misma.

Sin perjuicio de existir ampliamente desarrollados conceptos y categorías jurídicas que permiten calificar y englobar la gran mayoría de situaciones que se desarrollan actualmente, muchas veces el regulador se resiste a hacer una evaluación preliminar antes de “escribir sobre piedra” como ha de ser entendido normativamente cierto fenómeno, claro ejemplo de ellos es la regulación de los servicios públicos en nuestro país.

Bajo el entendido que un solo trabajo de investigación resultaría un minúsculo continente de todo lo que puede decirse sobre esta categoría emblemática del derecho administrativo, el presente intentará partir de la evaluación conceptual de esta calificación para abocarse a la revisión del servicio de distribución de gas natural en el Perú.

El inicio del siglo XXI ha implicado el punto de partida para las transiciones basadas en el constante cuestionamiento del *status quo*. Una de ellas, que viene ocurriendo de manera transversal en todas las sociedades, es la migración hacia la sostenibilidad de los recursos y el aprovechamiento eficiente de los mismos. Parte de esta transición hacia la sostenibilidad tiene como uno de sus principales componentes la revisión y cambio en la matriz energética, buscando sustituir los combustibles fósiles tradicionales por opciones menos contaminantes, como lo es el gas natural.

Nuestro país despertó a una situación de abundancia del gas natural con el Proyecto Camisea, siendo que si bien anteriormente se había encontrado algunas reservas menores de manera incidental cuando el objetivo real era encontrar petróleo, el descubrimiento de este yacimiento fue el equivalente a ganar la lotería¹ en materia de este recurso.

¹ Asimilable al anglicismo “*hit the jackpot*”, por su rapidez en llegar a ese nivel de abundancia de manera relativamente poco anticipada o prevista.

Es así que, si bien el descubrimiento de la cuenca Ucayali implicó cierto grado de confiabilidad² para la generación energética, implicó también la necesidad de regular un fenómeno que, habiendo sido considerada en la Ley Orgánica de Hidrocarburos del '93 a través de los Contratos de Licencia para la exploración y explotación de gas natural, así como en la definición de la distribución de gas natural, en la práctica no había existido oportunidad de implementar dicha regulación de manera detallada.

En línea con lo señalado previamente, el presente trabajo tendrá por propósito hacer un análisis sobre la adecuación del servicio de gas natural a la figura de “servicio público” en nuestro ordenamiento, considerando que es éste quien ha calificado en su regulación a la distribución del gas natural y ha optado por no pronunciarse en el mismo sentido respecto de los demás componentes de la cadena del gas natural que conllevan al servicio como tal.

Para esa finalidad, este trabajo de investigación se dividirá en tres capítulos principales, que recorrerán desde lo conceptual hasta lo fáctico el servicio de distribución de gas natural, según el siguiente detalle:

- Capítulo Primero: El servicio público de gas natural en el Perú y su regulación, tendrá por propósito hacer una revisión general del servicio de gas natural en nuestro país, para lo cual se revisarán los componentes que permiten que este recurso pueda ser recogido de la boca de un pozo hasta su efectivo disfrute, las principales normas que dotan de marco a la prestación del servicio; así como un breve análisis de lo que fue el Proyecto Camisea como un punto de partida para el inicio del servicio. Por último, nos centraremos propiamente en el servicio de gas natural entendido como la distribución de este recurso a través de redes de ductos, partiendo desde su regulación general y analizando la calificación que la normativa le ha dado.
- Capítulo Segundo: Contenido del Servicio Público, habiendo identificado en el capítulo previo la calificación de servicio público que le ha dado la regulación al servicio de gas natural, se revisará el concepto de servicio público desde las principales fuentes de nuestro ordenamiento y de la experiencia comparada.
- Capítulo Tercero: Adecuación del servicio de gas natural a las categorías de la actividad prestacional existentes: más allá del reconocimiento “nominal”, habiendo hecho ya una revisión clara del verdadero significado detrás del concepto de servicio

² Previo al descubrimiento de Camisea, la matriz energética del Perú se sostenía principalmente de las centrales hidroeléctricas existentes, siendo esta una fuente que se encontraba expuesta en más de una oportunidad a la inclemencia de la naturaleza, por fuertes precipitaciones o huaycos que afectaban la operatividad de las centrales.

- público para nuestro ordenamiento y las otras figuras recogidas doctrinariamente para atender las prestaciones de especial relevancia, el presente capítulo hará un símil entre el servicio de gas natural en nuestro país y las categorías revisadas. Este capítulo permitirá tener un panorama claro sobre si la regulación actual del servicio objeto del presente trabajo de investigación ha sido realizada de manera adecuada y en atención a los conceptos jurídicos existentes para categorizar las prestaciones.

Es así que, para el desarrollo del presente trabajo se ha recurrido a diversas fuentes con la finalidad de comprender a detalle los criterios adoptados por el regulador al momento de emitir los cuerpos normativos que rigen al suministro de gas natural en nuestro país, siendo la regulación en la materia fuente primaria de la presente investigación. Asimismo, con la finalidad de validar la solidez conceptual de aquello que se ha tomado como base para la regulación de este servicio también se ha recurrido a basta doctrina jurídica nacional y comparada.



Capítulo I:

El servicio público de gas natural en el Perú y su regulación

1.1 Nociones preliminares del servicio público de gas natural en el Perú

El presente capítulo del trabajo tiene por propósito hacer un recuento general de la regulación del servicio de gas natural en el ordenamiento jurídico peruano. Para dicho propósito, es necesario conocer los antecedentes que dieron pie a la regulación de este recurso en nuestro país, y disgregar la delimitación que hicieron dichas normas a fin de entender a qué nos referimos cuando hablamos del servicio público de gas natural, para a partir de ello, hacer el análisis jurídico-conceptual que propone la presente investigación.

En dicho sentido, para efectos del presente trabajo, adoptaremos la definición de gas natural esbozada por Perupetro, a su vez basada en el Glosario de Términos del Subsector Hidrocarburos, que lo delimita como “una mezcla de hidrocarburos que se encuentran en el subsuelo en estado gaseoso, cuando se trata de gas natural no asociado, o en disolución con el petróleo, cuando se trata de gas natural asociado; siendo su principal componente el metano”. (Perupetro, 2010)

Dicha definición también puede ser complementada por lo indicado por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (OSINERGMIN) en su libro “La Industria del Gas Natural en el Perú: A diez años del Proyecto Camisea”, en el que indica que el gas natural es “la mezcla de hidrocarburos simples que se encuentra en estado gaseoso y está compuesta aproximadamente en 95% por metano, (...) es una de las fuentes de energía más limpias y respetuosas con el medio ambiente, ya que contiene menos dióxido de carbono y produce menos emisiones a la atmósfera” (OSINERGMIN, 2014)

Habiendo entonces definido al elemento objeto del servicio, podemos intentar delimitar al servicio mismo, siendo primordial para ello, entender las actividades conducentes para su prestación, el marco normativo en el que transcurren dichas actividades, así como las implicancias del principal descubrimiento de dicho recurso en nuestro país, el cual significó un antes y un después en la industria y en la regulación. Y, a partir de ello, poder hacer un análisis detallado del componente distribución de la cadena, que es reconocido propiamente como el servicio público de gas natural.

1.1.1 Las actividades que componen cadena del gas natural.

El servicio de gas natural es un conjunto de prestaciones cuyo propósito es que los usuarios del mismo accedan al recurso gas natural para su aprovechamiento.

Lo que coloquialmente se define como servicio de gas natural es en realidad el componente final de un grupo de actividades de la cadena del gas natural en nuestro país; siendo necesario entonces hacer un breve recuento sobre los componentes de esta cadena para más adelante enfocarnos en la revisión detallada de la distribución del gas natural a través de red de ductos

1.1.1.1 La exploración y explotación. Los dos primeros elementos para revisar de dicha cadena son la exploración y explotación de los recursos gasíferos.

Estas dos actividades son conocidas en la industria como el *upstream* y que para el caso del gas natural como para el petróleo son reguladas de manera idéntica; a través de la figura de Contratos de Licencia³ o de Servicios^{4 5}, con la finalidad de que sea una empresa privada la que suscribiendo un contrato ley con Perupetro⁶ obtenga autorización para llevar a cabo las actividades conducentes a extraer el recurso del subsuelo.

Estos contratos, cuando se trate de exploración y explotación, reconocerán dos fases con plazos asociados específicamente para cada tipo de operación, siete años para el período de exploración, y cuarenta años para el periodo de explotación para los casos de gas natural, ambos plazos contados a partir desde la fecha que así se establezca en los respectivos contratos.⁷ (Ministerio de Energía y Minas, 2005)

³ Según el artículo 10, inciso a) del T.U.O. de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, es el contrato celebrado entre una empresa y Perupetro para explorar y explotar o explotar hidrocarburos en el área que delimite el contrato, transfiriendo Perupetro el derecho de propiedad de los hidrocarburos extraídos a cambio del pago de una regalía al Estado.

⁴ Según el Artículo 10, inciso b) del T.U.O. de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, es el contrato celebrado entre una empresa y Perupetro para que ejercite el derecho de llevar a cabo actividades de exploración y explotación o solo explotación recibiendo una retribución en base a la producción fiscalizada; diferenciándose del Contrato de Licencia porque esta figura no implica una transferencia en la propiedad.

⁵ De igual manera, el artículo 10 del T.U.O. de la Ley Orgánica de Hidrocarburos plantea una suerte de cajón de sastre adicional a los Contratos de Licencia y Servicios a las que denomina “otras modalidades de contratación”, sin embargo, esta regulación gaseosa de un tercer mecanismo para la exploración y explotación de los recursos resulta irrelevante, en tanto en la práctica desde la vigencia de la Ley, no se ha materializada esta figura.

⁶ Empresa estatal de derecho privado creado a través del Artículo 6° de la Ley cuyo objetivo y finalidad será la promoción de la inversión en actividades de exploración y explotación de hidrocarburos a través de la suscripción de Contratos con empresas privadas expertas para dicho propósito, entre otras.

⁷ Los plazos previstos para los contratos de exploración y explotación se encuentran previstos en el artículo 22°, de manera literal: “Los Contratos contemplarán dos fases: la de exploración y la de explotación, salvo que el Contrato sea uno de explotación en cuyo caso tendrá una sola fase u otras modalidades de contratación autorizadas por el Ministerio de Energía y Minas. Los plazos máximos de los Contratos serán:

a) Para la fase de exploración hasta (7) años, contados a partir de la fecha efectiva establecida en cada Contrato, pudiendo dividirse esta fase en varios períodos conforme se acuerde en el mismo. Esta fase podrá continuar hasta el vencimiento del plazo señalado, no obstante haberse iniciado la producción de los Hidrocarburos descubiertos.

b) Para la fase de explotación:
1) Tratándose de petróleo crudo hasta completar treinta (30) años, contados desde la fecha efectiva del Contrato. En el caso previsto en el artículo 23°, el plazo del Contrato podrá extenderse para incluir el período de retención que se acuerde.

Dichos contratos contendrán disposiciones específicas en distintas materias: pago de regalías, requerimientos técnicos mínimos que garanticen una adecuada y eficiente explotación de los recursos, obligaciones ambientales asociadas, tratamiento tributario, entre otras; las cuales deberán ser cumplidas por los licenciarios o contratistas durante el período de vigencia del Contrato.

No obstante, en cuanto a la regulación específica de esta etapa de la cadena, podemos referirnos brevemente a que, a través los Contratos, el Estado recurre a un recubrimiento “innovador” a la figura de la concesión administrativa para permitir el aprovechamiento del recurso por parte de un particular basado en que éste sea el encargado de su extracción del medio natural a cambio de una contraprestación a favor del Estado. Siendo esta situación bastante clara de la interpretación literal de lo previsto en la Constitución:

“Artículo 66°. - Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.” (Congreso Constituyente Democrático, 1993)

Es así que estos componentes de la cadena del gas natural serán los encargados de extraer el recurso a través de las tecnologías disponibles para dicho propósito, y ponerlo a disposición para llevar a cabo las actividades que vuelvan a esta mezcla de hidrocarburos un recurso aprovechable.

1.1.1.2 Procesamiento. Una vez recogido el gas natural por parte de los Licenciarios o Contratistas, es necesario que éste atraviese procedimientos específicos que permitan su transporte fuera del área donde se llevó a cabo su producción. Es así que “en esta etapa, la mezcla de hidrocarburos extraída de los yacimientos es separada en gas natural e hidrocarburos líquidos” (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas, 2021).

Sin embargo, sobre este extremo la Ley Orgánica de Hidrocarburos es bastante escueta en su regulación, al plantear en su artículo 74° que, “cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, podrá instalar, operar y mantener refinerías de petróleo, plantas de procesamiento de gas natural y condensados, asfalto natural, grasas, lubricantes y

2) Tratándose de gas natural no asociado y de gas natural no asociado y condensados hasta completar cuarenta (40) años, contados a partir de la fecha efectiva del Contrato. En los casos previstos en los artículos 23° y 24° el plazo del Contrato podrá extenderse para incluir los periodos de retención que se acuerden. La suma de los períodos de retención no podrá ser mayor de diez (10) años.

petroquímicas, con sujeción a las normas que establezca el Ministerio de Energía y Minas.” (Ministerio de Energía y Minas, 2005) (el resaltado es propio). En dicho sentido, es el procesamiento el primer eslabón de la cadena del gas natural que no se encuentra sujeto a una regulación económica exhaustiva, sino únicamente a el trámite de una autorización administrativa tras cumplir con los requisitos citados previamente.

Es entonces, en este estadio de la cadena en la que el recurso sufre transformaciones que permitan su transporte y destinación posterior a los fines que los usuarios puedan atribuirle.

1.1.1.3 Transporte Por su parte, el presente componente responde a la actividad mediante la cual el recurso de gas natural es transportado de un lugar a otro para su aprovechamiento. (OSINERGMIN, 2014) Dicho transporte puede hacerse a través de redes de ductos, o a través de los llamados “gasoductos virtuales” compuestos por unidades de transporte adecuados para garantizar la movilización del recurso desde un punto de origen hasta uno de destino.

En la mayoría de los casos supone el transporte desde o hasta plantas de procesamiento para su posterior entrega para distribución. Este componente puede ser identificado como el elemento intermedio de la cadena del gas natural o *midstream*.

Al respecto, la Ley Orgánica de Hidrocarburos extrae el contenido regulatorio de este punto y lo remite al Reglamento que encarga al Ministerio de Energía y Minas como sector competente para regular en la materia, precisando únicamente que “cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, podrá construir, operar y mantener ductos para el transporte de Hidrocarburos y de sus productos derivados, de acuerdo a un contrato de concesión para el transporte, que se otorgará con sujeción a las disposiciones que establezca el reglamento que dictará el Ministerio de Energía y Minas. Las tarifas de transporte se fijarán de acuerdo con el Reglamento aprobado por el Ministerio de Energía y Minas.” (Ministerio de Energía y Minas, 2005) Recurriendo nuevamente a una técnica regulatoria restrictiva y alineada más a la prevista para la exploración y explotación, que para el procesamiento del gas natural.

1.1.1.4 Distribución Como fue anticipado en la introducción, lo que se conoce de manera amplia como el servicio de gas natural, responde al componente distribución de dicha cadena. Como bien fue definido por el Decreto Supremo 032-2002-EM conteniendo el glosario, siglas y abreviaturas del subsector hidrocarburos, la distribución es el “servicio público de Suministro

de Gas Natural por Red de Ductos prestado por un Concesionario a través de un Sistema de Distribución.” (Ministerio de Energía y Minas, 2002)

En similar sentido se pronunció la Ley Orgánica de Hidrocarburos al precisar que la distribución del gas natural por red de ductos constituye “un servicio público”⁸, así como que, “el Ministerio de Energía y Minas determinará la autoridad competente para regular el servicio de distribución de gas natural por red de ductos y dictará el reglamento que establecerá, entre otros aspectos, lo siguiente: a) Normas específicas para otorgar concesiones. b) Organización, funciones, derechos y obligaciones de la autoridad competente de regulación. c) Normas para determinar los precios máximos al consumidor. d) Normas de seguridad. e) Normas relativas al Medio Ambiente.”⁹

Es así que, si bien existen opiniones que indican que existe un quinto elemento en la cadena que corresponde a la comercialización, para efectos del presente trabajo se considerará a la distribución como el elemento final, en tanto este es el que “personifica” al servicio público de gas natural y éste constituye el principal objeto de análisis.

Por último, considerando el breve recuento de la noción general de las actividades coadyuvantes a la prestación del servicio, resulta necesario adentrarnos en su regulación. De modo que, si bien, el análisis más detallado del plano normativo y regulatorio se hará para el cuarto elemento de la cadena, la distribución, haremos una revisión de la normativa asociada a toda la industria.

1.2 Normas marco del servicio público de gas natural en el Perú

Habiendo revisado nociones conceptuales de cada una de las actividades conducentes a la prestación del servicio de gas natural, avanzaremos a un siguiente estadio del análisis, haciendo un recuento de la regulación nacional.

Para dicho propósito, resulta necesario tener visibilidad sobre los principales cuerpos normativos que determinan el marco general para cada una de las normas de desarrollo de las actividades, siendo estas principalmente tres: La Ley Orgánica de Hidrocarburos, revisada de manera superficial en el acápite previo para definir cada uno de los componentes de la cadena; la Ley de Promoción del desarrollo de la industria del gas natural, y, su Reglamento.

1.2.1 Ley Orgánica de Hidrocarburos – LOH.

Como su propia naturaleza lo advierte, la Ley Orgánica de Hidrocarburos promulgada en el año 1993, tuvo por propósito normar la estructura y funcionamiento del subsector

⁸Previsto de esa manera en el artículo 79° del T.U.O. de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

⁹ Previsto de tal manera en el artículo 80° del T.U.O. de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

hidrocarburos, en atención a lo explícitamente previsto por el artículo 106°¹⁰ de la Constitución y en concordancia con el 66°¹¹, mediante los cuales se determinaba que este era el mecanismo idóneo para su regulación.

Históricamente hablando, dicha norma fue emitida en el mismo contexto social y político que la Constitución Política de 1993, siendo que esta Ley buscaba romper con el paradigma de la explotación de los recursos que estaba prevista en nuestra regulación hasta su promulgación. Dicha norma implicó una invitación abierta a los inversionistas con mecanismos para entonces innovadores que buscaban la atracción de inyecciones de capital extranjero, en tanto, para dicha época la industria de los hidrocarburos era inviable para inversionistas nacionales considerando la crisis económica y la falta de conocimiento técnico en la materia.

Con la promulgación de la Ley de Hidrocarburos, se buscó generar un impacto en el panorama de los inversores, mostrar un vuelco en la política económica y en el tratamiento que se le estaba dando al aprovechamiento de los recursos, optando por dejar de lado el intervencionismo del Estado y dando pie a que la inversión privada tomase las riendas de la actividad misma. Tan es así que, se puede hablar incluso del otorgamiento de facilidades por parte del Estado y, hasta incentivos a quien estuviese dispuesto a invertir en esta actividad. Para dicho propósito, la regulación planteó el mecanismo de los de contratos ley, que ofrecían estabilidad jurídica a quien los suscribiese, brindaban garantías y otorgaban beneficios a quienes estuviesen interesados en llevar a cabo actividades de esta naturaleza en nuestro país, considerando la reputación poco favorable que tenía el Perú en dicha época. (Valverde, 2015)

En esta norma, de igual manera, se determinó como competente en la materia al Ministerio de Energía y Minas, como el encargado de emitir las políticas aplicables al sector y velar por el cumplimiento de la normativa; así como la responsabilidad de la Dirección General de Hidrocarburos, como órgano encargado, de fiscalizar el aspecto técnico de las actividades. Dichas facultades más adelante serían asumidas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (OSINERGMIN), que se crearía como un órgano autónomo en el año 1996 para convertirse en el supervisor, regulador y fiscalizador de las actividades en materia de

¹⁰Artículo 106°: Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución. Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

¹¹ Artículo 66°. - Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

hidrocarburos, electricidad y años más tarde, también de minería. (Ministerio de Energía y Minas, 2005)^{12 13}

No obstante, como es natural en las leyes orgánicas y como se plasmó en la revisión conceptual realizada en el acápite previo, para el caso del gas natural esta norma únicamente delimitó de manera amplia las actividades de hidrocarburos bajo su ámbito de aplicación y dejó el desarrollo específico de cada una de ellas para las normas particulares correspondientes. Sin perjuicio de ello, fue esta norma la que dejó sentado desde una primera instancia, que el servicio de gas natural, entendido como la distribución a través de ductos, era un servicio público. (Ministerio de Energía y Minas, 2005)¹⁴

1.2.2 Ley de Promoción del desarrollo de la industria del gas natural y su Reglamento – LPDIGN y RLPDIGN.

El segundo y tercer cuerpo normativo de especial relevancia para esta actividad son los que tuvieron por propósito (y título) la promoción de la industria del gas natural. Esta Ley ordinaria y Decreto Supremo, buscaron poner el foco en las actividades detalladas en el acápite anterior apuntando a un mayor desarrollo de esta industria, “fomentando la competencia y propiciando la diversificación de las fuentes energéticas que incrementen la confiabilidad en el suministro de energía y la competitividad del aparato productivo del país.” (Congreso de la República, 1999)

Temporalmente hablando, una vez establecida la regulación macro, como lo fue la Ley Orgánica de Hidrocarburos (1993) y, habiéndose identificado el potencial que tendría el desarrollo de un yacimiento con reservas relevantes como lo fue Camisea¹⁵ no fue hasta 1999

¹² Dicho reconocimiento de facultades en la materia se encuentra previsto de manera explícita por el artículo 3° de la Ley en el siguiente sentido: “El Ministerio de Energía y Minas es el encargado de elaborar, aprobar, proponer y aplicar la política del Sector, así como velar por el cumplimiento de la presente Ley y dictar las demás normas pertinentes”.

¹³ La determinación de que será la Dirección General de Hidrocarburos la encargada de fiscalizar los aspectos técnicos se encuentra previsto en el artículo 5°: “La Dirección General de Hidrocarburos es el órgano del Ministerio de Energía y Minas, encargado de fiscalizar los aspectos técnicos de las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional.”

¹⁴ Artículo 79° de la Ley Orgánica de Hidrocarburos: “La distribución de gas natural por red de ductos es un servicio público.

El Ministerio de Energía y Minas otorgará concesiones para la distribución de gas natural por red de ductos a entidades nacionales o extranjeras que demuestren capacidad técnica y financiera.”

¹⁵ El caso Camisea será revisado en el acápite siguiente como hito relevante para la regulación y tratamiento del gas natural en nuestro país.

que el Estado peruano emite dicha Ley y su Reglamento, atendiendo así a un nuevo esquema de la regulación.

Las normas de la referencia tuvieron por propósito generar condiciones para un mercado de gas natural, que, hasta la fecha, por la indisponibilidad del recurso no había resultado necesaria una regulación a ese nivel de detalle. (Guevara Dodds, 2020)

Es así que, si bien existía un marco legal para la suscripción de Contratos de Licencia para la explotación de hidrocarburos a través de la LOH, la LPDIGN planteó precisiones a esta normativa general para el caso del gas natural.

En primer lugar y abarcando a todas las actividades de la cadena del gas natural, tal como fue mencionado previamente, el propósito de esta normativa fue dar importancia a lo que la explotación de este recurso representaba. Para dicho propósito, el legislador se sirvió del artículo 3° de la Ley, para declarar de necesidad pública e interés general, “el fomento y desarrollo de la industria del gas natural, que comprende la explotación de los yacimientos de gas, el desarrollo de la infraestructura de transporte de gas y condensados; la distribución de gas natural por red de ductos; y los usos industriales en el país”. (Congreso de la República, 1999) Sin embargo, como no es extraño en las normas que únicamente declaran la necesidad o interés de determinada actividad¹⁶, ello no fue suficiente; por lo que en los siguientes artículos y en su Reglamento buscó ejemplificar la manera en la que ese fomento de la industria se materializaría, en favor del interés nacional.

Respecto de la explotación, la Ley y el Reglamento, buscaron garantizar el abastecimiento del mercado nacional, a través de la limitación de libre disponibilidad de este recurso para los licenciatarios; implicando esto un cambio representativo al contexto regulatorio de esta actividad extractiva. De igual forma, se fijó un precio máximo actualizable para el precio del gas natural a boca de pozo, condición que era distinta a los Contratos de Licencia suscritos previo a la promulgación de esta norma. (Congreso de la República, 1999) (Ministerio de Energía y Minas, 1999)

¹⁶ Considerar que históricamente en la legislación nacional existen múltiples normas cuyo único propósito es declarar el interés nacional, la necesidad pública o ambos para determinadas actividades siendo que habitualmente estas caen en normativa de carácter declarativo.

Sin embargo, para el caso de la industria del gas, este artículo se condijo de manera clara con los siguientes, en los que se evidenciaba la clara voluntad del legislador que estas actividades fueran ejecutadas por privados con la mayor capacidad técnica posible. En los párrafos siguientes se detallan tanto beneficios como restricciones que impuso esta norma para las actividades de esta industria que pudiesen traducirse (y que de hecho lo hicieron) en beneficios a favor de los ciudadanos.

Por su parte, respecto del transporte, tanto la Ley como el Reglamento, previeron garantías a favor de quien operase los ductos, estableciendo las denominadas “garantía por red principal”¹⁷ y “garantía temporal de ingresos anuales”¹⁸ a fin de ser compensado por los costos del servicio que prestase, y por ende, motivar la participación de inversores en los procesos de contratación para la operación de los mismos; ello en tanto existirían más certezas que riesgos sobre la recuperación de la inversión. (Congreso de la República, 1999) (Ministerio de Energía y Minas, 1999)

Por último, la distribución tuvo también una figura bastante similar a la que fuese establecida para el transporte. Se planteó así el otorgamiento de concesiones bajo la normativa de promoción de la inversión privada que tuviera garantías que hicieran atractivo participar en esta etapa de la cadena. (Ministerio de Energía y Minas, 1999)

En cuanto al fomento del consumo de este recurso, tanto la Ley como el Reglamento para el desarrollo de la industria del gas natural, plantearon medidas de promoción para consumidores iniciales teniendo en consideración la incipiente adecuación tanto de infraestructura como de aceptación general que existía respecto de este recurso. Por lo cual, se observaron ciertas medidas como la fijación de descuentos al precio del gas, beneficios para los generadores eléctricos, entre otros. (Guevara Dodds, 2020)

Siguiendo en dicha línea y conforme a lo advertido en los primeros párrafos de este acápite, hubo un cambio que ameritó que el Estado vuelque la mirada en la industria del gas natural como un sector que podía implicar desarrollo para nuestro país, el cual, tuvo nombre propio: el proyecto Camisea.

1.3 El caso Camisea como hito en la regulación del gas natural

Aunque a la fecha existe basta normativa en materia de gas natural, tanto jurídica como de seguridad o técnico-operativa, es necesario precisar que esta regulación es relativamente reciente en nuestro país.

¹⁷ Conforme a las definiciones incluidas en el Glosario del D.S. 040-99-EM que aprueba el Reglamento, se estableció que la garantía por red principal era “el cargo que la Comisión de Tarifas de Energía incorporaría anualmente a la tarifa eléctrica en el rubro correspondiente al peaje del Sistema de Transmisión Eléctrica a que se refiere el artículo 59° de la Ley de Concesiones Eléctricas. Dicho cargo permitirá cubrir, de ser necesario, los Ingresos Garantizados anuales. Será determinada por cada segmento de la Red Principal.”

¹⁸ Según el glosario incluido en la parte introductoria del Reglamento de la LPDIGN se define como “Mecanismo temporal para reducir los riesgos iniciales en la estimación de la demanda de Gas del mercado nacional, con el objeto de garantizar los ingresos que retribuyan adecuadamente el Costo del Servicio a los inversionistas. La Garantía no cubre las indisponibilidades de la Red Principal que no hayan sido declaradas como Fuerza Mayor.”

El descubrimiento de los yacimientos de gas natural en la zona sur de la cuenca Ucayali en el sur del país resultaron un hito en la industria extractiva, y, por ende, también en su regulación.

1.3.1 Antecedentes del Proyecto Camisea.

Si bien el presente acápite se centrará en lo que implicó Camisea para nuestro país, es necesario ir un poco más atrás; encontrando sus antecedentes en el yacimiento de Aguaytía y en los yacimientos gasíferos de la Costa Norte.

- Yacimiento Aguaytía: En el año 1994 se suscribió el primer Contrato de Licencia para la explotación del yacimiento de Aguaytía descubierto 33 años atrás en el denominado Lote 31-C ubicado en el departamento de Ucayali. Ya en el actual régimen de la Ley Orgánica de Hidrocarburos vigente, Perupetro suscribió el Contrato correspondiente con la empresa The Maple Gas Corporation del Perú, quien, en el año 1996, cedió el mismo a Aguaytía Energy del Perú. (OSINERGMIN, 2014)

Para el caso del yacimiento de Aguaytía, todos los componentes de la cadena están a cargo de Aguaytía Energy del Perú, siendo esta la titular del Contrato de Licencia para la explotación, la concesionaria del ducto de 124 kilómetros de gasoducto y 113 kilómetros de poliducto para el transporte de gas natural seco y líquidos de gas natural, así como autorizada para la operación de la planta de fraccionamiento Pucallpa y la planta eléctrica de Aguaytía, donde el recurso extraído es utilizado como combustible. (OSINERGMIN, 2014)

Si bien hasta la fecha el esquema previsto en la Ley Orgánica de Hidrocarburos funciona de manera regular para este yacimiento, no cuenta con el componente relacionado a la distribución del gas natural a través de una red de ductos, por lo que Aguaytía, sin perjuicio de ser el pionero en la explotación de este recurso, no es conveniente considerarlo como un paso preliminar para la regulación del servicio público de gas natural.

- Yacimientos Gasíferos de la Costa Norte: Por su parte, en el norte del Perú junto con los lotes petroleros ubicados en los departamentos de Piura y Tumbes, habitualmente se realizaban hallazgos de gas natural, que en la gran mayoría de los casos eran reinyectados en los pozos por las empresas explotadoras de los mismos.

La poca demanda existente en la zona para el recurso, así como la falta de infraestructura para su tratamiento, hizo que el único potencial y efectivo comprador de dicho recurso fuera la Empresa Eléctrica de Piura para fines de generación

termoeléctrica a través de una central. Motivo por el cual, los yacimientos de la Costa Norte tampoco alcanzaron el componente de la distribución a través de una red de ductos que permitiese considerarlo como un antecedente claro de toda la estructura que implicó Camisea; que, como veremos a continuación, requirió de una estructura más compleja tanto desde el planeamiento del proyecto como la justificación de una generación normativa. (OSINERGMIN, 2014)

1.3.2 Estructuración del Proyecto Camisea.

Como fue mencionado previamente, el Proyecto Camisea supuso un cambio en la estructuración en las actividades extractivas en nuestro país. En primer lugar, porque se trataba de un proyecto de gran envergadura con montos de inversión nunca antes vistos y, porque el proyecto en sí contaba con requerimientos técnicos sumamente elevados que permitiesen el trazado de una cadena que abarcaría desde la extracción del recurso hasta la llegada de éste a la puerta de los usuarios, considerando que era la primera vez que ante una probada abundancia del recurso, se planteaba la viabilidad de una distribución masiva del gas natural. (OSINERGMIN, 2014)

Si bien el descubrimiento del yacimiento más conocido como Camisea tuvo lugar en el año 1985 en intentos por encontrar reservas petrolíferas en la zona sur del país, recién se puede hablar del Proyecto Camisea como tal hasta 8 años después con la emisión de las primeras normas que tenían por propósito dotar de un marco adecuado para la explotación de los recursos, como lo fueron la Ley Orgánica de Hidrocarburos previamente revisada. (OSINERGMIN, 2014)

Es así que, ante un frustrado primer intento de ejecución del proyecto a inicios de los años noventa con Shell, en el que esta compañía asumiría la cadena en su totalidad; en el año 1999, se optó por plantear el proyecto de una manera innovadora, disgregándola en componentes de *upstream* y *downstream* que el Comité Especial de Privatización del Gas de Camisea (CEPRI-Camisea) bautizó como el “módulo de producción” y el “módulo de transporte y distribución” a fin de presentarlos a los inversionistas extranjeros interesados en las actividades de la industria del gas natural en nuestro país. (El Heraldo - Centro de Noticias del Congreso de la República, 1999)

En ese sentido, se previó el lanzamiento de los procesos de promoción de la inversión privada a fin de obtener: i) un postor en capacidad de poner en producción las reservas de gas natural y condensados ubicados en Camisea, capaces de diseñar, construir y operar una planta de procesamiento in situ, así como una planta de fraccionamiento de condensados en la costa

del Perú, ii) un postor capaz de diseñar, construir y operar un gasoducto desde Camisea hasta Lima para el transporte de gas seco, así como un poliducto que recorriese el tramo entre Camisea y la costa donde se ubicase la planta de fraccionamiento de condensado, bajo un esquema de tarifas reguladas; y, iii) un postor capaz de desarrollar y operar una red de distribución de gas natural a través de ductos en Lima y Callao. (Osigas OSINERGMIN, 2014)

A la par de la estructuración del proyecto para la atracción de los postores, normativamente hablando se emitió la LPDIGN, la cual revisamos anteriormente, revistiendo de relevancia y otorgando algunas herramientas al proyecto que estaba siendo lanzado.

Es así que en febrero del año 2000 se adjudicó el módulo de *upstream* al denominado Consorcio Camisea, conformado por 4 empresas de distintas nacionalidades quienes bajo el marco de un contrato de licencia estándar previsto en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, con precisiones particulares implementadas por la LPDIGN, que hemos revisado previamente como los toques al precio del gas a boca de pozo, representando esto el punto de partida al que fuese el proyecto energético más prometedor de las últimas décadas. (OSINERGMIN, 2014)

Por su parte, en octubre del mismo año se adjudicaron de manera unificada los módulos previstos para el transporte y la distribución al consorcio que posteriormente constituiría Transportadora de Gas del Perú, haciendo la atinencia de que este estaba obligado a ceder más adelante el componente correspondiente a la distribución a fin de evitar la integración vertical de los eslabones. (OSINERGMIN, 2014)

En dicho sentido, Camisea implicó un antes y un después en la aplicación de la normativa relacionada a los componentes de la cadena del gas natural, siendo además la única vez en la historia de nuestro país en la que la disponibilidad del recurso había permitido planificar un abastecimiento de gas a usuarios de todo tipo.

1.4 El servicio público de gas natural y su regulación

Habiendo entonces revisado, tanto los componentes precedentes a la distribución del gas natural, como los principales cuerpos normativos que rigen toda la cadena del gas natural, resulta necesario hacer un análisis mucho más detallado de la figura del servicio público de gas natural y la regulación asociada de manera específica.

Remitiéndonos nuevamente, como se hizo de manera superficial en la revisión del componente distribución en el primer subcapítulo del presente, el glosario, siglas y abreviaturas del subsector hidrocarburos aprobado mediante Decreto Supremo 032-2003-EM, este define a la distribución como “servicio público de suministro de gas natural por red de ductos prestado por un concesionario a través de un sistema de distribución”. (Ministerio de Energía y Minas,

2002) Siendo este concepto un punto de partida que nos permita identificar a qué nos referimos cuando hablamos del servicio de gas natural.

En ese sentido, partiremos por el componente que se refiere al “suministro”. Desde la normativa nacional, ubicamos la referencia al suministro en el Libro de Fuentes de las Obligaciones del Código Civil, en el Título III de la Sección Segunda de Contratos Nominados, cuyo artículo 1604^o lo define en función a quien tiene a su cargo la prestación siendo que “el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes”. (Ministerio de Justicia, 1984) Pudiendo entonces aducir en primer lugar, que el servicio de gas natural supone a un obligado a entregar el gas natural a favor de un tercero de manera periódica o continuada.

A continuación, “prestado por un concesionario”, componente del concepto dado por el glosario que necesariamente se remite al concepto administrativo de la concesión, entendido como una cesión por parte de la administración pública a favor de un particular para que en su nombre ejecute determinada actividad. La principal referencia asociada a este punto es la dada en el artículo 66^o¹⁹ de la Constitución Política de 1993 en la que especifica que “la concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”, haciendo referencia al aprovechamiento de los recursos naturales y las condiciones para este. (Congreso Constituyente Democrático, 1993)

Respecto del análisis de los términos “servicio público”, este concepto constituye uno de especial relevancia para comprender la regulación del gas natural en nuestro país. Es así que, sin perjuicio de considerar que hacer un análisis superficial o exclusivamente nominativo, como se viene realizando, a fin de tener punto de partida, resultaría insuficiente (por lo que más adelante se le destinará un capítulo a su análisis) utilizaremos un concepto general, debiendo entender al servicio público como un servicio que el Estado se ha reservado su titularidad, por tanto, solo pueden prestarlo los particulares por delegación, caracterizado por los poderes de intervención de aquél sobre estos.²⁰

¹⁹ Artículo 66^o. - Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

²⁰ Concepto de servicio público esbozado por el profesor Victor Baca con modificaciones, a fin de evitar recurrir a otras categorías jurídicas (servicio esencial) que serán revisadas más adelante de manera detallada.

Por lo tanto, conjugando dichas definiciones que podemos identificar como jurídicas del concepto dado por el Glosario, podemos determinar que existe un obligado a entregar gas natural a favor de un tercero de manera periódica o continuada en virtud de una concesión administrativa, bajo los términos que la normativa aplicable le imponga dado que se trata de un servicio que el Estado se ha reservado su titularidad y, por ende, interviene en los términos de su prestación.

Respecto de los demás componentes de dicho concepto, vale la pena pronunciarnos sobre los elementos “no jurídicos”. En cuanto, al “sistema de distribución”, según el mismo glosario que nos ha permitido esbozar el servicio de gas natural, es “la parte de los Bienes de la Concesión que está conformada por las estaciones de regulación de puerta de ciudad (*City gate*), las redes de Distribución, las estaciones reguladoras y las Acometidas, y que son operados por el Concesionario, bajo los términos del Reglamento y del Contrato”. (Ministerio de Energía y Minas, 2002) De manera complementaria y recurriendo a un concepto extrajurídico, podemos indicar en palabras del Diccionario de la lengua española que un sistema es un “conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto”, pudiendo considerar que los componentes listados, actuando de manera ordenada permiten la prestación del servicio de manera efectiva. (Real Academia Española, 2023)

Con relación a “red de ductos”, considerando que tampoco se trata de un concepto jurídico o legal, no es identificable una definición expresa que se acople las circunstancias en las que ha sido utilizado, sin embargo, por conocimientos generales podemos inferir que se trata de una composición de ductos interconectados entre sí; por lo que tomaremos dicha concepción a efectos de continuar con nuestro análisis.

Es así que, habiendo revisado de manera bastante preliminar lo que implica este servicio podemos identificar que se trata de una serie de prestaciones que el titular de las mismas tiene a su cargo con carácter obligatorio, lo cual incluye entregar el gas natural a quien lo requiera en determinadas condiciones que permitan su aprovechamiento, sirviéndose para ello de redes de ductos, servicio cuya estructura regulatoria será objeto de revisión en los siguientes acápite, así como la normativa específica que regula el servicio, el trasfondo de las previsiones del legislador, entre otros, a fin de entender de manera detallada las disposiciones de este servicio en la normativa nacional.

1.4.1 Mecanismos regulatorios para el servicio de gas natural.

Como bien señala Ariño, al hablar de regulación habitualmente nos encontramos antes dos situaciones distintas, la regulación externa, entendida como una regulación vinculada a la

actividad de policía administrativa, que busca regular aspectos operativos, condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente, entre otros. Y, por su parte, la regulación económica, que entra al núcleo de la actividad empresarial misma y que se encuentra presente afectando sectores especiales, como lo pueden ser los servicios públicos; inmiscuyéndose en situaciones de particular naturaleza económica, como lo pueden ser la entrada y salida del mercado o las condiciones económicas en las que se desarrolla la actividad. (Ariño, El mercado único de la energía: los sectores del gas y la electricidad, 2012)

Es así que en nuestro país, el legislador ha buscado regular por ambos frentes: regular efectivamente la operativa de la prestación del servicio de gas natural, estableciendo parámetros de seguridad, disponibilidad, responsabilidades ambientales asociadas y estándares técnicos; y, de igual forma, regular económicamente dicha actividad considerando que la ha calificado como un servicio de especial relevancia, por lo que, tomando también la definición básica de servicio público por la que ha optado, lleva necesariamente anidada la intervención por parte del Estado, en determinada medida, considerando el contexto constitucional.

En dicho sentido, el presente sub-acápite tendrá por propósito navegar las disposiciones normativas del servicio de gas natural, tanto desde la regulación operativa como la económica. Sin perjuicio de la revisión de la regulación operativa, la regulación económica ameritará un mayor grado de detalle por las calificaciones y categorías jurídicas de las cuales se ha servido el regulador para delimitar la prestación del servicio.

1.4.1.1 Regulación operativa del servicio de gas natural. Habiendo revisado de manera bastante preliminar las normas que dotan de marco general al servicio de gas natural a raíz del descubrimiento del yacimiento Camisea, es necesario repasar de manera mucho más detallada la normativa específica. En dicho sentido, el punto de partida será el Reglamento de Distribución de gas natural por red de ductos (“RDGN”), al ser esta la norma a la que encargó la Ley Orgánica de Hidrocarburos la regulación detallada de esta actividad, limitándose exclusivamente a atribuirle la categoría de servicio público.²¹

Es así que, la prestación de este servicio se enmarca principalmente en el Decreto Supremo 042-99-EM y sus modificatorias sistematizadas a través del Texto Único Ordenado²² del RDGN. Dicho Reglamento consta de ocho títulos compuestos de ciento veintinueve artículos, cuatro disposiciones transitorias, cinco disposiciones complementarias y dos Anexos

²¹ La categoría de servicio público recaída sobre la distribución del gas natural por red de ductos será ahondada en el siguiente sub-acápite abocado a la regulación económica y en el siguiente capítulo destinado a la revisión de la categoría de servicio público.

²² Aprobado mediante el Decreto Supremo 040-2008-EM.

relacionados a normas de seguridad para la distribución, y el procedimiento de instalación de tuberías multicapas compuestas en instalaciones residenciales y comerciales de gas natural.

Como bien indica el primer artículo del mismo²³, es este Reglamento el encargado de regular todas las aristas identificadas para la distribución, que parten desde la concesión hasta los aspectos ambientales y las autoridades competentes tanto para regulación y fiscalización, denotando su especial interés en regular temas operativos de la prestación del servicio. (Ministerio de Energía y Minas, 2008)

A continuación, determina las obligaciones que recaerán sobre el concesionario en su calidad de prestador del servicio, listando así en su artículo 42° catorce obligaciones específicas que luego serán ampliadas en los artículos siguientes referidas a diversos aspectos a fin de garantizar una adecuada prestación del servicio:

“a) Ejecutar el proyecto y la construcción de obras de acuerdo al calendario de ejecución de obras contenido en el respectivo Contrato.

b) Dar servicio a quien lo solicite dentro del Área de Concesión dentro de un plazo no mayor de sesenta (60) días en caso existiera la infraestructura necesaria en la zona, o de doce (12) meses si no la hubiera, siempre que el Suministro se considere técnica y económicamente viable de acuerdo al artículo 63 y al Procedimiento de Viabilidad. Los plazos se computarán a partir de la suscripción del correspondiente contrato.

El Concesionario deberá informar al Consumidor y a OSINERGMIN en caso prevea que los plazos antes señalados para la ejecución de dichas actividades podrían ampliarse por causas que se encuentren fuera de su control, las mismas que deberán ser debidamente justificadas.

Cuando el Suministro resulte viable técnicamente pero no económicamente de acuerdo a lo previsto en el artículo 63 y al Procedimiento de Viabilidad, le asiste al Interesado el derecho de poder efectuar aportes o sobrecargos adicionales al Derecho de Conexión que permitan hacer viable económicamente el proyecto de expansión. Dichos aportes o sobrecargos serán reembolsados en la medida que el costo no viable del proyecto sea incorporado y reconocido en la Tarifa de distribución por OSINERGMIN.

En los casos de solicitudes de Suministro para recibir el servicio fuera del Área de Concesión a que se refiere el artículo 64, el Concesionario podrá celebrar convenios con dichos solicitantes y la prestación del servicio requerirá de previa autorización de la DGH.

²³ Artículo 1.- Las disposiciones del presente Reglamento norman lo referente a la actividad del servicio público de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, incluyendo los procedimientos para otorgar Concesiones, para fijar las Tarifas, normas de seguridad, normas sobre protección del Ambiente, disposiciones sobre la autoridad competente de regulación, así como normas vinculadas a la fiscalización.

- c) Tener contratos vigentes con Productores que le garanticen su requerimiento de Gas Natural por los siguientes veinticuatro (24) meses como mínimo. Tratándose de Concesiones otorgadas por Licitación o concurso público, esta obligación será exigible a partir de la Puesta en Operación Comercial.
- d) Conservar y mantener el Sistema de Distribución, en condiciones adecuadas para su operación eficiente, garantizando la calidad, continuidad y oportunidad del servicio según las condiciones que fije el Contrato y las normas técnicas pertinentes. El Concesionario deberá diseñar, construir, operar y mantener el Sistema de Distribución.
- e) Publicar a su costo en el Diario Oficial El Peruano, las resoluciones mediante las cuales sea sancionado, dentro del plazo que establezca la autoridad competente.
- f) Permitir la utilización de su Sistema de Distribución por parte de terceros a la capacidad no comprometida del mismo, sin establecer obligaciones ni gravámenes adicionales, ni ventajas o preferencias con relación a servicios prestados bajo las mismas condiciones, siempre y cuando con esta utilización no se afecte el Sistema de Distribución existente, ni las condiciones de calidad y confiabilidad del Suministro a los Consumidores del Concesionario. En caso de conflicto resolverá OSINERG.
- g) Desarrollar sus actividades respetando las normas de libre competencia y antimonopolio vigentes o que se dicten en el futuro. Los Concesionarios no podrán ofrecer ni otorgar ventajas o privilegios entre los Consumidores por la misma clase de servicio.
- h) Aplicar las tarifas, cargos e importes que se fijen de acuerdo a la normativa vigente.
- i) Presentar la información técnica y económica a los organismos normativos, reguladores y fiscalizadores en la forma, medios y plazos que éstos establezcan.
- j) Cumplir con las normas de seguridad y demás normas técnicas aplicables.
- k) Facilitar las inspecciones técnicas a sus instalaciones que dispongan los organismos normativos, reguladores y fiscalizadores.
- l) Contribuir al sostenimiento de los organismos normativos, reguladores y fiscalizadores con el aporte fijado en la Ley N° 27116.
- m) Cumplir con las normas de conservación del ambiente y del Patrimonio Cultural de la Nación.
- n) Publicar los pliegos tarifarios, cargos e importes en sus oficinas de atención al público y en su página web.” (Ministerio de Energía y Minas, 2008)

Por su parte, regula también las condiciones técnicas en la que el gas natural deberá ser entregado a los usuarios del servicio, estableciendo límites máximos permisibles, condiciones del gas en sí y plantea los controles que aplicará el regulador, para este caso el Organismo

Supervisor de la Inversión en Energía y Minas – OSINERGMIN, en determinados puntos para garantizar dichas condiciones. (Ministerio de Energía y Minas, 2008)

A continuación, establece causales relacionadas a la caducidad o fin de la concesión, las mismas que tienen por propósito esclarecer las circunstancias bajo las cuales un incumplimiento por parte del Concesionario conllevaría al fin de su derecho para la prestación del servicio. Sin perjuicio de ello, el Ministerio de Energía y Minas es cuidadoso al establecer que en caso de caducidad por cualquiera que sea la causal, existirá una intervención por parte de la Administración con la finalidad de garantizar la continuidad de la distribución del recurso. (Ministerio de Energía y Minas, 2008)

El Título Tercero es dedicado, en cambio, al servicio en sí, parte por la prestación del servicio y busca ir definiendo tanto al consumidor, como a los derechos que este tiene frente a quien, cumpliendo con todos los requisitos previstos en los títulos previos, distribuye el gas natural.

Al igual que en lo previsto para las condiciones en las que será entregado el gas natural, sobre el cual tendrá deber de validar el OSINERGMIN, el artículo 83° plantea la competencia en materia de fiscalización sobre el mismo ente supervisor. Dentro de las cuestiones objeto de su fiscalización se incluyen el cumplimiento de la normativa del sector y los contratos suscritos por los respectivos concesionarios, la normativa en materia de seguridad y los aspectos relacionados a la prestación del servicio de distribución; siendo este último ítem una suerte de cajón de sastre que se puede entender en cierta medida como una fiscalización integral por parte del OSINERGMIN. (Ministerio de Energía y Minas, 2008)

Con relación al área sobre la que podrán extenderse las redes de ductos teniendo en consideración las amplias extensiones que constituyen las áreas de concesión, el Reglamento prevé, de igual manera, la posibilidad de quien sea titular de las mismas acceder a servidumbres, derechos de uso, e inclusive expropiación cuando esta sea necesaria para la prestación del servicio. Dichos procedimientos contarán necesariamente con la intervención de la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas, siguiendo el procedimiento previsto en el propio Reglamento. (Ministerio de Energía y Minas, 2008)

El Título Quinto, es dedicado a las tarifas de distribución, en el que, en veinticuatro artículos, el Ministerio de Energía y Minas realiza la regulación económica de los conceptos que serán cobrados por el distribuidor a los usuarios, no obstante, este Título y su desarrollo en normas complementarias, será revisado en el acápite siguiente.

Por último, previo a las disposiciones transitorias y finales, se establece el listado de normativa aplicable en materia ambiental, en tanto la naturaleza de la industria y las afectaciones que esta podría representar, requieren necesariamente un título habilitante en materia ambiental, así como el cumplimiento de las disposiciones que correspondan. (Ministerio de Energía y Minas, 2008)

1.4.1.2 Regulación económica del servicio de gas natural. Como bien menciona Ariño, la regulación en general y en mayor medida la regulación económica, “hace siempre su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado”, dado que en un mercado plenamente operante es totalmente innecesario pretender “artificialmente” generar condiciones con las que este ya cuenta. (Ariño, Teoría y práctica de la regulación para la competencia. Hacia un nuevo concepto de servicio público, 1995)

Es en atención a ello que el nuevo paradigma de un Estado liberal, tiene a bien intervenir en ciertas actividades empresariales, como lo es la prestación del servicio de gas natural, validando la necesidad de regular ciertos aspectos, como podrían ser determinados aspectos económicos, debiendo considerar para ello que la regulación “no tiene como objetivo central el ‘control’ del sistema y sus operadores, sino que, por el contrario trata de promover la competencia allí donde esto sea posible, y se limita a proteger los intereses de los usuarios – seguridad, calidad y precio del servicio – allí donde éste mantenga las características de monopolio natural.” (Ariño, Teoría y práctica de la regulación para la competencia. Hacia un nuevo concepto de servicio público, 1995)

Es entonces únicamente en el contexto expuesto, que hace sentido la regulación prevista en el RDGN en materia económica, que para efectos del presente análisis, lo dividiremos en las características particulares que reconoce Ariño: i) la entrada y salida de la actividad y, ii) la afectación a las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla, debiendo quizás para ello volver sobre ciertas características previstas en la doctrina de la regulación económica.

En línea con lo anterior y para efectos de que el presente análisis sea quizás más evidente, nos situaremos en el escenario de la suscripción de los contratos de concesión tras el descubrimiento de Camisea; es así que, con una prácticamente inexistente industria del gas natural y siendo una actividad que por sus características particulares, resulta sumamente costoso pretender la existencia de más de un prestador del servicio, como la alta complejidad del desarrollo de infraestructura de la cual el prestador se servirá para llegar a cabo sus

prestaciones, resulta casi evidente la confluencia de condiciones que lo calificarían como un monopolio natural²⁴.

En ese sentido, resulta importante revisar las alternativas regulatorias existentes y, es oportuno recurrir al profesor del Guayo, quien reconoce que, ante la existencia de un monopolio natural, es posible recurrir a tres alternativas para la efectiva prestación de un servicio como el suministro de gas natural. En primer lugar, la figura de una empresa pública, en la que sea el propio Estado quien se encargue de atender los requerimientos de la comunidad y satisfacerlos; en segundo lugar, una empresa privada sujeta a limitaciones relacionadas al precio y la calidad de los servicios a su cargo; y, en último y tercer lugar, una empresa privada que en atención a las características del mercado en el que le interesa prestar sus servicios, compita por acceder a él frente a otros interesados. (del Guayo, 2012)

Teniendo en cuenta las alternativas viables, podemos hacer un análisis sobre la alternativa elegida por el legislador peruano para el servicio de gas natural.

Respecto de la alternativa de la empresa pública, identificamos que se trata de una figura limitada por la Constitución del '93 y que su aplicación desmedida trae recuerdos de una época de gran intervencionismo estatal, y que, por ende, no ha sido el mecanismo acogido para la prestación del servicio de gas natural, sino que por el contrario ha sido rechazado y limitado a situaciones que de manera justificada lo ameriten, en atención al principio de subsidiariedad, razón por la cual descartamos esta propuesta.

Sin embargo, en lo referente a la segunda y la tercera alternativa propuesta por Del Guayo, vemos que existe una suerte de coincidencia entre ambas vías y las estipulaciones previstas en nuestra regulación, dado que, si bien el prestador del servicio en el caso del gas natural se trata de una empresa privada, ésta se enfrenta a ciertas limitaciones normativas en lo propiamente relacionado a la prestación del servicio de distribución, y que, a su vez, en el marco de una licitación o concurso público (como el que se llevó a cabo para la firma del primer contrato tras el descubrimiento de Camisea, por ejemplo) ha tenido que competir frente a otros interesados para acceder a un mercado de condiciones muy particulares dentro de un proceso de promoción de la inversión privada.

En línea con ello, en lo referido a la entrada y salida de la actividad, como ha sido precisado escuetamente líneas arriba, la prestación del servicio de gas natural está prevista en

²⁴ En palabras de Iñigo del Guayo en “La regulación económica como alternativa”, los monopolios naturales implican “aquella situación del mercado en el que una sola empresa puede producir el bien o servicio deseados a menor coste que en cualquier combinación de dos o más empresas, es decir que es más eficiente económicamente que exista un solo suministrador” (...).

un régimen de concesión, como fue identificado desde la definición básica que otorgó el glosario de términos de la industria citado previamente, la ejecución de actividades de distribución resulta una actividad reservada, por lo que es “otorgada” a determinados particulares a través de la firma de un contrato de concesión; el cual, conforme al Reglamento objeto de análisis, no podrá ser mayor a sesenta ni menor de veinte años, pudiendo ser prorrogado conforme a lo previsto en cada contrato celebrado. Asimismo, reconoce dos vías para acceder a dicha concesión, bien sea motivado por la propia administración a través de una licitación o concurso público o, a solicitud de parte. (Ministerio de Energía y Minas, 2008)

Es así que, la figura de la concesión para la distribución de gas natural debe ser entendida en el contexto histórico revisado en el capítulo precedente; uno en el que se dejaba de lado el imperio del Estado en la ejecución de prestaciones y opta por su limitación a una subsidiariedad estricta y la transición de un régimen en el que el Estado solía garantizar por sí mismo las prestaciones a uno que, en propias palabras de constituyente, cumple una función orientadora.

En ese sentido, las disposiciones peruanas para el acceso al mercado en el caso del servicio de suministro de gas natural están marcadas por una restricción estructural como lo es la figura de un contrato de concesión, para el cual el prestador del servicio deberá ser partícipe de una competencia para el acceso al mercado y que termina en la atribución de la posibilidad y obligación de operar un servicio con características de monopolio natural.

Por su parte, en lo referente a la salida del mercado, vemos que el mismo RDGN, establece ciertas limitaciones o condiciones, entendemos de un conocimiento casi lógico del espíritu de la norma y de aspectos que serán abordados más adelante, que por un interés de que el requerimiento de la población que haya motivado la prestación del servicio quede desatendido. En atención a ello, si bien admite la figura de la renuncia a la concesión por parte del Concesionario, ésta no es libre o sin condición alguna, sino que, por el contrario, establece plazos mínimos para la información de esta intención, su sujeción a una evaluación de procedencia, así como la figura de un interviniente para evitar que la prestación del servicio quede desatendida.

Es así que, los artículos 59^{o25}, 60^{o26} y 55^{o27} del RDGN, prevén el plazo de aviso de renuncia, que en ningún caso deberá ser menor a un (1) año, en el cual la Dirección General de Hidrocarburos (DGH) del Ministerio de Energía y Minas, evaluará la procedencia y motivación de dicha solicitud de renuncia, y quien, a su vez, designará a un tercero interventor que será el encargado de recibir la operación del servicio y tomar las medidas necesarias para garantizar su continuidad, y en última instancia, la subasta pública de la concesión, es decir su *handover* a favor de un nuevo concesionario.

Entonces, habiendo revisado las disposiciones vinculadas al acceso y salida del mercado del prestador del servicio de suministro de gas natural, hemos revisado el primer componente propuesto por Ariño para la regulación económica, pudiendo validar que efectivamente, la regulación peruana ha previsto ciertas condiciones para el ingreso y salida del mercado de las empresas interesadas en la prestación del servicio de abastecimiento de gas natural. Por su parte, resulta también importante validar el otro componente regulatorio identificado, siendo el otro pendiente, la regulación relacionada a la afectación a las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla y, a su vez, compaginándolo con las denominadas “limitaciones” al precio y la calidad propuestas por Del Guayo para una efectiva regulación económica de servicios de características particulares como el suministro de gas natural.

En ese sentido, corresponde centrarnos en dos partes normativamente planteadas de dicha manera, la regulación vinculada a las tarifas, que ameritará un análisis algo más extenso, y la regulación vinculada a los estándares de calidad que ha sido abarcada como parte de la

²⁵ Artículo 59° del Reglamento de Distribución de gas natural a través de ductos. - El Concesionario puede renunciar a su Concesión comunicando este hecho al MEM con una anticipación no menor de un (1) año. La DGH evaluará la renuncia y de considerarla procedente, tramitará la expedición de la respectiva Resolución Suprema en que se acepte la renuncia, se determine la fecha en que ésta se haga efectiva y se designe al interventor a que se refiere el Artículo siguiente.

En este caso la DGH ejecutará las garantías otorgadas por el Concesionario.

²⁶ Artículo 60° del Reglamento de Distribución de gas natural a través de ductos. - Aceptada la renuncia, se designará un interventor de las operaciones del Concesionario hasta el cumplimiento del plazo respectivo, siendo de aplicación lo dispuesto en el Artículo 55°; y se procederá a la subasta pública de la Concesión, aplicando el procedimiento dispuesto en el Artículo 58°.

²⁷ Artículo 55° del Reglamento de Distribución de gas natural a través de ductos. - Quien se encargue de la intervención a que se refiere el inciso d) del Artículo 52, tendrá las siguientes facultades:

- a) Determinar las acciones de carácter administrativo que permitan la continuación de la operación del Sistema de Distribución; y
- b) Determinar las acciones de carácter técnico que permitan la oportuna y eficiente prestación del servicio.

El cumplimiento de las medidas dictadas por el interventor, serán obligatorias para el Concesionario, cuyo representante legal podrá solicitar su reconsideración ante la DGH, la que deberá resolver en un término de cinco (5) días.

Los gastos totales que demande la intervención serán de cuenta y cargo del Concesionario.

Si durante el período de este procedimiento, la entidad intervenida deviniese en insolvente para atender las obligaciones que le imponga el interventor, el Estado podrá asumir la administración plena y directa de los Bienes de la Concesión, conforme a lo dispuesto en el Artículo 58, en tanto se proceda a la transferencia de la Concesión.

regulación operativa de la actividad en párrafos precedentes, pero que será analizada como una obligación del Concesionario en el marco de las obligaciones de carácter económico impuestas.

Con relación a las tarifas, el Título Quinto del RDGN aboca veinticuatro artículos a su regulación general y a su vez, prevé que ciertos puntos relacionados sean detallados para cada caso concreto en los respectivos contratos de concesión.

Dicho Título, en uno de sus primeros artículos dispone que la tarifa de distribución “deberá proveer al Concesionario los recursos para cubrir los costos eficientes de la prestación del servicio”²⁸; sin embargo, también en artículos siguientes, que será el Concesionario de distribución quien facturará al consumidor básicamente todas los precios y tarifas de los componentes de la cadena del gas natural, e incluirá lógicamente la tarifa de distribución. En ese sentido, la normativa precisa que las facturas que recibirán los consumidores por la prestación, identificará de manera clara: i) el costo del gas natural, ii) el costo por transporte, iii) la tarifa de distribución, seguido por los costos asociados a las instalaciones requeridas para el efectivo suministro de gas natural, iv) el costo de la acometida, v) el costo del derecho de conexión, vi) el costo total de la tubería de conexión, vii) el costo de la instalación interna, así otros cargos identificados como los tributos no incluidos en la tarifa, los cargos por mantenimiento, el financiamiento de deudas, entre algunos otros. (Ministerio de Energía y Minas, 2008)

Sin perjuicio de ello, si bien precisa que la tarifa de distribución deberá permitir al Concesionario cubrir los costos de suministrar el gas natural, líneas abajo en el propio Reglamento, precisa que dicha tarifa constituye la retribución máxima que recibirá el Concesionario y que este tendrá dos componentes, el margen de distribución y el margen comercial, de modo que, al hablar de un “máximo” limita de manera clara la contraprestación que podrá recibir el Concesionario por llevar a cabo la actividad de distribución.

Es así que volviendo conceptualmente a lo planteado por del Guayo, en este caso, la regulación tarifaria resulta “una condición para la protección de los usuarios frente a abusos potenciales en precio y calidad, en evitación de ineficiencias, como si existiese un verdadero mercado competitivo”. (del Guayo, 2012)

Tomando en cuenta entonces, esta “condición”, resulta importante ahondar ligeramente los considerandos para la fijación tarifaria aplicables a la distribución del gas natural, para lo cual se tomará como principal ejemplo, el esquema y modelo de tarifas utilizado para la

²⁸ El artículo 105 del Reglamento de Distribución de gas natural por ductos, dispone lo mencionado respecto de la tarifa de distribución que cobrará el Concesionario,

concesión de Lima y Callao e Ica, aunque teniendo en consideración que el marco regulatorio en la materia es esencialmente el mismo para los demás concesionarios existentes, o, alguno que pueda surgir más adelante, por lo que el escenario resultaría básicamente el mismo o de muy similares características.

El marco regulatorio aplicable a las tarifas tiene dos vertientes que se relacionan estrechamente entre sí, en primer lugar, un propósito de protección del consumidor, de modo que no se vea afectado por precios que no esté en capacidad de asumir, y, en segundo lugar, un propósito promotor, enfocado desde el interés de la Administración en fomentar este servicio, de cara al cambio a una matriz energética más limpia y confiable.

Sin perjuicio de ello, si bien el régimen previsto en la regulación de tarifas debe lograr la fijación de una que permita y motive al usuario a acceder a ese servicio, no debe dejar de lado los márgenes a los que tendrá derecho el distribuidor considerando que, por más que se trate de una actividad de particulares características, el fin de lucro está estrechamente relacionado con la naturaleza privada y empresarial del Concesionario.

Para Dammert, el mecanismo más fácil para llegar a la definición de una tarifa de distribución probablemente sería el de dividir los costos de operación y distribución del Concesionario entre el volumen de gas efectivamente distribuido, logrando así el costo de distribución específica, sin embargo, esto quizás resultaría poco eficiente considerando que dentro del universo de los usuarios, cada uno cuenta con características muy distintas las unas de las otras, así como que el volumen consumido por ciertos usuarios es exponencialmente superior al de los otros, por lo que probablemente la distribución de los costos podría estar mal planteada. (Dammert, 2012)

En atención a ello, se optó por plantear una regulación en dos acápites diferenciados, el primero que se condice con el artículo 105° del RDGN²⁹ revisado previamente que busca que el Concesionario pueda cubrir sus costos de manera eficiente, y uno segundo, en el que se asigna la tarifa correspondiente a las características de cada usuario diferenciado por la normativa en función a su consumo; dicha regulación tendrá una duración inicial de ocho años desde la suscripción del Contrato de Concesión, en donde el Concesionario deberá haber propuesto un primer esquema tarifario que considere los elementos que explicaremos a continuación y que posteriormente será revisado y actualizado por el regulador de manera periódica cada cuatro años tras una reevaluación de las condiciones que ameritan dicha fijación tarifaria. Dicha tarifa

²⁹ Artículo 105° del Reglamento de distribución de gas natural por ductos. - La Tarifa de Distribución deberá proveer al Concesionario los recursos para cubrir los costos eficientes de la prestación del servicio.

permitirá recuperar de manera paulatina la inversión generada para la operación efectiva del servicio, y a su vez cubrir los costos operativos de esta.³⁰ (OSINERGMIN, 2022)

Es así que este primer acápite diferenciado que permite al Concesionario “subsistir” cumpliendo con cubrir los costos para la prestación de servicio, se obtienen a partir de un modelo denominado “Empresa Modelo Eficiente” que se basa en el hipotético de una empresa con los más altos índices de eficiencia a fin de determinar que con la menor inversión pueda cumplir con la prestación del servicio, en ese sentido, motivo al Concesionario a reducir sus costos de inversión a fin de abastecer la demanda prevista por un menor costo, la demanda a ser considerada será la propuesta por el Concesionario para un período de 20 años y aprobada por el OSINERGMIN³¹. A dichas inversiones que debieran ser lo más eficientes posibles, se le suma también la determinación de los costos de la explotación para la prestación del servicio; siendo estos en los que incurre el Concesionario para la prestación efectiva del servicio, a través de la operación de la infraestructura existente y los costos de mantenimiento; en ese sentido, es la suma de estos dos componentes, inversión + operación, que se tiene el monto que debe ser pagado como mínimo a la empresa concesionaria para que esté en capacidad de prestar el servicio. (Ministerio de Energía y Minas, 2008) (OSINERGMIN, 2022)

Una vez cubierto el primer componente, resulta necesario validar el “adicional” que estará facultado a cobrar el Concesionario una vez que haya podido cubrir sus requerimientos operativos, para lo cual se ha optado por diferenciar a las distintas categorías usuarias. Es aquí, donde entra el cariz promotor que fue referido previamente cuando se habló de la regulación tarifaria para este servicio, en lo referente a motivar a los usuarios a optar por el gas natural como fuente energética. Es así que se optó por un modelo denominado “Asignación de costos según la competitividad del combustible sustituto”, recogido expresamente por el artículo 107^{o32} del RDGN, que tiene por propósito generar un ahorro para el usuario frente al combustible que utilizaría para generar energía si no optara por el gas natural. (OSINERGMIN, 2022)

³⁰ La cobertura de los gastos previstos en la norma debe entenderse como la recuperación del CAPEX incurrido por el Concesionario y la cobertura del OPEX de la prestación del servicio.

³¹ De conformidad con el artículo 113° del Reglamento de distribución de gas natural por ductos. - La demanda de los Consumidores será calculada a partir de la proyección de los consumos de las distintas categorías de Consumidores, elaborada por el Concesionario para un período de veinte (20) años y aprobada por OSINERGMIN. Las metodologías y criterios para la proyección de los consumos será definida por el OSINERGMIN.

³² Artículo 107 del Reglamento de Distribución de gas natural por ductos. - Las categorías de Consumidores serán propuestas por el Concesionario, teniendo como base los rangos de consumo, para la aprobación de OSINERGMIN y deberán considerar como mínimo unas especiales que involucren al GNV y al generador eléctrico.

Los costos de Transporte y de Distribución se asignarán a cada categoría de Consumidor de forma tal que se obtengan tarifas finales competitivas respecto del sustituto. (El subrayado es propio para mayor énfasis)

En ese sentido, de la revisión de la regulación tarifaria específica para la prestación de este servicio identificamos un afán promotor evidente por parte de la regulación, cuyo propósito será que el costo sea el menor posible para atraer la mayor cantidad de usuarios, mientras que la empresa Concesionario recibe una retribución que le permite cubrir sus costos más un margen comercial relacionado al afán lucrativo propio de la empresa.

Aunque si bien las disposiciones en materia tarifaria son bastante intrusivas en el ejercicio de la empresa, resultan condecirse con las condiciones de monopolio natural previstas para este mercado, siendo considerado “necesario” por parte de la Administración su requerida opinión favorable a efectos de continuar prestando el servicio, siendo correcto denominar a esta regulación como “la afectación a las condiciones económicas” a la que se refería Ariño, o una “limitación” en palabras de Del Guayo.

Es así que si bien de la revisión de las materias reguladas por el Ministerio de Energía y Minas con relación a la distribución del gas natural, podemos identificar diversas características que evidencian la especial relevancia que ha buscado darle la Administración, subsiste un gran vacío en la categoría que se le ha atribuido que justifique una regulación a ese nivel de detalle y, existe un gran pendiente en cuanto al análisis de la condición de “servicio público” que le ha concedido la regulación en todos los cuerpos normativos en los que se busca desarrollar su operación, razón por la cual, resulta oportuno abordar dicho tema de manera detallada en el Capítulo a continuación.

Capítulo II:

Contenido del servicio público

La distribución de gas natural por red de ductos es definida desde el primer cuerpo normativo que la previó como un servicio público³³, sin embargo, en ninguna parte de la normativa revisada previamente, el legislador se detiene a hacer un análisis sobre las razones de dicha calificación. Si bien, muy probablemente esta se condiga con la declaración de interés nacional y necesidad pública prevista en la LPDIGN, ésta no sustenta de manera clara la pretensión detrás de la denominación específica.

Dicha ausencia de claridad sobre la calificación de servicio público para este componente de la cadena del gas natural genera la necesidad de hacer un análisis más detallado de esta figura, con la finalidad de entender la categoría en la que se ha enmarcado la distribución de gas natural y las consecuencias de ello.

2.1 Concepto y fundamentos del servicio público en el ordenamiento jurídico peruano

En el ordenamiento jurídico peruano, la concepción generalizada de jerarquía normativa nos hace recurrir a la más alta norma dentro de la legislación a fin de validar en ella, el reconocimiento expreso o, por lo menos, la mención superficial de la categoría objeto del análisis; es así que para el caso del servicio público se identifican ocho menciones expresas, en diferentes artículos y contextos, siendo la mención más relevante para efectos del presente trabajo, el contenido en el artículo 58° de la Constitución Política del Perú, el cual regula los aspectos relacionados al régimen económico y enuncia que “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura” (...). (el subrayado es propio)

Sin embargo, la Constitución no delimita o define que, servicios o actividades caerían dentro del genérico “servicio público”, ni mucho menos dota de contenido la categoría de servicio público a fin de que fuera posible calificar alguna actividad de manera indubitable como tal.

No obstante, atendiendo a su naturaleza política, se refiere a la vinculación que existe entre este concepto general y la figura del Estado, que, para Santistevan de Noriega, el artículo 58° implica una intervención estatal en lo mínimo indispensable, entendiendo el “orienta” como un establecimiento de parámetros, una guía general o una delimitación, más no una actuación protagónica. (Gutierrez, 2005).

³³ Conforme a lo previsto en el artículo 79° de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Conociendo entonces que la Constitución de 1993 prevé una participación del Estado de manera bastante más limitada en lo que a actividad empresarial respecta, vale la pena hacer una revisión de su antecedente inmediato, que, por conocimiento general, sabemos que planteaba una posición bastante más intervencionista, con la finalidad de validar la calificación o atribuciones que la máxima norma otorgó a la categoría de servicio público durante los 14 años previos a la entrada en vigencia de la Constitución del 93.

La Constitución de 1979, en predecible contraposición a la vigente, en su artículo 113° respecto de los Principios Generales del Régimen Económico, previó que “el Estado ejerza su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo”, reservándose para sí mismo ciertas actividades que calificó bajo la máxima de servicios públicos en calidad de prestador, aunque una vez más sin delimitar a lo que se refería por ese enunciado. Es así que, el ya conocido intervencionismo estatal en la actividad empresarial fue sustituida por la participación estatal de carácter orientador y delimitador previamente expuesto en los primeros párrafos de este acápite.

Es así que sin perjuicio de que la *norma normarum* actual no establece una definición sobre el servicio público, si plantea un primer elemento de la categoría que incluso mantiene de su antecesora, la participación del Estado en mayor o menor medida; que por más que pueda sonar relativamente lógico asumir que en toda categoría que contenga la atribución de pública es necesaria la participación del Estado, nos da una primera lectura del concepto que nuestro ordenamiento ha ido adoptando en la marcha.

En similar sentido, si continuamos avanzando en cuerpos normativos de menor relevancia en cuanto a su ámbito de aplicación, vemos que no existen mayores luces o mayor detalle sobre cuál es la definición que el ordenamiento jurídico peruano ha adoptado como propio a la hora de delimitar un servicio público, sino únicamente enunciados declarativos que buscan dotar de relevancia cierta actividad otorgándole el “título” de servicio público o simplemente refiriéndose a dicha actividad como “servicio público de”.

Respecto de esta poca profundización o mera declaración, el profesor Ramón Huapaya en su artículo “Notas sobre el concepto jurídico del Servicio Público en nuestro ordenamiento legal”, hace una muestra bastante ilustrativa de lo que la normativa sectorial plantea para el caso de los principales servicios públicos en nuestro país:

- Ley de Concesiones Eléctricas: Artículo 2°. - Constituyen Servicios Públicos de Electricidad:

- a) El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento y;
- b) La transmisión y distribución de electricidad.

El Servicio Público electricidad es de utilidad pública.

- Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones: Artículo 40°. - Serán considerados servicios públicos de telecomunicaciones aquellos servicios declarados como tal, es en el reglamento de esta ley, que estén a disposición del público en general y cuya utilización se efectúa cambio del pago de una contraprestación. Su prestación será normada por la presente ley y podrá ser reglamentado cuando por las características de servicio y o fuera necesario.

Los servicios portadores serán considerados necesariamente servicios públicos.

- Ley General de Servicios de Saneamiento: Artículo 3°. - Declárese de los servicios de saneamiento (constituidos por la prestación regular de: servicio de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial y disposición sanitaria de excretas, tanto en el ámbito urbano como en el rural - artículo 2° de la Ley 26338) como servicios de necesidad de utilidad pública y de preferente interés nacional, cuya finalidad es proteger la salud de la población y el ambiente.
- Normas del Servicio Postal: Artículo 2°. - Declárese el servicio postal de necesidad de utilidad públicas y de preferente interés social. Su fomento y control corresponde al Estado.

Es así como con los ejemplos planteados por Huapaya, se evidencian cuerpos normativos en los que el legislador únicamente saltó a la calificación de servicio público, sin llevar a cabo un análisis precedente de lo que ello implicaría; siendo que este tipo de situaciones no sea extraño en el ordenamiento peruano, sino la regla general. Dicho salto refiere a que en ciertos casos pueda responder a una necesidad momentánea de dotar de importancia cierto servicio que puede encontrarse en un estadio muy incipiente, requerir especial atención de la ciudadanía o de las entidades gubernamentales con especial injerencia en ella, o inclusive, recubrir de una aparente relevancia por el afán promotor o protector del Estado. (Huapaya, 2011)

En línea con ello, y siendo conscientes que quizás un texto normativo no es la fuente idónea para dotar de contenido un concepto, consideramos útil, a efectos de este trabajo, recurrir a una definición o concepto semántico que puedan acercarse a las impresiones algo vagas que

plantean los cuerpos normativos que tienen por propósito declarar o reafirmar algo como un servicio público.

El concepto de servicio público según la Real Academia de la Lengua Española, es la “actividad llevada a cabo por la Administración o, bajo un cierto control y regulación de esta, por una organización, especializada o no, y destinada a satisfacer necesidades de la colectividad” (Real Academia Española, 2023); concepto en el cual, por más de no ser una definición jurídica en sentido estricto, reconoce el primer elemento que fue también identificado de la lectura de los textos constitucionales peruanos: la presencia de la Administración. Así como que, si optamos por desglosar dicho concepto, nos quedamos con la visión de i) la ejecución de una actividad prestacional, ii) por parte de una organización o la propia Administración, que, para el caso concreto de nuestro ordenamiento, nos deja con una actividad prestacional que el Estado dirige u orienta, en tanto el artículo 58° de la Constitución así lo prevé, y, por último, iii) que está destinado a un colectivo.

En dicho sentido, habiendo identificado estos tres elementos que concurrirían para encontrarnos frente a un servicio público, es también posible a través de estos identificar el fundamento de esta categoría.³⁴

Partiendo de que una actividad prestacional o quien la ejecute, bien sea la Administración Pública o una organización orientada por la Administración no pueden ser un fin en sí mismos, nos permite inferir que el tercer elemento identificado del concepto que momentáneamente estamos adoptando es el que contiene la finalidad o fundamento del mismo, que en este caso es el destino a una colectividad. Es así que es posible considerar que el fundamento del servicio público reside en el destino a un grupo de personas quienes recibirían esta prestación; de modo que, si se retirase este componente del servicio público, nos quedaríamos con una prestación llevada a cabo por una organización o por la Administración, pero sin un receptor, por lo que ésta carecería de utilidad.

En atención a lo expuesto previamente, es pertinente plantear en un análisis inicial de esta categoría, que en el caso del ordenamiento jurídico peruano, si bien no podemos sostener la categoría del servicio público de una definición constitucional o legal, es factible considerar que este se sostiene en un fundamento recaído en la colectividad que requiere o solicita la atención de cierta necesidad a través de la prestación ejecutada por la propia Administración o

³⁴ Autores como los profesores Orlando Vignolo y Víctor Baca afirman que existen hasta 3 acepciones del servicio público, en función a qué tan restrictivo resulta el análisis. Dichas acepciones serán revisadas de manera detallada más adelante en el presente capítulo.

una organización, entendida como un tercero no gubernamental, orientada por ella misma; siendo claro ejemplo de esto las regulaciones sectoriales recogidas líneas arriba.

Por lo tanto, partiendo de que el marco normativo vigente en nuestro país no proporciona una definición unívoca o claramente determinada de lo que los servicios públicos implican, de manera supletoria es necesario remitirnos a otras fuentes del Derecho que por su naturaleza se generan de manera más abundante y se encuentran en constante actualización como lo son la doctrina y la jurisprudencia.

2.1.1 El servicio público en la doctrina nacional y comparada

Si bien el título del presente acápite hace referencia a la doctrina nacional y comparada, en el caso del ordenamiento y la doctrina peruana, resulta bastante complejo hacer un análisis en compartimentos estancos de las propuestas nacionales y aquellas propuestas pensadas en otros ordenamientos, debido a que en su mayoría las teorías que han ido adoptando autores nacionales, resultan de la importación de teorías históricamente aceptadas en ordenamientos distintos al nuestro y “tropicalizadas” en el marco normativo existente o a la realidad propia de nuestro país. En atención a ello, se hará un breve recuento de la doctrina comparada relacionada a los servicios públicos y cuando corresponda, se expondrán también las variaciones que dichos planteamientos puedan haber sufrido para adaptarse al Perú, o la manera en la que los autores nacionales han interpretado las máximas del servicio público.

Como hemos revisado previamente, el fundamento propio del servicio público recae en la colectividad, en el usuario de dicho servicio o en el sujeto que se verá beneficiado por la prestación; por lo que considerando que tanto las sociedades como las personas están en constante cambio, es predecible también que un concepto cuyo fundamento se basa en variables, tenga también un elemento variable que haya ido evolucionando como han evolucionado los requerimientos o necesidades de la colectividad.

Es así que, hablar del servicio público desde una perspectiva del Derecho Administrativo como lo pretende hacer este trabajo, implica necesariamente referirnos a León Duguit: quien, a través de su teoría del servicio público en la Universidad de Burdeos, buscó delimitar lo que a su entender abarcaba el servicio público, aunque desde una perspectiva bastante absoluta sobre su relevancia en este ámbito.

En el contexto de Francia en el siglo XX, Duguit fundamentó la legitimidad del Estado a través de la capacidad y deber de las prestaciones que brindara en favor del pueblo, siendo esta justificación para las potestades atribuidas a la Administración. Es así como este autor, de una manera bastante amplia, plantea que el Derecho Administrativo no es más que el Derecho

de los servicios públicos, que para él resultarían en el objetivo primordial del Estado; siendo estas prestaciones que llevaría a cabo la Administración para las cuales serían necesarias ciertas facultades y prerrogativas. (Esteve Pardo, 2013)

Entonces, en línea con la cuasi total identificación de la actividad de la Administración Pública con una actividad de prestación de servicios calificados como públicos, para Duguit el servicio público fue “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante” (Duguit, 1921); es así que a pesar de que la definición planteada, al propio parecer, resulta bastante comprensiva y de contenido amplio, es una primera aproximación bastante acertada para la Francia del siglo XX, en el que la sociedad reclamaba una atención por parte del Estado que les garantizara ciertas prestaciones básicas y que por ende, atender a estos requerimientos prácticamente se volvían su razón de ser.

Sin embargo, tal como fue mencionado previamente, quizás la definición plasmada por Duguit ante la realidad en la que vio desarrollarse el servicio público abarcó más contenido y más actuación de la Administración Pública que la que debiera haberse considerado para la categoría. Por tanto, como no es extraño en la doctrina jurídica, los teóricos españoles llevan a cabo una revisión de lo planteado por los franceses e incluyen ciertos matices adicionales, limitan el contenido de las categorías y propongan una visión nueva de los conceptos.

En ese sentido, es Jordana de Pozas quien, en un primer momento en su Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo, reconoce que uno de los mecanismos existentes para satisfacer las necesidades generales, entendidas como las necesidades de la colectividad, junto con la legislación, la policía y el fomento, es el servicio público. (Jordana de Pozas, 1949)

En dicho ensayo, si bien Jordana de Pozas tenía por finalidad exponer de manera extensa la actividad de fomento de la administración, delimita de manera bastante clara al servicio público como “una modalidad de la acción administrativa que consiste en satisfacer la necesidad pública de que se trate de una manera directa, por órganos de la propia Administración creado al efecto y con exclusión o en concurrencia con los particulares” (Jordana de Pozas, 1949). De igual manera, reconoce que las necesidades que buscaban ser satisfechas a través de los servicios públicos, no eran actividades que por su naturaleza debieran estar reservadas únicamente a la Administración, sino que estas habían sido históricamente satisfechas por privados; denotando a través de esta última precisión luces de una liberalización

de los servicios públicos planteando que no le son connaturales de manera exclusiva a la actividad de la propia Administración, sino viabilizando, o por lo menos dando la impresión de hacerlo, que dichas prestaciones sean dadas por terceros aunque con una presencia administrativa en mayor o menor medida.

Más tarde es que Villar Palasí en su obra “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”³⁵, retoma la definición planteada por Jordana de Pozas y continúa desmenuzando y haciendo más preciso el concepto de servicio público a través de un análisis de la actividad económica estatal, en primer lugar contraponiendo la teoría absolutista del servicio público de Duguít al indicar que este constituye “aquella actividad administrativa de prestación positiva a través de un servicio técnico, regular y continuo, realizado para y frente al público por organización pública nomine propio o por delegación”, fortaleciendo así también la primera propuesta española al respecto con relación a la posibilidad de que la Administración no asuma en sí misma dichas prestaciones sino que esté en capacidad de delegarlas a un tercero, entendido como un privado. (Villar Palasí, 1950)

En la definición de Villar Palasí es que por primera vez reconocemos una calificación casi enumerativa de características que podrán ser consideradas como “elementos” del servicio público a fin de llevar a cabo una valoración de cuando nos encontramos frente a un servicio público, la existencia de una prestación y la presencia de una administración entendido como un poder público, así como otros añadidos que llamaremos “accesorios” que vendrán a ser la tecnicidad, la regularidad y la continuidad.

Sin perjuicio de ello, este autor continúa delimitando al servicio público a una prestación de bienes inmateriales y reconociendo de manera expresa la necesidad de coincidencia de dos circunstancias, o como él denomina, criterios, para validar la presencia de un servicio público, i) la potestad e intervención administrativa como un único camino para prestar el servicio, y, ii) la existencia de un control y consecuentemente un *ius variandi* de la Administración Pública. (Villar Palasí, 1950)

Es entonces que, a partir de la conjugación de las posturas españolas podemos afirmar que los dos elementos fundamentales que han de coincidir para encontrarnos ante un servicio público, han de ser, i) la existencia de la necesidad de una prestación o un servicio esencial, entendido como un requerimiento propio de la colectividad que ha de ser satisfecho, y, ii) la denominada *publicatio*, entendida como la reserva estatal de una actividad, debiendo entender

³⁵ Para Villar Palasí, no obstante, lo planteado por Jordana de Pozas, el servicio público “ha quedado desbordado por la expansión de la actividad administrativa”, siendo que, una vez más, la propia administración no podría darse abasto para atender todos los requerimientos formulados

esta reserva en un sentido amplio, como la libertad de la administración de cómo proceder respecto a esa reserva. Estas dos características son claramente explicadas en la definición que Martínez Lopez-Muñiz acuña para el servicio público, entendiéndolo como “toda actividad que, por ser considerada como servicio esencial a la Comunidad y considerarse necesario para su efectiva garantía, es reservada por la Ley a la titularidad en exclusiva del poder público, sin perjuicio que su gestión pueda ser encomendada a terceros colaboradores a través de cualesquiera de los modos de gestión indirecta que el ordenamiento conoce”. (Martínez Lopez-Muñiz, 1991)

Asimismo, en línea con lo planteado por los autores previamente expuestos, Gaspar Ariño asocia la figura del servicio público de manera sencilla a una “actividad administrativa prestacional”, lo que necesariamente implica la coincidencia de los elementos identificados por Villar Palasí como por Martínez Lopez-Muñiz; entendido como que es la propia Administración Pública quien asume la prestación de determinado servicio en favor de la colectividad (Ariño, Economía y Estado, 1993).

En la doctrina nacional, como fue advertido al inicio del presente acápite, a partir de las teorías ampliamente discutidas en el continente europeo, autores nacionales importan las mismas y proceden a acotarlas, comentarlas y adaptarlas al ordenamiento jurídico peruano.

En línea con ello, Guzmán Napurí hace una revisión histórica del concepto del servicio público y clasifica la evolución del mismo en tres teorías: la subjetiva, la objetiva y la funcional, esto en función a la naturaleza que se le fue atribuyendo al servicio público desde su origen. (Guzman Napuri, Las teorías existentes sobre el servicio público, 2002)

Su artículo “Las teorías existentes sobre el servicio público” abarca la evolución del concepto de servicio público desde el criterio determinante para su calificación. En primer lugar, denomina teoría subjetiva al primer estadio del concepto planteado por Duguit, en el que el servicio público era prestado de manera directa por la Administración en ejercicio de una función propia, al punto de reducir toda su actividad bajo la categoría de servicio público.

Como hemos visto previamente en otros autores y como también reconoce Guzmán Napurí, esta teoría resulta obsoleta a una realidad distinta a la Francia de inicios del siglo XX, considerando que la actividad administrativa abarca mucho más que solamente la actividad prestacional y la satisfacción directa de las necesidades de la sociedad.

En segundo lugar, propone la teoría objetiva, la cual deja de identificar como criterio de su naturaleza al titular de la prestación del servicio público, sino pone el foco de manera directa en lo que busca atender la prestación misma. En ese sentido, serían servicios públicos “aquellas

actividades que resulten indispensables para la colectividad al nivel de necesidades primordiales”. (Guzman Napuri, Las teorías existentes sobre el servicio público, 2002)

Sin perjuicio de que el dejar de asociar el prestador del servicio como diferencial para la determinación de una prestación implica un avance, se mantiene la cualidad de que la titularidad permanece en manos del Estado; entendiendo que como sigue siendo una necesidad general la que busca ser atendida, el consecuente encargado de satisfacerla debe ser la Administración Pública, por más que ésta se sirva de un particular para dar efectivamente las prestaciones.

Por último, este autor reconoce una tercera teoría a la que denomina funcional, a través de la cual se opone a lo indicado tanto por la teoría subjetiva como objetiva, abandonando el supuesto en el que se asocia que toda aquella prestación que el Estado ejecute será calificada como servicio público, como que existen prestaciones que nace con el atributo de servicio público por su “manera de ser”³⁶.

Por su parte, sostiene que esta teoría delimita al servicio público basándose en dos componentes: una declaración, concordante con la postura de autores españoles, también llamada *publicatio* y un interés particular de satisfacer la necesidad identificada en mayor o menor medida.

También en el plano nacional, el profesor Victor Baca lleva a cabo una revisión de la doctrina española centrándose en la obra del recientemente desaparecido profesor Gaspar Ariño y desarrolla la figura objeto del presente trabajo, adecuándola a la realidad nacional. En ese sentido, inicialmente para Baca, el servicio público se caracterizaría por ser una actividad de titularidad administrativa de prestación al público de manera continua y regular brindada en igualdad, a la cual se le aplica el régimen de derecho público y que cuenta con una garantía de adaptabilidad. (Baca, Lección Vigésimo Primera: La Actividad de la Administración (III) La empresa pública y el servicio público, 2008)

Sin perjuicio de ello, Baca sostiene que quedarnos estancados en la estructura de la titularidad del servicio público en manos de la Administración implicaría una negación de las características propias de la sociedad actual, en tanto ya no se le puede atribuir la obligación exclusiva y excluyente de satisfacer las necesidades de la sociedad únicamente al Estado; sino que por el contrario, existe también la posibilidad de que sean los mismos individuos quienes tengan a bien satisfacer sus necesidades de manera autónoma o a través de otros privados.

³⁶ Debiendo entender “manera de ser” como la importancia o relevancia que recubre determinada prestación o actividad en virtud del nivel de necesidad que ésta irradia sobre determinado colectivo.

En dicho sentido, la “obligación” históricamente impuesta al Estado de atender de manera directa todos los requerimientos que puedan surgir de la colectividad han quedado obsoletos, trascendiendo así la rancia titularidad estatal de las prestaciones y la gestión únicamente por delegación, y migrando a una posición en la que no existe una responsabilidad exclusiva por parte de la Administración de atender las necesidades. No obstante, partiendo de que es inviable afirmar una igualdad de condiciones entre la Administración Pública y los privados, inferimos que no son equiparables las posiciones en las que éstos pueden satisfacer las necesidades de la colectividad, sin embargo, esta inicial carga de “responsable” recaída en el Estado, evolucionaría a la figura de un garante.

Sin perjuicio de ello, si bien tanto Baca como Ariño afirman que seguir intentando calzar en la sociedad actual una figura prevista para un estadio previo en el que el Estado debía ser considerado como el único capaz de satisfacer las necesidades colectivas resulta estirar sumamente el concepto y reducir de manera considerable la realidad y la capacidad de los privados; no podemos afirmar de manera tajante que tanto la regulación en nuestro país como el criterio del colectivo haya trascendido al punto de asumir su propia responsabilidad en la satisfacción de sus necesidades.

Es así que, si bien teóricamente deberíamos haber asimilado que el concepto clásico de servicio público queda chico para la realidad actual, veremos más adelante que tanto la regulación como los conceptos que se han tomado en cuenta para esta en nuestro ordenamiento jurídico, no adoptan el concepto de clásico de servicio público, cayendo inclusive en el error de denominar algo servicio público y luego proceder a regularlo utilizando una figura distinta.

Por lo tanto, al haber evolucionado la figura del servicio público, para Baca es necesario afirmar que en tanto se ha abandonado el núcleo duro del servicio público, entendido como la reserva que se hacía el Estado de una misma prestación y que en el caso de una actuación por delegación implicaba más de una restricción para el privado que aceptaba gestionar la misma, es adecuado migrar a una nueva figura que reconozca particularidades como lo es la renuncia a la titularidad estatal, una renuncia constitucionalmente prevista y que cualquier disposición en contrario, y que por tanto tenga por propósito reservarse algún sector o subsector resultaría a en una de tipo inconstitucional y contrario al espíritu de una Constitución liberalizadora y de respeto de las libertades económicas. (Vignolo Cueva, 2019)

En ese contexto, tanto Baca y Vignolo, así como otros autores españoles revisados en los párrafos precedentes, recurrirán a otras definiciones como el servicio de interés general, el

servicio esencial y el servicio universal para explicar este nuevo fenómeno, las cuales revisaremos de manera general más adelante.

2.1.2 El servicio público en la jurisprudencia peruana

Tal como hemos podido revisar en el caso de la doctrina, no existe un concepto unívoco del servicio público, lo que genera que nos encontremos ante diversidad de interpretaciones del significado de esta categoría; algunas efectivamente recurriendo a conceptos jurídicos y basados en el contenido de la prestación, mientras que en otros casos, haciendo una construcción algo forzada de la misma llegando hasta a deformar la figura dejando de lado los elementos generalmente aceptados para identificar al servicio público en sentido estricto³⁷.

Es así que encontrándonos frente a un vacío normativo para dicha noción y habiendo hecho ya un repaso por diversos autores con la finalidad de tener una visión más clara de lo que entiende nuestro ordenamiento por servicio público, recurrimos a la jurisprudencia para seguir recogiendo luces sobre la amplitud de este concepto y posterior a ello construir el análisis que nos atañe para el presente trabajo de investigación.

En dicho sentido, de una revisión de la jurisprudencia relevante en materia de servicios públicos, encontramos un listado amplio de sentencias y resoluciones que en el análisis de las causas llevan atada una evaluación del servicio público. Sin perjuicio de ello, la gran mayoría de estas recae primordialmente en los llamados servicios públicos sociales, los cuales responden a necesidades humanas vitales, y que, por ende, salvaguardan los derechos humanos fundamentales y la dignidad humana como lo pueden ser los servicios sanitarios o la educación. (Bartolome Navarro, 2009)

Por dicho motivo, el análisis en este acápite se reducirá a la evaluación de una sentencia del Tribunal Constitucional que se refirió al “servicio público” de transporte, en el cual, los magistrados optaron por no solo referirse a la constitucionalidad de la norma que se cuestionaba a través de una acción de inconstitucionalidad, sino evaluar el trasfondo de la prestación de transporte al punto de encuadrarla en una figura como el servicio público.

- La Resolución del 15 de febrero de 2005 recaída sobre el Expediente 034-2004-AI ante la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Luis Nicanor Maraví Arias en representación de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley N° 26271:

³⁷ Dos elementos previamente mencionados cuando se evaluó la posición de autores españoles y nacionales: i) reserva de la Administración sobre su titularidad también conocida como *publicatio* y, ii) la existencia de la necesidad de una prestación o un servicio esencial.

La presente sentencia también conocida coloquialmente como “la sentencia del medio pasaje” y que ha sido ampliamente revisada y analizada tanto por estudiosos del derecho administrativo como constitucional, es probablemente el documento jurisprudencial más relevante en materia de servicios públicos en nuestro país.

Esta relevancia que la caracteriza no es solo porque es la Resolución más antigua que delimita a través de una lista taxativa de elementos los requisitos del servicio público en nuestro ordenamiento³⁸, al entender del Tribunal Constitucional; sino que fue, y aún es, referente de dicha figura en nuestro país, siendo que muchas de las sentencias siguientes que han tocado el tema, han tomado como concepto indubitable el esbozado en dicha resolución.

Es así que, el Tribunal Constitucional en el fundamento N° 40 de su Resolución procede a indicar que, “es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

- Su naturaleza esencial para la comunidad
- La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo
- Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad
- La necesidad de que su acceso se de en condiciones de igualdad.”

Y, habiendo dado cuatro elementos que para sí, han de confluír para encontrarnos ante un servicio público, hace una precisión en negativo en el fundamento siguiente, indicando que “lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad del servicio sino la obligación de garantizar la prestación del servicio”, lo que complementa precisando como cierre de la idea en dicho párrafo, que “en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado”. (STC 034-2004-AI, 2005)

En línea con ello, es preciso indicar que el Tribunal ha optado por apartarse del concepto clásico del servicio público, y no solo ello, sino incluso, por lo previsto en el Fundamento 41,

³⁸ Debiendo precisar que este listado es dado bajo el entendimiento de que constituye un servicio público para el Tribunal Constitucional compuesto por los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Latirigoyen, Gonzales Tejada, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo. Siendo necesario acotar que, si bien se trata de una innovación jurisprudencial para el año 2005, quizás ésta evidencia una vez más la diversidad de opiniones que recaen sobre el concepto de servicio público, así como de la coexistencia de este con otras figuras como el servicio esencial y el servicio universal.

negar el elemento sustancial de esta acepción al precisar que no es fundamental la titularidad del servicio en manos de la Administración, sino abriendo el espectro, y dando la impresión de que equipara la titularidad del servicio con la gestión de la prestación por parte de la Administración o de un privado. (Ochoa Cardich, 2013)

Es así que, a partir de la lectura de dicha sentencia, resulta confuso determinar a qué categoría hace referencia el Tribunal Constitucional cuando se refiere a “servicio público”³⁹, dado que como hemos revisado en el párrafo anterior, desecha la *publicatio* como elemento, lo cual resulta pertinente considerando las disposiciones constitucionales, pero recurre a características de la prestación como lo son la regularidad, continuidad y condiciones de igualdad para su acceso, que no necesariamente son cualidades que responden a la naturaleza del servicio público.

Es así que, el Tribunal Constitucional cuando desarrolla su posición, describe una categoría jurídica de características muy específicas, en línea con ello, delimita las prestaciones comprendidas por esta como esenciales, de necesaria continuidad, regularidad y de acceso en igualdad de condiciones; sin embargo, al momento de nombrar dicha categoría, no se condice con las característica que ha desarrollado ampliamente, sino que por el contrario, vuelve a una categoría precedente y de naturaleza distinta de manera equívoca, cuando por el desarrollo que realiza queda evidenciado que nos encontramos ante una nueva categoría de la actividad prestacional.

Esta situación conlleva a una seria confusión conceptual de lo que el ordenamiento entiende por servicio público, en tanto como se mencionó previamente es ésta Resolución la que dota de contenido a la categoría de servicio público en el ordenamiento peruano a partir del año 2005 y que por ende, implica que el ordenamiento jurídico peruano comete un error al calificar algo como servicio público bajo el entendimiento de la Sentencia del medio pasaje, en tanto lo ahí descrito no es realmente la categoría de servicio público.

2.2 Evoluciones del servicio público: el servicio esencial, el servicio de interés general y el servicio universal

Habiendo revisado las principales fuentes en el ordenamiento jurídico peruano sobre un concepto tan complejo como lo puede llegar a ser el servicio público, y habiendo también comprendido que dichas fuentes no van en el mismo sentido cuando de definirlo se trata (al punto que, en casos como la Sentencia del medio pasaje, se plantea “a” cuando se le atribuyen

³⁹ Entre comillas para diferenciar que por más que ese es el título otorgado por la sentencia, de la doctrina ampliamente revisada previamente, es posible identificar que ha retirado el núcleo de la figura del servicio público al precisar que es indiferente la titularidad para efectos de su determinación.

características y elementos de “b”), vale la pena volver en los conceptos y recurrir a otras figuras que de manera general se han denominado, para efectos del presente acápite, “evoluciones” del servicio público; no significando necesariamente la muerte de uno para el nacimiento del otro, sino pudiendo hablar de una coexistencia temporal de las figuras y así, caracterizarlas de mejor manera para su uso oportuno dependiendo de la prestación que se busque delimitar.

Esta clasificación cuartipartita⁴⁰ se originará en lo conceptual, en tanto su diferenciación se da principalmente en el plano de la doctrina jurídica, para más adelante, analizar la adecuación de las categorías en nuestro ordenamiento para que tanto la categoría como su regulación, no presenten disimilitudes.

En línea con lo señalado por Baca en el acápite referente al análisis del concepto de servicio público en la doctrina nacional y comparada, podemos afirmar que este se encuentra desbordado por la realidad y que, suponer que la única forma de satisfacer una necesidad colectiva de especial interés es reservando de manera exclusiva su titularidad a la Administración y que ésta únicamente pueda prestarla por sí misma o mediante terceros a través de una concesión con características particulares, resulta irreal para un contexto en el que la actuación de la Administración se caracteriza por ser subsidiaria y cuya máxima norma dispone que dicha actuación se maneje dentro de parámetros en los que su intervención se de en situaciones en las que sea indispensable, por tanto, siendo inconcebible la reserva de determinadas actividades a su favor.

2.2.1 El servicio público en su concepción clásica

Si bien esta primera categoría que ya fue revisada previamente cuando se hizo un análisis del concepto de servicio público, consideramos importante volver brevemente y reiterar una breve definición que permita en el presente acápite hacer una comparación con las demás categorías que recorreremos.

Para dicho propósito adoptaremos la postura de Baca, que es a su vez de la acotación, evaluación, revisión y adecuación al ordenamiento jurídico peruano de las posturas de Gaspar Ariño y sus antecesores tomando en consideración otra categoría que revisaremos a continuación, pero que a fin de acuñar una definición sólida para el servicio público en sentido clásico será de utilidad, en tanto para Baca el servicio público en su concepción clásica es “el servicio esencial que el Estado se ha reservado su titularidad, por tanto, solo pueden prestarlo los particulares en un régimen de concesión, caracterizado por los poderes de intervención de

⁴⁰ Para el presente capítulo identificaremos cuatro categorías: i) la de servicio público en su concepción clásica, ii) servicio esencial, iii) servicio de interés general y iv) servicio universal.

aquel sobre estos.” (Baca, Lección Vigésimo Primera: La Actividad de la Administración (III) La empresa pública y el servicio público, 2008)

Es así que nuevamente nos encontramos en la posición de poder identificar de manera clara que el eje sobre el cual gira dicha definición se encuentra en el Estado, siendo que si despojamos del préstamo de otras categorías que revisaremos a continuación y nos quedamos con un elemento diferenciador, el foco recaería en definitiva sobre la reserva de la titularidad estatal, siendo esa reserva poco realista y en definitiva contraria al Estado de la Constitución del '93 y para una sociedad del siglo XXI.

2.2.2 El servicio esencial

Esta segunda categoría de la cual toma Baca prestada la base para su definición de servicio público revisado líneas arriba, puede ser tomada en consideración desde la perspectiva Martínez Lopez-Muñiz, de quien podemos recoger que el servicio esencial, en los términos del Tribunal Constitucional español, son “actividades prestacionales a los ciudadanos de carácter vital o básico para la satisfacción o el ejercicio de los derechos fundamentales y el consiguiente desarrollo de una vida digna (...) por ello, no pueden dejar de tener un destino universal y ser efectivamente accesibles a todos en condiciones básicas de igualdad, asegurándose su suficiente regularidad y continuidad, bajo unos patrones de calidad determinados, con adaptación progresiva a la evolución técnica y a los cambios sociales”. (Martínez Lopez-Muñiz, 1999)

Complementando, hace la atinencia que por más que se trate de servicios estrechamente vinculados a la satisfacción de los intereses y necesidades de los ciudadanos, esto no es un argumento para que su gestión esté exclusivamente en manos públicas, sino que en los supuestos en los que los particulares estén en capacidad de satisfacer fehacientemente dichos requerimientos, debe darse de esa manera.

Esta propuesta de lectura del servicio esencial, en el que se prescinde del titular del servicio como del gestor de la prestación, en la doctrina nacional es sostenida también por el profesor Victor Baca, quien inclusive, en el capítulo “Servicio Público, servicio esencial y servicio universal en el derecho peruano”, desliza la posibilidad de que cuando la Sentencia del medio pasaje procedió a detallar los elementos del servicio público, este pudo sin querer, definir al servicio esencial incluyendo los detalles como el abandono de la reserva de la titularidad a la Administración, tal como lo hizo el Tribunal Constitucional peruano en el fundamento 41 de dicha Sentencia, transcrito párrafos arriba.

En línea con ello, la acepción de la categoría no recae sobre un sujeto, sino aparenta ser una definición bastante más objetiva, en el sentido que la característica del servicio esencial no

se delimita en función a quien lo presta o a quien ostenta su titularidad, sino en función a la naturaleza del servicio en sí, en las características que este debe contener y en la importancia de este para sus receptores.

Es así que, inclusive habiendo encausado a un servicio como de tipo esencial por las características que este congrega, es posible ahondar aún más dicha categoría en función a las atribuciones que positivamente el regulador busque atribuirle a fin de garantizar su efectiva prestación, tal como plantea Vignolo al referirse a la posibilidad de subdividir tripartitamente al servicio esencial, en función a la intensidad en la que los principios constitucionales de responsabilidad social y subsidiariedad sean considerados, dividiendo así al servicio esencial en:

- i) *Servicios esenciales de mercado puro*, refiriéndose a aquellos servicios cuya estructuración está prevista sin la necesidad de una iniciativa pública que llene vacíos, sino que su concepción originaria se caracterice por priorización de la inversión privada y una “arrinconamiento” de la participación pública empresarial por su necesidad ser inexistente.
- ii) *Servicios esenciales de mercado de doble iniciativa*, servicios que a pesar de esperar una afluencia de empresas privadas para la satisfacción de los en una menor medida, prevén participación del Estado en la iniciativa empresarial que compite en el mercado con la iniciativa privada, como por ejemplo los servicios previstos en el subsector eléctrico.
- iii) *Servicios esenciales compartidos*, servicios que, dentro del marco de las restricciones constitucionales, admiten la iniciativa empresarial pública a efectos de satisfacer necesidad de tipo asistenciales. Para Vignolo, implican la conjunción de los principios de subsidiariedad social y la responsabilidad pública que resultan aliciente para la participación del Estado en el mercado a fin de satisfacer determinados requerimientos que resultarían impostergables. (Vignolo Cueva, 2019)

2.2.3 El servicio de interés general

Para efectos de esta breve conceptualización, nos referiremos a “los servicios de interés económico general” y a “los servicios de interés general” en el mismo sentido, en tanto en lo que concierne al presente trabajo de investigación, éstos responderán a un antecedente de los conceptos que se vienen desarrollando, y en tanto los servicios de interés general que carezcan de contenido económico, no son imprescindibles para el análisis propuesto.

Para ello, Kresalja y Ochoa citando a Zegarra plantean que estos servicios devienen de la evolución de los conceptos de derecho comunitario de la Unión Europea, planteando que estos son “actividades públicas o privadas que pueden abarcar servicios bajo el mercado o no, que tienen a su cargo misiones de interés general. En consecuencia, deben responder a principios de continuidad, universalidad e igualdad de acceso y transparencia y que en razón de ello están sometidos a obligaciones de servicio público (...)”. (Kresalja Rosello & Ochoa Cardich, 2012)

Es así que para Martínez López-Muñiz, estos servicios de interés económico general, coinciden con los servicios esenciales, haciendo la precisión que estos cuentan con carácter económico prestacional, dejando fuera a las necesidades de tipo social. (Martínez López-Muñiz, 1999)

En la misma línea, Laguna de Paz delimita al servicio de interés general como servicios que atienden necesidades esenciales de los ciudadanos, siendo que sus prestaciones son el soporte para otras actividades productivas; confirmando así lo indicado por Martínez López-Muñiz al identificar a los servicios esenciales con esta categoría que en teoría le sucede temporalmente.

El servicio de interés general, muy propio del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, en similar sentido que el servicio esencial, retira el contenido de la titularidad y del gestor, y en línea con el propio nombre de la categoría recae exclusivamente en la naturaleza del servicio, en favor de una colectividad de quien es interés la garantía de su prestación.

En línea con ello, Cairampoma citando a diversos autores como Sánchez Rodríguez y Carlon, precisa que el servicio de interés general se encuentra busca garantizar mediante determinadas obligaciones la satisfacción de requerimientos propios de la colectividad en salvaguarda de un interés general, como bien lo precisa el nombre de la categoría. (Cairampoma, 2012)

2.2.4 El servicio universal

La cuarta categoría a ser revisada es el servicio universal, cuyo concepto para Baca, no es más que “el paso de un sistema basado en la titularidad pública de un sector de la actividad, al cual los particulares solo pueden acceder por vía de la concesión, a un sistema presidido por la libertad de empresa, con determinadas obligaciones o cargas de servicio universal, denominadas ‘obligaciones de servicio público’”. (Baca, 2008)

Es así que, identifica el concepto de servicio universal con una triple caracterización de i) universalidad, ii) accesibilidad y, iii) continuidad, que, si se intenta buscar la similitud con

las características comúnmente atribuidas al servicio esencial, es posible encontrar su coincidencia, siendo el criterio esencialmente diferenciador con este, es quizás la relevancia que se le atribuye al carácter universal de las mismas. Asimismo, es posible también reconocer ciertas similitudes con el tradicional servicio público, aunque extrayendo de sí el carácter subjetivo que reducía las prestaciones a una satisfacción en manos estatales, a uno que se centra en la objetividad de la prestación. En ese sentido, mientras que el servicio público pretende un Estado que satisface las necesidades por sí mismo o por delegación, el servicio universal se apoya en el Estado, pero plantea la concurrencia de los privados en la satisfacción de las necesidades y la ejecución de las prestaciones. (Baca, 2008)

Por su parte, Martínez López-Muñoz plantea que el servicio universal es “un conjunto de determinadas prestaciones esenciales específicas de determinada calidad en las que debe garantizarse el acceso a todos a un precio asequible”, que, desde su perspectiva, es nuevamente el servicio esencial con un cariz de universalidad que se justifica en la propia esencialidad de la prestación a tal grado que es crucial permitir a todos su uso efectivo bajo condiciones de igualdad. (Martínez López-Muñoz, 1999)

Dicho interés en que el servicio esté dotado con un carácter universal, debiendo este ser entendido como un acceso amplificado para todo aquél que lo pueda requerir, como bien precisa Baca implica la existencia de cargas u obligaciones, denominadas “obligaciones de servicio público”. (Baca, Lección Vigésimo Primera: La Actividad de la Administración (III) La Empresa Pública y el Servicio Público, 2008)

Para Cairampoma, utilizando la definición planteada por el Libro Verde sobre los servicios de interés general, las obligaciones de servicio público corresponden a “las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público. (...)” (Cairampoma, 2012)

En ese sentido, el servicio universal se sirve de las obligaciones de servicio público a través de la imposición de obligaciones adicionales al prestador del servicio para garantizar su universalidad; sin embargo, no resulta claro que la presente categoría sea *per se* una de distintas características a la del servicio esencial, o si únicamente resulta un servicio esencial con mayor estrictez en su regulación, de cara al aseguramiento de la universalidad de las prestaciones.

Es así que, habiendo revisado las categorías previamente expuestas es posible reconocer que quizás el forzar determinada categoría a fin de revestir de importancia a determinada prestación podría resultar en un despropósito, siendo que se terminaría por confundir sus

naturales características, con un régimen o unas exigencias que ya no le son propias o que, en última instancia, no se adecúan a la realidad que busca atender su definición.

En función a ello, es que resulta importante hacer una revisión más detallada del caso del denominado servicio público de gas natural, a fin de reconocer en sí las características que podrían atribuirle esa categoría, o en todo caso evaluar la posibilidad de su migración a una categoría distinta a la que se le ha otorgado a fin de hacer más eficiente y apropiada su prestación.



Capítulo III:

Adecuación del servicio de gas natural a las categorías de la actividad prestacional existentes: más allá del reconocimiento “nominal”

Cuando hacemos referencia a un reconocimiento nominal hablamos de una suerte de reconocimiento superficial, más de forma que de fondo y que por tanto no es producto de un análisis detallado de la causa que atribuye se le denomine de tal manera. En el caso del servicio de gas natural, hablar de un reconocimiento nominal implica únicamente y de manera facilista referirnos a lo planteado por el artículo 79° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y con ello asumir que tal como dicha norma lo plantea, la distribución de gas natural a través de ductos, o servicio de gas natural, es propiamente un servicio público: porque así lo manda la ley.

Sin embargo, resultaría superficial y vago asumir que nos encontramos ante un servicio público únicamente porque una norma así lo declara y no por lo que sustancialmente un servicio de esta naturaleza implica. Por ende, consideramos pertinente adentrarse en el fondo del servicio objeto de estudio y con ello validar la existencia de un servicio público *per se* o, por el contrario, identificar si nos encontramos ante un servicio público nominal.

Como hemos repasado en el capítulo previo, el concepto de servicio público habitualmente se considera un concepto polisémico, y que, por ende, dependiendo del autor el contenido o concepción del mismo, puede variar. Sin perjuicio de ello, hemos logrado esbozar un concepto de servicio público en sentido estricto, recogiendo los conceptos de Baca y Ariño; así como también un servicio público jurisprudencial “a la peruana”, en tanto es a partir de la sentencia más relevante en la materia por parte del Tribunal Constitucional, que se empieza a dotar de contenido la categoría y que por ende, es hito relevante en la materia en nuestro país, por más que esta concepción diste o sustraiga ciertas características de lo clásicamente entendido como servicio público.

3.1 La actual prestación del servicio de gas natural bajo los términos de la sentencia No. 0034-2004-AI

Como bien hemos identificado de manera preliminar en el subacápite que tuvo por propósito revisar la jurisprudencia en materia de servicios públicos, no es hasta el año 2005 en la denominada sentencia de medio pasaje que se delimita de manera clara lo que nuestro ordenamiento entenderá, en su propia acepción, por servicio público.

Es así que, reconoce cuatro características que concurrirán para confirmar la categoría como tal:

- Su naturaleza esencial para la comunidad
- La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo
- Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad
- La necesidad de que su acceso se de en condiciones de igualdad.⁴¹ (STC 034-2004-AI, 2005)

En atención a ello, analizaremos la adecuación de la situación actual del servicio de gas natural y su regulación a cada una de las características recogidas por parte de la sentencia líneas arriba, pudiendo así cerciorarnos de la existencia en el caso de este servicio de, por lo menos, un servicio público a la peruana.

3.1.1 El servicio de gas natural y su naturaleza esencial para la comunidad

La primera característica de la sentencia del medio pasaje, recae en la esencialidad. Para la Real Academia Española el término esencial remite a la caracterización de un elemento “sustancial o principal”⁴²; implicando así que, en el caso del servicio de gas natural, significa que este sea sustancial o principal para la comunidad. (Real Academia Española, 2023)

Sin embargo, para hablar de la esencialidad de determinado servicio es necesario evaluar las circunstancias en las que este transcurre. Como bien se ha mencionado previamente en el presente trabajo y también como lo plantean autores como Zegarra Valdivia, la esencialidad es un componente sumamente variable, que se encuentra condicionado a la comunidad que le da esta calificación.

Siendo así que, la esencialidad de determinada prestación será calificada como tal, cuando sea la propia comunidad la que lo dote de ese atributo. Claro ejemplo de esta situación es la constante evolución de los mecanismos y formas de comunicación; lo que en determinado momento puede ser considerado el medio de comunicación por excelencia y su indispensabilidad para el desarrollo de las sociedades y la interconexión de estas, rápidamente puede ser sustituido por uno nuevo y ser vaciado de todo el contenido que lo consideraba indispensable.

Entonces, sin perjuicio de que la esencialidad en el sentido previamente expuesto responda a una realidad fáctica en función al requerimiento o importancia que determinada

⁴¹ Fundamento 40 de la Sentencia 034-2004-AI, también conocido como la Sentencia del Medio Pasaje.

⁴² La Real Academia Española determina al término esencial como adjetivo, haciendo recaer determinadas características sobre un sustantivo principal; para el caso del servicio público, implica que se trate de un servicio sustancial o principal.

sociedad le pueda dar, existen mecanismos jurídicos que emplea la Administración para “encausar” dicha esencialidad y revestirla de cierta estabilidad.

Ejemplo de la situación previamente mencionada y con respecto al servicio de gas natural, es la precisión hecha por el artículo 3° de la LPDIGN⁴³ al declarar como de interés nacional y de necesidad pública la distribución de gas natural por red de ductos; lo cual en sí mismo es únicamente una norma declarativa, que reconoce una situación, pero que por sí mismo no trasciende a que implicará dicha declaración.

No obstante, esta interpretación de poca trascendencia tendría sentido si se hace una lectura aislada de este artículo, sin embargo, de una lectura conjunta con el resto de la Ley, así como de una evaluación de las circunstancias de su promulgación (revisada en el Capítulo Primero), es posible caer en cuenta que supone el reconocimiento a determinada actividad que de implementarse podría generar un beneficio comunitario.

En dicho sentido, es relevante tanto para la comunidad, como para la Administración, la mejora en la matriz energética, la migración a una fuente de generación eléctrica más confiable y económica, motivo por el cual, más allá de únicamente dejar en manos de la comunidad el análisis sobre que tan provechoso puede ser determinado servicio, la Administración, a través de una norma, “solidifica” dicha esencialidad.

Sin perjuicio de ello, este mecanismo de “esencialización normativa”, como el identificado para el servicio de gas natural, hace necesario cuestionar otro aspecto: ¿la esencialidad para la comunidad es inherente a la prestación?, o ¿es la Administración quien determina la esencialidad de esta?

Al propio parecer, la respuesta a este cuestionamiento no es un tema indiscutible o evidente, sino que admite la subdivisión de lo que implica que determinada prestación sea considerada como esencial, y, por ende, sobre quien recae el reconocimiento de la esencialidad.

Con ello nos referimos a que es la sociedad quien busca satisfacer sus necesidades a través de prestaciones, y que, ante dicho requerimiento, en un importante número de casos, el privado no está en capacidad de establecer el marco para viabilizar la satisfacción de dichas necesidades. Lo previamente señalado, no debe ser comprendido como que es obligación de la Administración satisfacerlas en su totalidad, sino, como que la Administración está en “mejor

⁴³ Artículo 3°. - Declaratoria de necesidad pública

Declárese de interés nacional y necesidad pública, el fomento y desarrollo de la industria del gas natural, que comprende la explotación de los yacimientos de gas, el desarrollo de la infraestructura de transporte de gas y condensados; la distribución de gas natural por red de ductos; y lo usos industriales en el país. (el subrayado es propio)

capacidad” de establecer el marco normativo para que cierta prestación que puede ser considerada como esencial para la comunidad, pueda materializarse.

Tan es ello así, que la propia sentencia del medio pasaje en fundamentos previos al que lista los elementos del servicio público “a la peruana”, indica también que si bien, “nuestro texto Constitucional no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales [servicio público], es innegable para este Tribunal que la voluntad del constituyente fue observar y encomendar al Estado, una tarea de especial promoción y resguardo en estos casos”⁴⁴. (STC 034-2004-AI, 2005)

Es así que, dicha “esencialización normativa” no es una calificación determinante por parte del Estado, sino el cumplimiento de “una tarea de especial promoción y resguardo”, a fin de que las prestaciones requeridas por la sociedad para su desarrollo puedan llevarse a cabo y cumplir con la satisfacción de las necesidades. De ese modo, la emisión de una norma que tenga por propósito resaltar la característica de esencial o atribuir esta relevancia a la prestación, no es más que la declaración y viabilización de la misma; y, por ende, hacer un reconocimiento normativo, de lo fácticamente existente, y no como una elección e imposición de lo que el poder público reconoce como esencial.

Por lo previamente expuesto, es posible afirmar que el artículo 3° de la LPDIGN, constituye únicamente el reconocimiento normativo de una realidad fáctica que le precede. Es decir, este artículo cumple con la exclusiva función de declarar como esencial al servicio público de gas natural, prestación que como bien ha sido expuesta previamente, en sí misma constituye un elemento relevante para el desarrollo de la sociedad, no obstante, resulta quizás excesivo equiparar la esencialidad con la indispensabilidad, de modo que si bien el gas natural resulta un recurso de importantes características para el desarrollo, no resulta un recurso indispensable para el desarrollo de la sociedad considerando otras fuentes energéticas operativas actualmente.

Es así que, no obstante, lo previamente indicado en atención a la priorización que ha optado por darle la Administración a este servicio por sus favorables características, es viable afirmar que el servicio de distribución de gas natural a través de ductos cumple con la característica de naturaleza esencial para la comunidad prevista en la noción de servicio público de la Sentencia del medio pasaje, considerando su potencial para la mejora de las condiciones de subsistencia.

3.1.2 El servicio de gas natural y la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo

⁴⁴ Fundamento 37 de la Resolución recaída sobre el Expediente 0034-2004-AI, Sentencia del medio pasaje.

La segunda característica reconocida por la sentencia del Tribunal Constitucional recae en la prestación continua en el tiempo. Dicha característica podemos entenderla desde dos perspectivas: i) continuidad como ininterrupción en un mismo parámetro temporal, o, ii) continuidad como tendencia a la perpetuidad, que no se trate de una prestación limitada a un acotado plazo de tiempo.

A diferencia de la característica de la esencialidad revisada previamente, a nuestro parecer, esta característica resulta ser algo más elaborada; en tanto no sienta sus bases en una percepción social de las características, sino a la estructura que recubre la prestación desde un punto de vista regulatorio, a fin de garantizar la continuidad de su prestación en el tiempo.

Es así que, sin perjuicio de las dos perspectivas que pueden ser consideradas, haremos un análisis de la regulación existente para ambas acepciones, a fin de poder identificar si efectivamente se trata de una prestación continua en el tiempo.

Por tanto, si nos referimos a una continuidad como ininterrupción, la primera fuente a la que recurriremos para verificar su inclusión normativa será el RDGN, específicamente al artículo 42°, que tiene por propósito citar las obligaciones del concesionario. Dentro de las 14 obligaciones que dicho Reglamento le atribuye al titular de la concesión, el legislador le ha impuesto obligaciones relacionadas a la manera en la que prestará el servicio, siendo las pertinentes a la prestación ininterrumpida específicamente dos.

En primer lugar, la obligación prevista en el inciso d), establece que es obligación del Concesionario de “conservar y mantener el Sistema de Distribución, en condiciones adecuadas para su operación eficiente, garantizando la calidad, continuidad y oportunidad del servicio según las condiciones que fije el Contrato y las normas técnicas pertinentes. (...)”. (Ministerio de Energía y Minas, 2008) Dicha obligación atribuye entonces al concesionario la responsabilidad de garantizar y efectivamente proveer a los usuarios el gas natural en el punto contratado para su entrega a través de la red de ductos.

En el mismo sentido, respecto del otro artículo que dispone sobre esta continuidad podemos afirmar que resulta el antecedente al inciso d) previamente indicado; no solo por la secuencia normal de los incisos, si no por lo que regula específicamente. Es así que, el inciso c) plantea la obligación del concesionario de “tener contratos vigentes con Productores que le garanticen su requerimiento de Gas Natural por los siguientes veinticuatro (24) meses como mínimo. (...)”; siendo que dicha obligación, tiene por finalidad asegurar un origen al recurso que el concesionario distribuirá. (Ministerio de Energía y Minas, 2008)

Es así que, el legislador a través de dos obligaciones recaídas sobre el encargado de la prestación del servicio garantiza su ininterrupción; siendo la primera de ellas asegurar la fuente de la cual el concesionario obtendrá el recurso objeto del servicio, como en segundo lugar, estableciendo la obligación contractual de entregar el recurso de manera continua.

Respecto de la segunda acepción a la que puede hacer referencia la continuidad prevista en la sentencia del Tribunal Constitucional, como tendencia a una prestación duradera en el tiempo y no únicamente a un corto periodo de tiempo, quizás no es tan evidente y literal en la regulación como si lo puede ser el caso de la continuidad entendida como ininterrupción, motivo por el cual es necesario revisar diversos artículos del RDGN que nos permitan entender esta situación, como también hacer un análisis conceptual de los mecanismos utilizados para otorgar la concesión⁴⁵, el procedimiento previsto, entre otros aspectos, que puedan coadyuvar a evidenciar el interés de la Administración por obtener una continuidad como duración en el tiempo.

En primer lugar, si a la duración en el tiempo de la prestación se hace referencia, debemos necesariamente recurrir al artículo 10^{o46} del Reglamento, el cual define un plazo no menor a 20 años ni mayor a 60 años incluidas las prórrogas para la concesión de distribución que pueda otorgar la Dirección General de Hidrocarburos; siendo ello un primer apunte del rango temporal que quiere asegurar el legislador para la prestación de este servicio. Sin perjuicio de que habitualmente las concesiones en nuestro país optan por plazos largos de duración, el caso de la distribución de gas natural a través de ductos no es distinto y evidencia el interés del Estado por una prestación prolongada por parte de un mismo operador. Lo cual nos lleva a un segundo análisis respecto de la continuidad en el tiempo.

En ese sentido, no obstante, las disposiciones de la norma citada previamente establecen un periodo de tiempo limitado para quien obtenga la concesión de distribución, resulta necesario también recurrir a un análisis del tipo de contrato que se ha elegido para otorgar dicha concesión. Si bien, la figura del Contrato de Concesión o el mecanismo escogido para atraer la inversión privada no es objeto propiamente de este trabajo, vale la pena revisar de manera superficial, el tipo de contrato elegido para otorgar en concesión a favor de las concesionarias, siendo este el contrato *BOOT: Build, Own, Operate and Transfer*, o Construir, Poseer, Operar y Transferir.

⁴⁵ La presencia de una figura como la concesión resultará cuestionable, sin embargo, su análisis será abarcado más adelante en el trabajo de investigación a fin de enmarcarlo en las categorías jurídicas correspondientes.

⁴⁶ Artículo 10.- La Concesión se otorgará a plazo determinado, el mismo que no será mayor de sesenta (60) años -incluyendo la prórroga- ni menor de veinte (20) años, contado a partir de la fecha de suscripción del Contrato.

Es así que, el contrato BOOT⁴⁷ implica necesariamente a un privado quien construye una infraestructura para la prestación de un servicio, inicialmente posee la misma, la opera bajo estándares específicamente previstos en este, y, por último, la transfiere; siendo esta transferencia a favor del Estado al término del Contrato, la que se condice con la acepción de continuidad como duración en el tiempo a largo plazo, ello evidenciando el interés de la Administración en mantener la prestación de manera prolongada en el tiempo, aunque sea, por un tercero distinto al que construyó la infraestructura.

Entonces, del análisis previsto es posible validar que la actual regulación y la efectiva prestación del servicio de gas natural prevé que esta se de en condiciones continuas: continuidad como ininterrupción y continuidad como tendencia a la perpetuidad, cumpliendo con el requisito de que la prestación se de (o potencialmente pueda darse) de manera continua de acuerdo a lo identificado como requisito en la Sentencia del medio pasaje.

3.1.3 El servicio de gas natural y su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad

La tercera característica que el Tribunal Constitucional ha atribuido a la noción de servicio público recae sobre la regularidad del servicio, entendido como estándares de calidad previstos para su prestación.

En atención a la calidad del servicio de distribución de gas natural a través de ductos, el Reglamento se pronuncia en diversas oportunidades al respecto, desde una perspectiva de obligación prevista para el concesionario, como un derecho que ostenta el consumidor.

La calidad del servicio no es un aspecto que es tomado a la ligera por parte de la regulación, siendo que la referencia a los estándares de calidad en los que el Concesionario deberá prestar el servicio son una constante en el RDGN. En dicha línea, si bien el Reglamento no escatima en las referencias a la calidad en la que debe prestar los servicios el concesionario, la garantía de su calidad es de tal importancia, que las entidades competentes al servicio, han previsto una norma específica para regular la misma.

Es así que, de la revisión del Reglamento, el artículo 2.38, define la calidad del servicio de distribución como “grado en que se mantienen las condiciones del Servicio de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos y comprende la calidad de servicio comercial, la calidad de suministro y la calidad de producto; conforme a las normas y procedimientos que establezca OSINERGMIN”, sentando las bases para una norma específica que será dictada por el

⁴⁷ Al año 2023, las empresas a cargo de la distribución del gas natural a través de red de ductos prestan sus servicios en el marco de Contratos de Concesión con el Estado peruano que siguen la fórmula de Contratos BOOT.

organismo regulador a cargo de la supervisión y fiscalización de este servicio, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas, el OSINERGMIN. (Ministerio de Energía y Minas, 2015)

Dejando temporalmente la referencia a una normativa más detallada por parte del OSINERGMIN en lo correspondiente a calidad, como fue anticipado, el Reglamento continúa haciendo referencia a la calidad, aunque si bien de manera bastante general, el artículo 42°, correspondiente a las Obligaciones del Concesionario hace la primera referencia no destinada a definir la calidad, cuyo literal d), plantea la obligación de “Conservar y mantener el Sistema de Distribución, en condiciones adecuadas para su operación eficiente, garantizando la calidad, continuidad y oportunidad del servicio según las condiciones que fije el Contrato y las normas técnicas pertinentes. El Concesionario deberá diseñar, construir, operar y mantener el Sistema de Distribución”, siendo entonces el concesionario el obligado a resguardar la infraestructura de la que se sirve para prestar al servicio, debiendo estar en capacidad de garantizar, que la misma permite una prestación de calidad. (Ministerio de Energía y Minas, 2008)

Continuando, y quizás dando visibilidad sobre la importancia de la que ha dotado la regulación a la calidad, la siguiente referencia, aplicable a los efectos objeto de análisis en el presente acápite, se encuentra en el artículo 50°, vinculado a las razones por las que el concesionario puede ser imputable de la caducidad de la concesión, siendo la tercera de ellas (inciso c), cuando “(...) no cumpla con sus obligaciones de dar servicio en los plazos prescritos y de acuerdo a las normas de seguridad y los estándares de calidad establecidos en el Contrato y en las normas técnicas pertinentes”. (Ministerio de Energía y Minas, 2008)

Es así que considerando como preámbulo la definición de calidad contenida en el Reglamento y del inciso c) del artículo 50°, resulta pertinente adentrarnos en las disposiciones específicamente previstas para regular la calidad, contenidas en la Resolución de Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 306-2015-OS-CD, que aprueba la norma de calidad del servicio de distribución de gas natural por red de ductos.

Dicha norma, hace una evaluación tripartita de los estándares de calidad a los que estarán obligados los concesionarios para la prestación del servicio, reconociendo en el alcance de la norma, que el control de la calidad de los servicios prestados abarca la calidad del producto, la calidad del suministro y por último la calidad del servicio comercial, siendo esta norma la que rige los criterios bajo los cuales el concesionario será evaluado. (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas, 2015)

Los estándares plasmados en la norma bajo los cuales el concesionario estará obligado a prestar los servicios responden a un listado de indicadores que tendrán por propósito garantizar que éste efectivamente ha cumplido con satisfacer lo requerido por los usuarios desde las tres aristas indicadas líneas arriba: la calidad el gas en sí mismo, la calidad del suministro a través del cual se prové de gas a los mismos, y por último, la atención que brinda a los usuarios, denominado en la norma como “servicio comercial”. Como correlato a dichas obligaciones impuestas al concesionario, la norma establece sanciones y multas para los casos de incumplimiento de los niveles de exigencia, calificando los mismos como “ilícitos administrativos sancionables”⁴⁸, precisando que todo aquel concesionario que no cumpla con lo previsto en la misma será pasible de la debida sanción conforme a la tipificación y escala de multas y sanciones aprobadas.

Es en atención a las previsiones normativas revisadas, que es posible afirmar que el estándar mínimo de calidad y la regularidad del servicio de gas natural, han sido previstos, y por ende el cumplimiento del tercer requisito propuesto por la Sentencia del medio pasaje, es alcanzado y satisfecho.

3.1.4 El servicio de gas natural y la necesidad de que su acceso se de en condiciones de igualdad

Continuando con la revisión de los requisitos previstos por el Tribunal Constitucional para la consideración de determinado servicio como “servicio público”, alcanzamos el cuarto y último elemento previsto, planteando la importancia de que el servicio de gas natural sea prestado en condiciones de igualdad.

En atención a esta característica, resulta importante revisar el contenido de la igualdad que busca proteger el Tribunal Constitucional para garantizar la existencia de un servicio público. Para dicho propósito, debemos recurrir a conceptos propios del Derecho Constitucional, como los de igualdad en la ley y la igualdad ante la ley⁴⁹ a fin de corroborar que la actual normativa acoge el principio de igualdad en sus estipulaciones.

⁴⁸ De conformidad al Título Sexto de la Resolución de Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 306-2015-OS-CD correspondiente a sanciones y multas: “Los concesionarios que no cumplan con las disposiciones de la presente Norma, así como con los niveles de exigencia de los indicadores establecidos en la misma, incurrirán en ilícito administrativo sancionable de acuerdo a lo establecido en la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones aprobado por Osinergmin.”

⁴⁹ Revisar “Principio de igualdad y derecho a la no discriminación” de Francisco Eguiguren Praeli en Ius et Veritas ed. 15.

Es así que, el concepto de igualdad en la ley, entendido como el tratamiento normativo que da la regulación a los distintos sujetos⁵⁰, resulta de especial relevancia para revisar las condiciones en las que el servicio de gas natural es ofrecido a todos los usuarios o consumidores.

Por esa razón, el RDGN, desde las definiciones, realiza una distinción nominal a fin de plantear posteriormente disposiciones diversas respecto del acceso y la prestación del servicio, partiendo así de una noción general de “Consumidor” como, “Persona natural o jurídica ubicado dentro del Área de Concesión que adquiere Gas Natural. Incluye los conceptos de Consumidor Regulado e Independiente y excluye al Comercializador.”, para luego disgregarlas. (Ministerio de Energía y Minas, 2008)

Continuando con el artículo 2 correspondiente a las definiciones que deberán ser consideradas en los siguientes artículos, y en atención a la diferenciación que la noción de Consumidor realiza, subdivide a los consumidores en i) regulados, entendidos como aquellos consumidores “que adquieren gas natural por un volumen igual o menor a 30 mil metros cúbicos estándar por día”, e ii) independientes, siendo estos los que “adquieren gas natural directamente del productor, comercializador o concesionario, siempre que el volumen sea mayor a los 30 mil metros cúbico estándar por día y por un plazo contractual no menor a seis meses”. (Ministerio de Energía y Minas, 2008)

Es entonces que, en función a dichas disposiciones que esta diferenciación entre los consumidores tiene por propósito garantizar que aquellos que cuentan con las mismas características de uso puedan acceder al servicio en las mismas condiciones. No obstante, dicha diferenciación para aspectos específicos, el artículo 63⁵¹, hace referencia únicamente al consumidor, como titular del derecho a recibir por parte del Concesionario la distribución del gas natural una vez cumplidos los requisitos que le sean exigidos. (Ministerio de Energía y Minas, 2008)

Asimismo, respecto de los términos bajo los cuales el usuario calificado como un consumidor regulado, recibirá el servicio por parte del concesionario, estos deberán estar

⁵⁰ En palabras de Luis Alberto Huerta en el artículo El derecho a la igualdad, “(...) el derecho a la igualdad no debe agotarse en el reconocimiento formal (...).

- El derecho a la igualdad implica el trato igual entre los iguales.
- La discriminación implica un trato desigual entre los iguales.
- La diferenciación implica un trato igual entre los desiguales.”

⁵¹ Artículo 63.- El Consumidor, ubicado dentro del Área de Concesión, tiene derecho a que el Concesionario le brinde servicio de Distribución, previo cumplimiento de los requisitos y pagos que al efecto fija el presente Reglamento, conforme a las condiciones técnicas y económicas que rijan en el Área de Concesión y las previstas en el Contrato. (...)

estipulados en un contrato de suministro debidamente aprobado por la Dirección General de Hidrocarburos⁵², el cual tendrá la formalidad de un contrato por adhesión, el cual no admite mayores variaciones en función a la contraparte con la que suscribirá el contrato el concesionario.

Continuando con las provisiones vinculadas a garantizar a la igualdad de condiciones entre los consumidores de iguales características, el artículo 107⁵³ reconoce la capacidad del Concesionario de proponer “categorías de consumidores” en función a las cuales se hará un cobro en función a los niveles de consumo de estos; siendo que, a similar comportamiento de consumo dentro de la categoría, el cobro se encontrará dentro de los mismos parámetros.

Es en atención a ello, que el regulador busca establecer igualdad de condiciones entre los usuarios de iguales características a fin de poder responder oportunamente a sus requerimientos de servicios, no solo a través de las disposiciones de su Reglamento establecer condiciones de igualdad tanto para el acceso al servicio, como a la permanencia y continuidad de esta. Por lo previamente expuesto, resulta válido considerar que el servicio de gas natural cumple y sus disposiciones regulatorias permiten garantizar que el acceso al servicio se de en condiciones de igualdad entre los usuarios.

3.2 La adecuación del servicio de gas natural a las evoluciones del concepto de servicio público

Habiendo hecho entonces una identificación del actual servicio de gas natural en el Perú, en función a lo entendido por servicio público en nuestro ordenamiento jurídico, podemos confirmar que las actuales disposiciones en la materia, así como las características con las que cuenta dicho servicio, se adecúan a lo que el ordenamiento jurídico peruano asume como servicio público. No obstante, ello, resultaría superficial quedarnos únicamente con su adecuación a este concepto de “servicio público a la peruana”, y, en tanto el propósito del presente capítulo es trascender a ese reconocimiento que hemos considerado como nominal, entendido como únicamente tachar un listado de características, intentaremos un verdadero entendimiento del fenómeno a fin de denominarlo según la categoría a la que corresponde.

⁵² Artículo 65.- Previo al inicio de la prestación del servicio de Distribución, el Consumidor Regulado deberá suscribir por adhesión un Contrato de Suministro con el Concesionario. Para tal efecto, el Concesionario previamente deberá presentar a la DGH un modelo de contrato, el mismo que deberá ser aprobado dentro de un plazo de veinte (20) días hábiles, caso contrario se aplicará el silencio administrativo positivo. (...)

⁵³ Artículo 107.- Las categorías de Consumidores serán propuestas por el Concesionario, teniendo como base los rangos de consumo, para la aprobación de OSINERGMIN y deberán considerar como mínimo unas especiales que involucren al GNV y al generador eléctrico. Los costos de Transporte y de Distribución se asignarán a cada categoría de Consumidor de forma tal que se obtengan tarifas finales competitivas respecto del sustituto. Todos los Consumidores conectados al Sistema de Distribución pagarán la tarifa correspondiente a su categoría tarifaria, independientemente de la ubicación o el nivel de presión del suministro. (...)

Es así que, a fin de tener un análisis claro respecto de la categoría que corresponde atribuirle al “servicio público” en nuestro ordenamiento, es necesario regresar sobre las evoluciones del servicio público previstas algunas páginas atrás.

No obstante, para dicho propósito, resulta relevante partir de que el servicio público en la acepción propuesta por el Tribunal Constitucional en los fundamentos jurídicos 40 y 41 de la Sentencia del medio pasaje, por más que pretenda enlistar las características del “servicio público”, tenemos la certeza que no hace referencia al servicio público en su concepción clásica. De igual manera, continuando con dicha línea argumentativa, hemos identificado también que autores como Baca han identificado que las características consideradas por el Tribunal como propias del servicio público, en realidad corresponden a otra categoría, atribuyéndola a una figura (quizás) más evolucionada como el servicio esencial⁵⁴.

Es en atención a ello, que consideramos importante hacer una nueva revisión de la adecuación de la situación actual del servicio de gas natural, similar a la que hemos pretendido realizar en el acápite precedente con relación a las características previstas para el “servicio público a la peruana”, pero en esta ocasión respecto de las categorías relacionadas a las actividades prestacionales de especial relevancia revisadas anteriormente como las “evoluciones” del servicio público.

Para dicho propósito, resultará necesario, en cierta medida, readecuar la definición otorgada por el glosario de términos del subsector hidrocarburos al que nos hemos remitido previamente en este trabajo para referirnos al servicio de gas natural, en el que se le ha definido como “servicio público de suministro de gas natural por red de ductos prestado por un Concesionario a través de un sistema de distribución”. (Ministerio de Energía y Minas, 2002)

En ese sentido, usaremos la definición provista por el Tribunal Constitucional y procederemos a suplir las categorías por las características que se le han atribuido, y a partir de dicha sentencia, acotar o eliminar ciertos términos de la definición que ha buscado acuñar, situación que pretenderá ser explicada a través del siguiente cuadro:

Tabla 1

<p><i>Definición según el Glosario de Términos del Subsector Hidrocarburos aprobado mediante D.S. 032-2002-EM</i></p>

⁵⁴ De acuerdo a lo revisado en el Capítulo 2 sobre el Contenido del Servicio Público, Víctor Baca explora esta teoría en el capítulo denominado “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano”, en la obra Teoría de los Servicios Públicos coordinada por el Prof. Orlando Vignolo.

Servicio público	de suministro de gas natural	por red de ductos	prestado por un concesionario	a través de un sistema de distribución.
<i>Definición revisada en función a los fundamentos jurídicos 40 y 41 de la Sentencia del medio pasaje</i>				
Servicio caracterizado por su esencialidad para la comunidad, su necesaria continuidad, sus estándares de calidad y su acceso en condiciones de igualdad, cuyo propósito es	el suministro de gas natural	por red de ductos	el cual no necesariamente debe ser prestado por el Estado	a través de un sistema de distribución.

En esa línea y considerando la sustitución formulada líneas arriba, así como, una modificación del orden de los términos para un mejor entendimiento, podemos definir que el servicio de gas natural o la distribución de este constituye “el servicio caracterizado por su esencialidad para la comunidad, su necesaria continuidad, sus estándares de calidad y su acceso en condiciones de igualdad⁵⁵, cuyo propósito es el suministro de gas natural por red de ductos a través de un sistema de distribución, el cual no necesariamente debe ser prestado por el Estado⁵⁶”.

Continuando con ello, podríamos iniciar con la adecuación de la distribución del gas natural a los conceptos revisados previamente:

⁵⁵ De conformidad con el fundamento jurídico N° 40 de la Sentencia del medio pasaje.

⁵⁶ De conformidad con el fundamento jurídico N° 41 de la Sentencia del medio pasaje, que, si bien una definición no debiera estar planteada en función a una negación, con el propósito de evidenciar la contraposición entre la definición prevista en el Glosario de términos y el contenido de la Sentencia del medio pasaje.

3.2.1 El servicio de gas natural como un servicio público en su concepción clásica:

Como fue precisado en las revisiones precedentes del servicio público en su concepto clásico, el elemento diferenciador que caracteriza a estos servicios reside en la titularidad de estos, en tanto, conceptualmente su titular es la Administración y su gestión recae sobre sí misma o algún tercero a quien ésta le haya delegado dichas funciones. En ese sentido, la adecuación del actual servicio de gas natural al concepto de servicio público en su concepción clásica resulta categóricamente rechazada por la Constitución del '93, siendo que desde lo conceptual, las disposiciones constitucionales eliminan de plano la posibilidad de reservarse para sí algunas prestaciones, llegando incluso a prever en sus artículos 60° y 61°⁵⁷ que el Estado solo podrá intervenir en la actividad empresarial de manera subsidiaria y por ende, bajo ninguna circunstancia dar pie a una limitación originaria como lo es la reserva de la titularidad, elemento característico del servicio público en su concepción clásica.

En ese sentido y considerando esta diferencia esencial entre lo actualmente regulado y la categoría en sí misma, aunque probablemente simplificando al extremo la figura del servicio público, bastaría con lo dispuesto en la Constitución para afirmar que en el caso del gas natural, no nos encontramos ante un servicio público clásico y que por el contrario, resulta inviable, considerar la existencia actual de un servicio público en su concepción clásica en nuestro ordenamiento jurídico, sin que ello implique una contravención constitucional manifiesta.

3.2.2 El servicio de gas natural como un servicio esencial

Continuando con nuestro análisis, y como ha sido revisado previamente, la categoría del servicio esencial, *contrario sensu* a la postura adoptada por el servicio público en su concepción clásica, se centra en el elemento objetivo, es decir, reconoce su razón de ser en el objeto del servicio, que para efectos del presente trabajo es el abastecimiento efectivo del recurso gas natural a través de ductos a los consumidores que lo requieran.

Por tanto, resulta necesario validar si nos encontramos ante “una actividad prestacional a los ciudadanos de carácter básico para la satisfacción o el ejercicio de los derechos fundamentales y el consiguiente desarrollo de una vida digna, con un destino universal,

⁵⁷ Artículo 60° de la Constitución Política del Perú. - El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Artículo 61° de la Constitución Política del Perú. - El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...)

accesible a todo en condiciones básicas de igualdad, asegurando su regularidad y continuidad, bajo patrones de calidad determinados y con una adaptación progresiva a la evolución técnica y a los cambios sociales”, ello aunado a que en los casos en los que los particulares estén en capacidad de satisfacer dichos requerimientos, no resulte necesario que su gestión esté en manos de la Administración. (Martínez Lopez-Muñiz, 1999)

En línea con dicha definición y de acuerdo al análisis realizado previamente sobre la valoración otorgada al suministro de gas natural como una potencial fuente energética más limpia, económica y segura en favor de los ciudadanos, estamos en capacidad de afirmar que se trata de un servicio categorizado como esencial, independientemente se trate de una esencialización normativa o fáctica, en tanto sus características viabilizan una satisfacción de intereses por parte de los ciudadanos y por ende, el desarrollo de una vida digna, conforme a lo previsto por Martínez Lopez-Muñiz, y cumpliendo con las características que considera relevantes para garantizar la satisfacción y el ejercicio de los derechos.

En la misma línea, corresponde revisar la adecuación al denominado “destino universal”, debiendo para ello confirmar si las disposiciones previstas para el servicio permiten que el alcance de este comprenda a la mayor cantidad de usuarios posible. Esta cantidad de usuarios ha sido delimitada por el ámbito geográfico de la concesión y atribuye con carácter de obligación a quien sea el concesionario, atender los requerimientos de servicio en plazos máximos, en función a la viabilidad de infraestructura⁵⁸, de modo que busca garantizar que este servicio efectivamente tenga un alcance lo más comprensivo posible, dentro de los parámetros geográficos en los que lo presta. Asimismo, en habiendo planteado la obligación en un ámbito geográfico, también plantea la obligación de únicamente cobrar las tarifas fijadas de conformidad con la normativa vigente, buscando así que la retribución que reciba el prestador no pueda tener carácter discriminatorio o sea un limitante para el aprovechamiento general del servicio.⁵⁹

Respecto del análisis del actual servicio de gas natural y su contemplación de las características de continuidad, regularidad y acceso en condiciones de igualdad, en el acápite

⁵⁸ El Capítulo Tercero del Reglamento de Distribución, lista de manera general en su artículo 42° las obligaciones a las que está sujeto el Concesionario, entre las que se encuentra la obligación contenida en el inciso b): “Dar servicio a quien lo solicite dentro del Área de Concesión dentro de un plazo no mayor de sesenta (60) días en caso existiera la infraestructura necesaria en la zona, o de doce (12) meses si no la hubiera, siempre que el Suministro se considere técnica y económicamente viable de acuerdo al artículo 63 y al Procedimiento de Viabilidad. Los plazos se computarán a partir de la suscripción del correspondiente contrato. (...)”

⁵⁹ De igual manera que el pie de página precedente, el mismo artículo 42°, establece en su inciso h) la obligación y delimitación que tendrá el Concesionario para recibir una retribución por el servicio prestado, como “Aplicar las tarifas, cargos e importes que se fijen de acuerdo a la normativa vigente.”

precedente sobre la revisión de este servicio en función a la Sentencia del medio pasaje, hemos revisado dichas adecuaciones.

La revisión precedente también invita a volver sobre el análisis realizado por Victor Baca, el cual concluye que probablemente, fue el concepto de servicio esencial el que adoptó el Tribunal Constitucional al intentar definir el servicio público en la Sentencia del medio pasaje, y que en el subcapítulo destinado a la identificación de las características del servicio de gas natural en nuestro ordenamiento, con las características previstas en la Sentencia, podemos validar que los atributos que han sido otorgados al servicio de gas natural y que lo revisten de relevancia, coinciden con los cuatro elementos que la jurisprudencia ha listado para los servicios de esta naturaleza, viendo así que regulatoriamente, la Administración ha buscado hacer al servicio de gas natural accesible en condiciones de igualdad, que cuente con una regularidad y continuidad aceptable, cuyos estándares de calidad no sean inferiores a unos previamente fijados para el servicio y que cuenten adaptabilidad a los cambios, como que su destino pretenda ser universal dentro de su ámbito.

Es así que, habiendo superado el fondo del concepto, el cual recae sobre la efectiva prestación, debemos volver sobre la formalidad del marco en el cual se lleva a cabo la prestación, la cual prevé correctamente que en los casos en los que un privado pueda prestar los servicios requeridos por la sociedad, sea este quien lidere la misma. No obstante eso, en el caso de la regulación peruana del servicio de gas natural, resulta gris el escenario, dado que si bien tenemos claro que la reserva de la titularidad estatal para cualquier prestación es inviable en el escenario constitucional actual, tenemos presente la figura de la concesión, la misma que aparenta ser un encargo de especiales características para la prestación de un servicio, más rígida que una simple autorización, y que presupone la titularidad por parte del Estado de la actividad de suministro de gas natural a través de ductos que es delegada o, como su propio nombre lo dice, concedida, a favor de un privado para que sea este quien ejecute las prestaciones correspondientes.

Esta situación, como muchas en la regulación de los servicios públicos, resulta bastante confusa y puede llevar a considerar que la concesión prevista por la normativa en materia de distribución de gas natural no tiene por propósito necesariamente ceder la titularidad, dado que como bien hemos visto esta titularidad no la posee, ni la puede poseer el Estado por mandato constitucional, sino que la propia migración de los conceptos hacia unos de tipo liberal en los

que como bien señala la Constitución en su artículo 58⁶⁰ busca fungir de orientador y garante para la prestación de estos servicios, equipara esta “encargatura” con características mínimas en las prestaciones y así garantizar cierto estándar de servicio, con las de la figura de la concesión.

Ello es tan así que, resulta coherente entender que la actual figura calce también con la referencia prevista por Martínez Lopez-Muñiz respecto a que en el supuesto que “un privado se encuentre en capacidad de atender los requerimientos de dicho servicio”, pueda hacerlo. (Martínez Lopez-Muñiz, 1999)

No obstante ello, si bien un privado se encuentre en capacidad de satisfacer el requerimiento de la colectividad en determinada materia como lo es el suministro de gas natural, ello no implica una libertad absoluta e irrestricta, como en realidad en prácticamente ninguna actividad económica, sino que esta capacidad de satisfacer los intereses vengán encausados por una regulación que establezca estándares, límites mínimos y requerimientos propios de la prestación del servicio a fin de garantizar su adecuada prestación a favor de los usuarios.

Es en atención a la presente revisión del servicio de gas natural y su adecuación al concepto pleno del servicio esencial, que podemos precisar que de un análisis del escenario en el que se presta el servicio, como la posibilidad de encontrarnos ante una no poco probable imprecisión al momento de nombrar el mecanismo por el cual la Administración garantizará la prestación del servicio, nos encontramos ante un servicio esencial en el escenario jurídico peruano, en tanto como hemos revisado previamente, el servicio *per se* cumple con las características previstas para la presente categoría y pues a su vez, los requerimientos usuarios pueden ser satisfechos mediante prestaciones de un privado, al punto que, cuando el Tribunal Constitucional peruano tuvo por intención delimitar un concepto tan complejo y tan recurrente en nuestro ordenamiento como el servicio público, tomó prestadas las características del servicio esencial para delimitarlo.

3.2.3 El servicio de gas natural como un servicio de interés general

Continuando con la identificación del servicio de gas natural con las categorías previamente revisadas, nos encontramos con la figura del servicio de interés general. Una categoría muy propia del Derecho Constitucional Comunitario y que como bien precisaron Kresalja y Ochoa, tiene mayor sentido en el contexto de los servicios cuya especial relevancia buscan ser resguardadas por una categoría conceptual.

⁶⁰ Artículo 58°. - La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Una vez más, el servicio de interés general sienta sus bases en las características propias del mismo servicio y reconoce ciertos principios que han de confluir en él como la continuidad, universalidad, igualdad de acceso y transparencia, características bastante similares sino iguales a las previstas por el servicio esencial. (Martínez Lopez-Muñiz, 1999)

No obstante, ello, si bien este servicio podría ser sencillamente equiparado con el servicio esencial, su elemento diferenciador recae principalmente en su contexto geopolítico, siendo, como ha sido previamente mencionado, propio del ordenamiento de la Unión Europea, en la que es más de una Administración la que reconoce en determinado servicio su especial importancia y, por ende, busca atribuirle y garantizar ciertas características para su prestación, probablemente a un nivel más macro.

Es en atención a ello que, al no existir un contexto de dichas características, podría resultar un poco forzado querer categorizar el servicio de gas natural peruano como un servicio de interés general, cuando este carece de todo el contenido de consenso multi-administración para su calificación, por tanto, optaremos por no reconocer dicho concepto en el servicio público de gas natural.

3.2.4 El servicio de gas como un servicio universal

En último lugar, tenemos la figura del servicio universal, que en palabras de Victor Baca supone el paso a “un sistema presidido por la libertad de empresa con determinadas obligaciones de servicio universal, denominadas ‘obligaciones de servicio público’”. (Baca, Lección Vigésimo Primera: La Actividad de la Administración (III) La empresa pública y el servicio público, 2008)

Sin embargo, si validamos las características propias de este servicio, nos encontramos con una caracterización tripartita de universalidad, accesibilidad y continuidad, bastante coincidentes con las características previstas para el servicio esencial, con especial foco, a juzgar también por el propio nombre de la categoría, en la universalidad.

Situación que bien reconoce Vignolo al citar a Martínez Lopez-Muñiz que el caso de los servicios universales no nos encontramos ante más que “la universalidad simplemente como una exigencia característica del servicio esencial, junto a otras como las de la regularidad, continuidad, igualdad, etc. Y así podríamos hablar mucho más sencillamente de la obligación, por ejemplo, de universalidad en la prestación de tal o cual servicio, que parece como si quisiera significar que se trata de un tipo especial de servicio”⁶¹. (Vignolo Cueva, 2019)

⁶¹ Revisar la cita específica realizada por el profesor Vignolo en la página 244 de la tesis “La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal” en el subacápite “Breves apuntes sobre los servicios universales peruanos”.

Siendo ello así, tanto para Martínez Lopez-Muñiz como para Vignolo, resulta más una suerte de cascarón conceptual, de modo que la categoría del “servicio universal” busca dotar de una relevancia aún mayor al atributo de la universalidad presente en el servicio esencial al precisarlo como elemento especial que se espera éste tenga. Vignolo precisa que este carácter universal no se limita únicamente una facilidad en el acceso por parte de los usuarios o potenciales usuarios, tal como hemos revisado previamente en la igualdad entre los usuarios de iguales características y la posibilidad de acceso de estos al servicio, sino a un más amplio catálogo de obligaciones que tienen por propósito garantizar esta universalidad, las cuales para él son “reducciones de tarifas, prestaciones adicionales, calidades mínimas exigibles, entre otras”, que por sí mismo el prestador del servicio no estaría dispuesto a asumir, sino recayeran sobre él con carácter de obligaciones. (Vignolo Cueva, 2019)

Cómo es lógico, a su vez, dichas obligaciones de servicio público previstas como obligaciones “adicionales” tendrán como correlato un contenido resarcitorio, en tanto la ejecución de dichas prestaciones, la limitación de su tarifa o la calidad propuesta no hubiera tenido lugar de no haber sido impuestas regulatoriamente. Para Vignolo, es frecuente confundir estas obligaciones adicionales que carecen de una suerte de interés comercial por parte del prestador, con las obligaciones regulares de un servicio esencial, en el que por la naturaleza del servicio se exija un estándar general para garantizar la prestación de este, que ha sido categorizado como de especial interés para la Administración. (Vignolo Cueva, 2019)

Dicho escenario al propio parecer, resulta ser el del servicio de distribución de gas natural, en tanto como hemos revisado precedentemente, los estándares previstos como mínimos de calidad, la retribución a ser recibida por el prestador a través de un procedimiento regulado de fijación tarifaria que toma en consideración tanto los gastos de CAPEX como de OPEX incurridos por éste, como las garantías de continuidad resultan ser inherentes a un servicio cuya relevancia ha sido acotada por el regulador a través de la distinta normativa, no siendo necesario un contenido resarcitorio que sirva de balance a estos esfuerzos incurridos por el prestador, sino que estos son los esfuerzos esperados de sí, como asumidos por éste por el hecho de ser un concesionario de un servicio de esta naturaleza.

En atención a ello, resultaría impreciso asumir que estamos en presencia de un servicio universal con cargas específicas, en tanto sería dotar de un contenido obligacional adicional que “no correspondería” atribuirle, cuando de hecho son las obligaciones esperadas de un prestador de servicio priorizado por la Administración.

Es así que, de un análisis de cada categoría respecto de la situación actual del servicio de distribución de gas natural a través de ductos, es correcto asumir que el mal llamado servicio público de gas natural en nuestro país, en realidad responde a un servicio esencial que ha sido categorizado de manera errónea por el regulador y ratificado en el mismo sentido por el Tribunal Constitucional peruano.

El hecho de que la categoría atribuida a un servicio no se condiga con sus características y en el desarrollo regulatorio de la misma, resulta cuando menos problemático, dado que da a entender ciertas atribuciones y limitaciones que en la realidad son inexistentes.

Caso evidente de dicha situación, es el uso de la figura de la concesión como título de acceso al mercado, aunado a la denominación de servicio público que implícitamente implica una titularidad estatal que es cedida en función a este mecanismo bajo el cual se otorga la ejecución de la prestación, situación que ya hemos revisado resultando en una constitucionalmente restringida y que en realidad resulta un título habilitante con características de “especial encargatura” que tiene su razón de ser en el acceso a un mercado con características de monopolio natural, de modo que, las condiciones de competencia se dan para el acceso al mercado y no propiamente en él.

Asimismo, la revisión del suministro de gas natural a la luz de las normas sectoriales, y de la Sentencia del TC que dotó de contenido al servicio público en nuestro ordenamiento, ha implicado un cruce de conceptos, de modo que la regulación ha denominado servicio público algo que conceptualmente no lo es, y dicha sentencia ha terminado por convalidar el entendimiento errado de esta categoría del Derecho.

El análisis de las categorías realizado en el presente acápite resulta un ejercicio reducido que debió ser llevado a cabo por tanto el regulador como por parte de los miembros del máximo intérprete constitucional a fin de no generar “servicios públicos nominales” que, en última instancia, generan una confusión de fondo sobre los límites, obligaciones y atribuciones de éstos, así como de los prestadores.

Conclusiones

La regulación del servicio de distribución de gas natural a través de ductos en el ordenamiento jurídico peruano se ha generado de manera desordenada y ha carecido de una planificación conceptual adecuada, lo cual ha generado dudas e interpretaciones confusas sobre la categoría en la que se ha enmarcado.

El servicio de distribución de gas natural a través de ductos tuvo lugar a raíz del descubrimiento del yacimiento Camisea en la zona sur del país, siendo que recién con el hallazgo de los volúmenes de gas natural fue posible hacer una planificación ordenada de una cadena del gas natural que permitiese aprovecharlo desde su extracción hasta su entrega efectiva a los usuarios, a través de una distribución a gran escala.

La regulación del servicio de distribución de gas natural se dio en el marco de una Constitución liberal y social de mercado, en la que se optó por dejar de lado el intervencionismo estatal, para entregar la gestión de los llamados “servicios públicos” a los privados. Normas como la LOH, la LPDIGN y su Reglamento, así como el RDGN, tuvieron por propósito dotar de relevancia a un recurso para generación energética más confiable y limpia.

Sin perjuicio de lo anterior, el regulador no fue lo suficientemente cuidadoso al enmarcar el servicio de distribución de gas natural a través de ductos dentro de la categoría jurídica correspondiente, denominándolo erradamente un “servicio público”, cuando doctrinariamente esta categoría estaba prevista para actividades con una reserva estatal de su titularidad, por lo que contravendría directamente el mandato constitucional de la imposibilidad estatal de reservarse actividades para sí.

De la revisión de la regulación y de la doctrina nacional y comparada, es evidente que tanto el regulador peruano como el Tribunal Constitucional a través de la Resolución del Expediente 034-2004-AI (Sentencia del medio pasaje), quisieron hacer referencia al servicio esencial cuando categorizaron como servicio público tanto a la distribución del gas natural, como a todos aquellos servicios que nuestra regulación ha denominado erróneamente como “servicios públicos”.

Considerando la correcta categorización del servicio de distribución de gas natural, es posible transformar la noción inicialmente esbozada por el glosario de términos del sector hidrocarburos a una mucho más acorde a la naturaleza propia del servicio. Dicha definición, al propio parecer, debería entenderse como “el servicio caracterizado por su esencialidad para la comunidad, su necesaria continuidad, sus estándares de calidad y su acceso en condiciones de

igualdad, cuyo propósito es el suministro de gas natural por red de ductos el cual no necesariamente debe ser prestado por el Estado, a través de un sistema de distribución.”

No obstante, a pesar de que el cambio de la categorización del servicio de distribución de gas natural a través de red de ductos como un servicio esencial y no como un servicio público, no conlleva una modificación en la regulación práctica; si es relevante considerando que transmite un mensaje incorrecto con respecto a las atribuciones y limitaciones del servicio, siendo la principal de ellas la relacionada a la titularidad de esta actividad y, genera confusiones respecto a si los mecanismos empleados para su regulación son los más idóneos.



Lista de abreviaturas

CP: Constitución Peruana.

TC: Tribunal Constitucional.

EXP: Expediente.

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.



Referencias

- Ariño, G. (1993). *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ariño, G. (1995). Teoría y práctica de la regulación para la competencia. Hacia un nuevo concepto de servicio público. En G. Ariño, *Regulación Económica: Lecturas Escogidas* (págs. 111-112). Buenos Aires: Thomson Reuters.
- Ariño, G. (2012). El mercado único de la energía: los sectores del gas y la electricidad. En G. Ariño, *Regulación Económica: Lecturas escogidas* (pág. 513 y ss.). Pamplona: Thomson Reuters.
- Baca, V. (2008). Lección Vigésimo Primera: La Actividad de la Administración (III) La empresa pública y el servicio público. En V. Baca, *Lecciones de Derecho Administrativo*. Lima.
- Baca, V. (2008). *Lección Vigésimo Primera: La Actividad de la Administración (III) La Empresa Pública y el Servicio Público*. Lima.
- Bartolome Navarro, J. L. (2009). El planteamiento de los "servicios públicos" como "servicios de interés general" en la Unión Europea. En O. Vignolo Cueva, *Teoría de los Servicios Públicos* (págs. 341-342). Lima: Grijley .
- Cairampoma, A. (2012). El servicio universal en el sector eléctrico peruano: Análisis del marco normativo a partir de la experiencia de la Unión Europea. En C. d. Administrativo, *Regulación de Servicios Públicos e Infraestructura* (págs. 175-188). Lima: Asociación Círculo de Derecho Administrativo.
- Congreso Constituyente Democrático. (29 de diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. *Constitución Política del Perú*. Lima, Lima, Perú.
- Congreso de la República. (tres de junio de 1999). Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del gas natural. *Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del gas natural*. Lima, Lima, Perú.
- Dammert, A. (2012). El Gas de Camisea y sus implicancias. *Revista de Derecho Administrativo*, 117-120.
- del Guayo, I. (2012). La regulación económica como alternativa. En G. Ariño, *Regulación Económica: Lecturas escogidas* (págs. 227-254). Madrid: Thomson Reuters.
- Duguit, L. (1921). *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Buenos Aires: Heliasra.
- El Heraldo - Centro de Noticias del Congreso de la República. (ocho de junio de 1999). *Portal Congreso de la República*. Obtenido de Portal Congreso de la República:

<https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Prensa/heraldo.nsf/04NoticiasArchivoHistorico/a1be1690b1eb7c860525678a006531f9/?OpenDocument>

- Esteve Pardo, J. (2013). *Lecciones de Derecho Administrativo (Tercera Edición)*. Madrid: Marcial Pons.
- Guevara Dodds, E. (17 y 24 de junio de 2020). Derecho de los Hidrocarburos . *Apuntes de la clase Derecho de los Hidrocarburos - Universidad de Piura*. Lima, Lima, Perú.
- Gutierrez, W. (2005). *La Constitución Comentada - Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Guzman Napuri, C. (2002). Las teorías existentes sobre el servicio público. *Foro Jurídico*, 77-87.
- Guzman Napuri, C. (2002). Las teorías existentes sobre el servicio público. *Foro Jurídico*, 77-87.
- Guzman Napuri, C. (2002). Las teorías existentes sobre el servicio público . *Foro Jurídico*, 77-87.
- Hokama, D. (diecinueve de agosto de 2014). Historia de Camisea a 10 años de la puesta en operación. *Video* . Lima, Lima, Perú.
- Huapaya, R. (2011). Notas sobre el concepto del servicio público en nuestro ordenamiento legal. *Derecho & Sociedad*, 370-397.
- Jordana de Pozas, L. (1949). Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos No. 48*.
- Kresalja Rosello, B., & Ochoa Cardich, C. (2012). Capítulo XII: Los Servicios Públicos y la seguridad social. En B. Kresalja Rosello, & C. Ochoa Cardich, *El Régimen Económico de la Constitución de 1993* (págs. 167-168). Lima: Fondo Editorial.
- Martinez Lopez-Muñiz, J. (1999). Nuevo Sistema Conceptual. En U. A. Madrid, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid - Ejemplar dedicado a la privatización y liberalización de servicios* (págs. 133-152). Madrid.
- Martínez Lopez-Muñiz, J. L. (1991). El sector eléctrico en España. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 318-319.
- Ministerio de Energía y Minas. (catorce de setiembre de 1999). Decreto Supremo 040-99-EM. *Reglamento de la Ley Promoción del Desarrollo de la Industria del gas natural*. Lima, Lima, Perú.
- Ministerio de Energía y Minas. (dieciseis de octubre de 2002). Decreto Supremo 032-2002-EM. *Glosario, Siglas y Abreviaturas del Subsector Hidrocarburos*. Lima, Lima, Perú.

- Ministerio de Energía y Minas. (octubre de 2005). Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. *Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos*. Lima, Lima, Perú.
- Ministerio de Energía y Minas. (2008). Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos. *Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos*. Lima, Lima, Perú.
- Ministerio de Energía y Minas. (16 de julio de 2015). Decreto Supremo 017-2015-EM . *Modifican e incorporan disposiciones vinculadas a la distribución y transporte de gas natural y emiten otras disposiciones*.
- Ministerio de Justicia. (1984). *Código Civil Peruano*. Lima.
- Ochoa Cardich, C. (2013). El servicio público en la Constitución peruana de 1993. *Pensamiento Constitucional Vol. 18 Núm. 18*, 111.
- Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas. (23 de diciembre de 2015). Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 306-2015-OS-CD. *Norma de Calidad del Servicio de Distribución de gas natural por red de ductos*.
- Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas. (2021). La industria del gas natural en el Perú: Mirando al Bicentenario y perspectivas recientes. *La industria del gas natural en el Perú: Mirando al Bicentenario y perspectivas recientes*. Lima, Lima, Perú.
- Osigas OSINERGMIN. (diecinueve de agosto de 2014). *Camisea 10 años - Reseña del Proyecto Camisea - Luis Ortiga [archivo de video]*. Recuperado el junio de 2023, de <https://youtu.be/IhtH-Qniyrc>
- OSINERGMIN. (2014). *La industria del gas natural en el Perú. A diez años del Proyecto Camisea*. Lima: OSINERGMIN.
- OSINERGMIN. (2021). *La Industria del gas natural en el Perú: Mirando al Bicentenario y perspectivas recientes*. Lima: OSINERGMIN.
- OSINERGMIN. (07 de junio de 2022). Informe N° 298-2022-GRT. *Determinación de las tarifas de distribución de gas natural aplicables a la Concesión de Ica para el periodo 2022-2026*. Lima, Lima, Perú: OSINERGMIN.
- Perupetro. (Septiembre de 2010). Conceptos básicos sobre el Gas Natural. Lima, Lima, Perú.
- Pozas, L. J. (1949). Ensayo sobre una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo.
- Pozas, L. J. (1949). Ensayo sobre una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos No. 48*.

- Real Academia Española. (22 de julio de 2023). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de Diccionario de la lengua española: dle.rae.es
- Valverde, G. (2015). El tratamiento y naturaleza jurídica de los hidrocarburos en el ordenamiento jurídico peruano. *Círculo de Derecho Administrativo*.
- Vignolo Cueva, O. (2019). *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal*. Lima, Perú: Palestra.
- Villar Palasí, J. (1950). La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo. *Revista de administración pública* núm. 3, 53-130.

