

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **RADS**

Fecha: **FRADS**

NT-F-001. V.12

Página 1 de 22

Bogotá, D.C.,

CONCEPTO SSPD-OJ-2026-162

Señor

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Ref. Solicitud de concepto¹

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1369 de 2020², la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - Superservicios es competente para “...absolver las consultas jurídicas externas relativas al régimen de los servicios públicos domiciliarios”.

ALCANCE DEL CONCEPTO

Se precisa que la respuesta contenida en este documento corresponde a una interpretación jurídica general de la normativa que conforma el régimen de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual los criterios aquí expuestos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, tal como lo dispone el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011³, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁴.

¹ Radicado

TEMA: SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA RENOVABLE

Subtema: Obligaciones del prestador respecto al RUPS y SUI

² “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”.

³ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

⁴ “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

La Superservicios comprometida con el Sistema de Gestión Antisoborno los invita a conocer los lineamientos, directrices y el canal de denuncias en el siguiente link: <https://www.superservicios.gov.co/Atencion-y-servicios-a-la-ciudadania/peticiones-quejas-reclamos-sugerencias-denuncias-y-felicitaciones>

Sede principal.

Bogotá D.C. Carrera 18 nro. 84-35

Código postal: 110221

PBX 60 (1) 691 3005. Fax 60 (1) 691 3059

sspd@superservicios.gov.co

Línea de atención 60 (1) 691 3006 Bogotá.

Línea gratuita nacional 01 8000 91 03 05

NIT: 800.250.984.6

www.superservicios.gov.co

Dirección Territoriales

Diagonal 92 # 17A – 42, Edificio Brickell Center, piso 3.

Código postal: 110221

Barranquilla. Carrera 59 nro. 75 -134. Código postal: 080001

Bucaramanga. Carrera 34 No. 54 – 92. Código postal: 680003

Cali. Calle 21 Norte N° 6N-14 EDIF. PORVENIR 2do piso. Código postal: 760046

Medellín. Avenida calle 33 nro. 74 B – 253. Código postal: 050031

Montería. Carrera 7 nro. 43-25. Código postal: 230002

Neiva. Calle 11 nro. 5 – 62. Código postal: 410010

Por otra parte, la Superservicios no puede exigir que los actos o contratos de un prestador de servicios públicos domiciliarios se sometan a su aprobación previa, ya que de hacerlo incurriría en una extralimitación de funciones, así lo establece el parágrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001.

CONSULTA

La consulta elevada contiene una serie de preguntas relacionadas con la prestación del servicio de energía eléctrica por fuentes no convencionales y las obligaciones que puede conllevar la misma respecto al registro en el RUPS y reporte en el SUI, las cuales serán transcritas y respondidas en el acápite de conclusiones.

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Constitución Política de Colombia

Ley 142 de 1994⁵

Ley 143 de 1994⁶

Ley 1715 de 2014⁷

Resolución SSPD No. 20181000120515 de 2018⁸

Resolución SSPD No. 201810000027435 de 2018⁹

Resolución CREG 240 de 2020¹⁰

Concepto SSPD-OJ-2024-068

Concepto SSPD-OJ-2021-541

concepto SSPD-OJ-2020-084

Concepto SSPD-OJ-2023-048

Concepto SSPD-OJ-2023-242

CONSIDERACIONES

Previo al desarrollo del presente concepto es necesario aclarar que, en sede de consulta no se emiten pronunciamientos y/o deciden situaciones de carácter particular y concreto, teniendo en cuenta que los conceptos constituyen orientaciones que no comprometen la responsabilidad de la Superintendencia y tampoco tienen carácter obligatorio o vinculante, ya que se emiten conforme con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 introducido por sustitución de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015.

Hecha la anterior aclaración, previo a dar respuesta a las preguntas planteadas se procede a efectuar algunas consideraciones generales que brinden elementos de análisis y orienten la consulta anterior, bajo los siguientes ejes temáticos: (i) prestadores de servicios públicos

⁵ "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones."

⁶ "Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética."

⁷ "Por medio de la cual se regula la integración de las energías renovables no convencionales al Sistema Energético Nacional."

⁸ "Por la cual se deroga una resolución y se establecen los requerimientos que deben surtir los prestadores de servicios públicos domiciliarios ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en relación con el Registro Único de Prestadores (RUPS) para su inscripción, actualización y cancelación"

⁹ "Por la cual se hace pública la información que almacena el Sistema Único de Información (SUI) de los sectores de energía eléctrica y gas combustible."

¹⁰ "Por la cual se modifica y adiciona la Resolución CREG 156 de 2012 y se derogan otras disposiciones"

domiciliarios, ii) servicio público de energía eléctrica mediante energía renovable, (iii) contratos de operación del servicio público y (iv) facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

(i) Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios

Sea lo primero indicar que el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia establece:

“ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita. (Subrayas fuera del texto)

Teniendo claro que es el Estado, de forma directa o indirecta, las comunidades organizadas y los particulares quienes pueden prestar servicios públicos, frente a estos últimos, en el artículo 10 de la Ley 142 de 1994 se indicó que:

“ARTÍCULO 10. LIBERTAD DE EMPRESA. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.” (Subrayas fuera del texto)

En igual sentido, el artículo 15 de la ley en mención establece en sus numerales 15.1 y 15.2 lo siguiente:

“ARTÍCULO 15. PERSONAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS. Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

(...)” (Subrayas fuera del texto)

En cuanto a las empresas mencionadas en el numeral 15.1, el artículo 17 de dicha ley indica:

“ARTÍCULO 17. NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

PARÁGRAFO 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.

PARÁGRAFO 2o. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas.” (Subrayas fuera del texto)

Bajo este contexto, el concepto SSPD-OJ-2024-068 indicó:

“(…) Lo anterior significa que, en el evento de constituirse un prestador de estos servicios bajo la modalidad de empresa de servicios públicos, esta deberá conformarse como uno de los tipos societarios por acciones a saber: (i) sociedad anónima, (ii) sociedad en comandita por acciones o (iii) sociedad por acciones simplificada - SAS, ya que la legislación vigente así las tipifica. (…)” (Subrayas fuera del texto)

Frente al régimen jurídico aplicable para las empresas que van a prestar servicios públicos domiciliarios, este se encuentra en el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, que establece:

ARTÍCULO 19. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:

19.1. El nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras "empresa de servicios públicos" o de las letras "E.S.P."

19.2. La duración podrá ser indefinida.

19.3. Los aportes de capital podrán pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros

19.4. Los aumentos del capital autorizado podrán disponerse por decisión de la Junta Directiva, cuando se trate de hacer nuevas inversiones en la infraestructura de los servicios públicos de su objeto, y hasta por el valor que aquellas tengan. La empresa podrá ofrecer, sin sujeción a las reglas de oferta pública de valores ni a las previstas en los artículos 851, 853, 855, 856 y 858 del Código de Comercio, las nuevas acciones a los usuarios que vayan a ser beneficiarios de las inversiones, quienes en caso de que las adquieran, las pagarán en los plazos que la empresa establezca, simultáneamente con las facturas del servicio.

19.5. Al constituir la empresa, los socios acordarán libremente la parte del capital autorizado que se suscribe.” (Subrayas fuera del texto)

Ahora bien, se considera pertinente complementar las anteriores consideraciones, precisando que la calidad de prestador de servicios públicos domiciliarios no deriva exclusivamente de una formalidad registral o societaria, sino principalmente del ejercicio material y efectivo de actividades propias de la cadena de prestación del servicio público domiciliario.

En efecto, el artículo 14.25 de la Ley 142 de 1994 establece que el servicio público domiciliario de energía eléctrica comprende también las actividades complementarias de generación, comercialización, transformación, interconexión y transmisión de energía eléctrica, razón por la cual las personas jurídicas que desarrollen dichas actividades quedan sometidas, en términos generales, al régimen de los servicios públicos domiciliarios y a las facultades de inspección, vigilancia y control del Estado.

Así las cosas, el sometimiento al régimen de servicios públicos domiciliarios no depende exclusivamente de la denominación societaria adoptada por la persona jurídica, sino del desarrollo material de actividades que integran la cadena de prestación del servicio público.

Sobre el particular, el numeral 11.8 del artículo 11 de la Ley 142 de 1994 dispone como obligación de los prestadores la de “informar el inicio de sus actividades a la respectiva Comisión de Regulación, y a la Superintendencia de Servicios Públicos, para que esas autoridades puedan cumplir sus funciones”, obligación que se materializa mediante la inscripción en el Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos – RUPS.

En desarrollo de dicha disposición, la Resolución SSPD No. 20181000120515 de 2018 estableció en su artículo 2 lo siguiente:

“ARTÍCULO 2o. RESPONSABLES DE EFECTUAR LA INSCRIPCIÓN, ACTUALIZACIÓN Y/O LA CANCELACIÓN. Las personas prestadoras de servicios públicos, que se hayan constituido bajo cualquiera de las formas asociativas señaladas en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, deben inscribirse en el RUPS, una vez hayan iniciado la ejecución de las actividades señaladas en su objeto social y que hagan parte de la cadena de prestación de los servicios públicos domiciliarios.”

Por su parte, el artículo 3 de la citada resolución dispone expresamente:

“PARÁGRAFO PRIMERO: La inscripción en el RUPS, no tiene efecto constitutivo de la calidad de prestador de servicios públicos domiciliarios, ni tampoco constituye un permiso o autorización para el desarrollo del objeto social del mismo (...).”

De acuerdo con lo anterior, se observa que el ordenamiento jurídico colombiano reconoce expresamente el carácter declarativo y no constitutivo del RUPS, razón por la cual la condición

de prestador no surge por el simple acto registral, sino por el desarrollo efectivo de actividades asociadas a la prestación del servicio público o de sus actividades complementarias.

En esa misma línea se ratifica mediante el Concepto SSPD 64 de 2019, el cual señaló:

“La obligación de los prestadores de servicios públicos domiciliarios de informar el inicio de actividades, se materializa con la inscripción en el Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios – RUPS, sin embargo, la omisión de hacerlo, no los exime de la vigilancia y el control que la Superintendencia debe realizar sobre ellos.”

El mismo concepto precisó además que “todos los prestadores de estos servicios o de las actividades complementarias a los mismos, por el hecho de estar sometidos a la inspección, control y vigilancia de esta entidad, son sujetos pasivos de la contribución especial”.

Bajo este entendimiento, la Superintendencia ha sostenido de manera reiterada que la sujeción al régimen de servicios públicos domiciliarios deriva del ejercicio material de actividades propias de la cadena de prestación, aun cuando no se haya formalizado la inscripción en el RUPS o existan omisiones en el reporte de información.

En concordancia con lo anterior, el Concepto CREG 3057 de 2025, la Comisión señaló que para la puesta en operación de plantas ante el Mercado de Energía Mayorista estas deben ser representadas por agentes generadores constituidos como empresas de servicios públicos domiciliarios e inscritos en el RUPS de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

(ii) Servicio público de energía eléctrica mediante energía renovable.

Respecto al servicio público de energía eléctrica, la Ley 142 de 1994 en su artículo 14 numeral 14.25 indica:

“14.25. SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA. Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión.” (Subrayas fuera del texto)

De lo anterior, se desprende que el servicio público de energía eléctrica tiene como actividad principal el transporte de energía desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario, pero también cuenta con actividades complementarias como son la generación, comercialización, transformación y transmisión de la energía eléctrica.

Adicionalmente, conforme a la definición transcrita, tanto la prestación del servicio público de energía eléctrica, como la ejecución de las actividades complementarias, deben ser desarrolladas por cualquiera de las personas prestadoras señaladas por el artículo 15 de la Ley 142 de 1994.

En este sentido, resulta relevante precisar que la Ley 142 de 1994 no restringe el régimen de los servicios públicos domiciliarios únicamente a la actividad de suministro final al usuario, sino que

extiende su ámbito de aplicación a las actividades complementarias asociadas a la cadena de prestación del servicio público de energía eléctrica.

Así las cosas, las actividades de generación, comercialización, transmisión e interconexión, en la medida en que hacen parte integral de la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, se encuentran sometidas, en términos generales y conforme a las competencias asignadas a cada autoridad, al marco regulatorio previsto en las Leyes 142 y 143 de 1994, así como a las funciones de regulación, inspección, vigilancia y control ejercidas por las autoridades competentes.

Respecto a estas actividades complementarias, la Ley 143 de 1994 regula el tema, tal como se indica en su artículo 1:

***“ARTÍCULO 1o.** La presente Ley establece el régimen de las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, que en lo sucesivo se denominarán actividades del sector, en concordancia con las funciones constitucionales y legales que le corresponden al Ministerio de Minas y Energía.”*

En cuanto a la consulta relacionada con energía renovable, se debe indicar que la Ley 1715 de 2014 regula este tema y en su artículo 1 señala:

***ARTÍCULO 1o. OBJETO.** <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 2099 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La presente ley tiene por objeto promover el desarrollo y la utilización de las fuentes no convencionales de energía, sistemas de almacenamiento de tales fuentes y uso eficiente de la energía, principalmente aquellas de carácter renovable, en el sistema energético nacional, mediante su integración al mercado eléctrico, su participación en las zonas no interconectadas, en la prestación de servicios públicos domiciliarios, en la prestación del servicio de alumbrado público y en otros usos energéticos como medio necesario para el desarrollo económico sostenible, la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y la seguridad de abastecimiento energético. Con los mismos propósitos se busca promover la gestión eficiente de la energía y sistemas de medición inteligente, que comprenden tanto la eficiencia energética como la respuesta de la demanda. (Subrayas fuera del texto)*

De acuerdo con la disposición transcrita, se observa que el legislador incorporó expresamente las Fuentes No Convencionales de Energía Renovable – FNCER dentro del sistema energético nacional y de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual el desarrollo de dichas actividades debe analizarse de manera armónica con el régimen previsto en las Leyes 142 y 143 de 1994.

En línea con lo anterior, el concepto SSPD-OJ-2020-084 frente al tema señaló:

“2. Energías renovables no convencionales.

Son Energías Renovables No Convencionales o ERNC, aquellas que se obtienen de fuentes de generación energéticas que no se consumen ni se agotan en su proceso de transformación o aprovechamiento.

Como ejemplo de estas energías no convencionales, se encuentra la energía solar o fotovoltaica, pues su fuente es el aprovechamiento de la radiación solar a través de paneles solares, con los cuales se genera energía eléctrica.

Las energías renovables no convencionales, fueron incluidas al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 1715 de 2014, cuyo objeto es el de promover el desarrollo y la utilización de las fuentes no convencionales de energía, principalmente aquellas de carácter renovable, en el sistema energético nacional, mediante su integración al mercado eléctrico, su participación en las zonas no interconectadas y en otros usos energéticos.

Su ámbito de aplicación se determinó en el artículo 3, así:

“Artículo 3. Ámbito de aplicación. El ámbito de aplicación de la presente ley cubre a todos los agentes públicos y privados que intervengan en la definición de políticas sectoriales en el desarrollo y el aprovechamiento de las fuentes no convencionales de energía, principalmente aquellas de carácter renovable, en el fomento de la gestión eficiente de la energía, y en la prestación del servicio de energía eléctrica y sus actividades complementarias conforme a lo dispuesto en las Leyes 142 y 143 de 1994 y demás normas complementarias.” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con este artículo, la ley de energías renovables no convencionales ha de ser aplicada en la prestación del servicio de energía eléctrica y en el desarrollo de sus actividades complementarias, de conformidad con lo establecido en la Ley 142 de 1994, lo que quiere decir que estos textos legales se integran para una efectiva prestación de este servicio.

Por lo anterior, se hace necesario tener en cuenta alguna de las definiciones señaladas en el artículo 5 de la Ley 1715 de 2014, para dar claridad a lo consultado:

“Artículo 5. Definiciones. Para efectos de interpretar y aplicar la presente ley, se entiende por:

1. Autogeneración. Aquella actividad realizada por personas naturales o jurídicas que producen energía eléctrica principalmente, para atender sus propias necesidades. En el evento en que se generen excedentes de energía eléctrica a partir de tal actividad, estos podrán entregarse a la red, en los términos que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) para tal fin.

2. Autogeneración a gran escala. Autogeneración cuya potencia máxima supera el límite establecido por la Unidad de Planeación Minero-Energética (UPME).

3. Autogeneración a pequeña escala. Autogeneración cuya potencia máxima no supera el límite establecido por la Unidad de Planeación Minero-Energética (UPME).

4. Cogeneración. Producción combinada de energía eléctrica y energía térmica que hace parte integrante de una actividad productiva.

(...)

13. *Energía solar. Energía obtenida a partir de aquella fuente no convencional de energía renovable que consiste de la radiación electromagnética proveniente del sol.*

14. *Excedente de energía. La energía sobrante una vez cubiertas las necesidades de consumo propias, producto de una actividad de autogeneración o cogeneración.*

(...)

18. *Generación Distribuida (GD). Es la producción de energía eléctrica, cerca de los centros de consumo, conectada a un Sistema de Distribución Local (SDL). La capacidad de la generación distribuida se definirá en función de la capacidad del sistema en donde se va a conectar, según los términos del código de conexión y las demás disposiciones que la CREG defina para tal fin.*

(...)

21. *Sistema energético nacional. Conjunto de fuentes energéticas, infraestructura, agentes productores, transportadores, distribuidores, comercializadores y consumidores que dan lugar a la explotación, transformación, transporte, distribución, comercialización y consumo de energía en sus diferentes formas, entendidas como energía eléctrica, combustibles líquidos, sólidos o gaseosos, u otra. Hacen parte del Sistema Energético Nacional, entre otros, el Sistema Interconectado Nacional, las Zonas No Interconectadas, las redes nacionales de transporte y distribución de hidrocarburos y gas natural, las refinerías, los yacimientos petroleros y las minas de carbón, por mencionar solo algunos de sus elementos.*

(...)”

En virtud de las definiciones transcritas, el autogenerador, el cogenerador y el generador de energía, ejecutan una actividad complementaria y, por ende, son prestadores del servicio de energía, de conformidad con lo señalado en el régimen de los servicios públicos domiciliarios.” (Subrayas fuera del texto)

La Ley 1715 de 2014 mencionada en el concepto anterior, definió en su artículo 5, las Fuentes No Convencionales de Energía Renovable, así:

“(...) 17. Fuentes No Convencionales de Energía Renovable (FNCER). Son aquellos recursos de energía renovable disponibles a nivel mundial que son ambientalmente sostenibles, pero que en el país no son empleados o son utilizados de manera marginal y no se comercializan ampliamente. Se consideran FNCER la biomasa, los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos, la eólica, la geotérmica, la solar y los mares. Otras fuentes podrán ser consideradas como FNCER según lo determine la UPME. (...)”

En este sentido y en términos generales frente a las actividades asociadas a fuentes no convencionales de energía renovables, el mismo concepto indicó:

“(...) es necesario precisar que si se está frente a un productor marginal o independiente, conocido en la Ley 143 de 1994 como autogenerador: “aquel generador que produce energía

eléctrica exclusivamente para atender sus propias necesidades.”, este no está obligado a conformarse como empresa de servicios públicos, salvo que medie orden de una comisión de regulación, en cuyo caso, podrá ejercer la actividad de generación, convirtiéndolo en prestador del servicio público de energía eléctrica y por ende, sujeto de vigilancia por parte de esta Superintendencia.

Ahora bien, si la generación de energía eléctrica a través del aprovechamiento de la energía solar, es para suministrar el servicio a terceros, deberá ceñirse a la regulación que para el efecto señale la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG como prestador y a todo lo dispuesto en el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Hace parte de este régimen la Ley 143 de 1994, la cual en sus artículos 24 a 27 refieren de forma puntual a la actividad de generación, señalando la obligatoriedad en el cumplimiento del reglamento de operaciones por parte de los agentes que hagan parte del sistema interconectado nacional.

Dicho reglamento de operaciones, es definido por la citada Ley en el artículo 11 como:

“Reglamento de operaciones: conjunto de principios, criterios y procedimientos establecidos para realizar el planeamiento, la coordinación y la ejecución de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica. El reglamento de operación comprende varios documentos que se organizarán conforme a los temas propios del funcionamiento del sistema interconectado nacional.”

(...)” (Subrayas fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que, el servicio público de energía eléctrica tiene como actividad principal el transporte de energía desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario, pero también cuenta con actividades complementarias como son la generación, comercialización, transformación y transmisión de la energía eléctrica.

Así las cosas, el autogenerador, el cogenerador y el generador de energía, en desarrollo de actividad complementaria asociadas a la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica y conforme al marco normativo, podrán ostentar la calidad de prestadores del servicio de energía.

En el caso de que se esté frente a un productor marginal o independiente, conocido como autogenerador, este no está obligado a conformarse como Empresa de Servicios Públicos, salvo que medie una orden de la Comisión de Regulación, en cuyo caso podrá ejercer la actividad de generación, convirtiéndolo en prestador del servicio público de energía eléctrica, por ende, sujeto de inspección, vigilancia y control por parte de esta Superintendencia.

De otra parte, si la generación de energía eléctrica a través del aprovechamiento de la energía solar, es para suministrar el servicio a terceros, deberá ceñirse a la regulación que para el efecto señale la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG , así como a las disposiciones aplicables al régimen de los servicios públicos domiciliarios y al reglamento de operaciones establecido en el artículo 11 de la Ley 143 de 1994, y resoluciones que se presente respecto a los servicios públicos correspondientes.

Así, la Resolución CREG 240 de 2020 que modificó y adicionó la Resolución CREG 156 de 2012 regula la capacidad de respaldo para operaciones en el Mercado de Energía Mayorista (MEM) y la información que deberá ser reportada en el SUI respecto al patrimonio transaccional, contratos, estados financieros y demás.

(iii) Contratos de operación del servicio público

Vale la pena señalar lo establecido por el parágrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, al indicar que esta Superintendencia no puede exigir que los actos y contratos de sus vigilados se sometan a su aprobación previa, ya que ello constituiría actos de coadministración por parte de esta Superintendencia, por cuanto el ámbito de su competencia, entre otros, se contrae a vigilar, inspeccionar y controlar el cumplimiento de los contratos que se celebren entre las empresas y los usuarios, tal como lo señala el numeral 2 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994.

No obstante, con el propósito de brindar una ilustración sobre los temas consultados, esta oficina procede a emitir un breve pronunciamiento relacionado con el régimen de contratación de los prestadores de servicios públicos domiciliarios indicando que, conforme lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, el régimen de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios es de derecho privado:

ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. *Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. (...)*

Así las cosas, los contratos que existan entre los prestadores y terceros se rigen por las normas de derecho privado, frente a este tema, el Concepto SSPD-OJ-2023-048 señaló lo siguiente:

“(...) en referencia al contrato de operación, es de indicar que esta Oficina Asesora Jurídica ha señalado en diversos pronunciamientos, que el prestador del servicio público domiciliario de que se trate es quien tiene bajo su responsabilidad y de manera directa la prestación del servicio, aunque haya contratado a un operador para que en su nombre despliegue algunas o todas las actividades constitutivas de la prestación.

En ese sentido, los contratos de operación se suscriben con el objeto de efectuar un encargo específico, a través del cual el operador contratado ejecuta a nombre del prestador las actividades que han sido objeto del acuerdo contractual, sin que por ello se diluya la responsabilidad a cargo del prestador del servicio.

En este sentido, el prestador -como responsable directo del servicio- es quien tiene, junto con el suscriptor o usuario, la calidad de parte en el contrato de servicios públicos, y en consecuencia, es quien se encuentra sujeto a la inspección, vigilancia y control de la Superservicios, ya que la responsabilidad en la prestación de estos servicios se encuentra a su cargo, sin que por el hecho de celebrar un contrato de operación pueda transferirla al operador contratado.

Por su parte, el operador es la persona que ha celebrado con el prestador un contrato de operación, quien desarrollará las actividades objeto del contrato, por ende, su responsabilidad se encuentra limitada por lo dispuesto para el efecto en el contrato de operación correspondiente y estará limitada por lo dispuesto en el contrato suscrito.

Contrario a lo expuesto, si dicho operador contratado realiza por cuenta propia la prestación de servicios públicos domiciliarios o actividades inherentes o complementarias a los mismos, es decir, por fuera de lo pactado en el contrato suscrito, se desdibujará la naturaleza de operador y se convertirá de inmediato en un prestador de los mismos, evento en el cual deberá cumplir con todas las obligaciones y responsabilidades que las disposiciones legales, reglamentarias y regulatorias exigen a los prestadores, tales como: la inscripción en el Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos – Rups y el reporte de información al Sistema Único de Información - SUI, entre otras.

En este sentido es de indicar que, la diferencia entre los prestadores y aquellas personas con quienes éstos celebran un contrato de operación, radica en su responsabilidad frente a los suscriptores y usuarios, así como ante la Superservicios, respecto del cumplimiento del régimen que gobierna estos servicios.” (Subrayas fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, es claro que el prestador del servicio público es el responsable directo de dicha prestación y es entre prestador y usuario que existe el contrato de prestación de servicios públicos, por tanto, es aquel quien se encuentra sujeto a la inspección, vigilancia y control, así como a la normatividad respectiva.

En cambio, si el operador realiza por cuenta propia la prestación de los servicios públicos domiciliarios, por fuera de lo pactado entre este y el prestador, en este caso asumiría el rol de prestador con todas las obligaciones exigidas para el efecto.

En línea con lo dicho, esta Oficina mediante el Concepto SSPD-OJ-2023-242, respecto a los contratos de operación señaló:

“(…) El operador, por su parte, responde ante el prestador y en marco del contrato de operación suscrito con éste, por el cumplimiento del mismo, ya que realiza actividades inherentes y/o complementarias al servicio público domiciliario por cuenta de aquél y en virtud de tal contrato.

Sin embargo, las decisiones que tome el operador y la forma de ejecutar el contrato de operación pueden comprometer la responsabilidad del prestador frente a sus usuarios o suscriptores y ante la Superintendencia. Es por tal razón, que las actividades realizadas por el operador pueden ser conocidas por la Superintendencia siempre a través del prestador, quien se encuentra sujeto a la inspección, control y vigilancia por parte de la misma y quien debe reportar a esta Entidad la información necesaria para que realice sus funciones de policía administrativa.

Con todo, en la medida en que los contratos de operación desdibujen las disposiciones del régimen de servicios públicos y no permitan establecer con claridad quién es el prestador en la práctica y quién debe responder ante los usuarios y la Superintendencia por la prestación de los mismos, ésta Entidad tiene el deber y cuenta

con la competencia para establecer la corresponsabilidad existente entre dicho prestador y la persona con la que ha celebrado un contrato de operación, respecto de tales servicios, adoptando las medidas a que haya lugar, en virtud de las funciones de inspección, vigilancia y control que le han sido asignadas.

Lo anterior, en aplicación además del Principio Constitucional de la Supremacía del Fondo sobre la Forma, en virtud del cual y para el caso concreto, **las personas que efectivamente presten servicios públicos domiciliarios en Colombia, independientemente de su forma de constitución y de la manera en que lo hagan, se encuentran sujetas al régimen legal de dichos servicios y por ende, a la inspección, control y vigilancia ejercida por esta Superintendencia.**

En otras palabras, se puede afirmar que, en virtud de su autonomía empresarial y capacidad jurídica, los prestadores pueden atender de manera directa las actividades del servicio o en forma tercerizada, sin perder su condición de prestadores e incluso compartir corresponsablemente dicha condición con otro prestador. Puede ocurrir además que personas no autorizadas, en los términos señalados en el Artículo 15 de la Ley 142 de 1994, presten efectivamente servicios públicos domiciliarios, haciéndose sujetos de inspección, vigilancia y control, por parte de esta Superintendencia.

La suscripción de los denominados “contratos de operación”, en materia de servicios públicos domiciliarios, no implica per se la contratación de la prestación de los mismos. La operación de un servicio no es sinónimo de la prestación del mismo en los términos establecidos en el régimen de servicios públicos domiciliarios. Ejemplo de ello se encuentra en el Parágrafo 1° del Artículo 87 de la Ley 142 de 1994, según la cual el prestador, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, puede contratar una empresa privada, que no es lo mismo que empresa de servicios públicos de carácter privado, para que haga la financiación, operación y el mantenimiento del servicio público respecto del cual la persona contratante mantiene su calidad de prestador y la empresa privada contratista, la de simple operador. (Subrayado fuera del texto original)

De este concepto, es pertinente reiterar que **el prestador es la persona responsable de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, que tiene, junto con el suscriptor o usuario**, la calidad de parte en el contrato de condiciones uniformes, en los términos del artículo 129 de la Ley 142 de 1994. Según dicho artículo, el contrato de servicios públicos existe desde que (i) el prestador define las condiciones uniformes en las que está dispuesto a prestar el servicio, (ii) el propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, y (iii) tanto el solicitante como el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por el prestador, en línea con lo dispuesto por la reglamentación y la regulación.

Por su parte, **el operador es la persona que ha celebrado un contrato de operación con el prestador de un servicio público domiciliario para desarrollar una o varias de las actividades inherentes y/o complementarias a tal servicio, por cuenta del prestador.**” (Negritas fuera del texto)

Del concepto transcrito, se puede concluir que es el prestador del servicio público el responsable directo de la prestación del servicio, por ende, quien se encuentra sujeto a la inspección, control

y vigilancia ejercida por esta Superintendencia, sin que sea relevante si el servicio lo presta con o sin la intermediación de un operador, en los términos del artículo 79 de la Ley 142 de 1994.

Ahora, en los casos en los que no exista claridad entre el prestador y el operador, puede llegar a presentarse una corresponsabilidad, razón por la cual resulta necesario que el prestador informe dicha situación a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con el fin de que esta pueda ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control.

No obstante, se reitera que, si el operador actúa exclusivamente como un tercero en el marco del contrato de operaciones suscripto con el prestador, y no desarrolla por cuenta propia actividades constitutivas de prestación de servicios públicos domiciliarios o actividades complementarias, no tendría la obligación de registrarse en el RUPS ni de reportar información al SUI, toda vez que dichas obligaciones corresponden, en términos generales, al prestador del servicio. Distinto será el caso en que el operador actúe materialmente como prestador, evento en el cual deberá cumplir las obligaciones previstas en el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

(iv) Facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Con respecto a las competencias constitucionales, legales y jurisprudenciales que le han sido asignadas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se puede colegir que en concordancia con los artículos constitucionales 367 y 370, el legislador promulgó la Ley 142 de 1994, por la cual determinó que las funciones presidenciales de control, inspección y vigilancia que recaen sobre las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, estarían en cabeza de esta Superintendencia. Dichas funciones quedan delimitadas por lo dispuesto en los artículos 1, 11, 14 y 79 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones que a estos introdujeron las Leyes 689 de 2001, 1341 de 2009 y 1955 de 2019, así como la reglamentación del Decreto 1369 de 2020.

Así mismo, la Oficina Asesora Jurídica de esta Superintendencia, mediante el concepto SSPD-OJ-2020-630 explicó el alcance de la vigilancia integral y del parágrafo del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, en los siguientes términos:

“(…) En relación con las inquietudes que se presentan, debe indicarse que si bien en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, a esta Superintendencia le corresponde la vigilancia integral del cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que se sujeten quienes presten servicios públicos, tal competencia debe ejercerse bajo el estricto marco de lo dispuesto en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, de lo que deviene que el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, no debe llevar a la Superintendencia a la realización de actos para los que expresamente no se le ha autorizado.

En este punto, resulta pertinente traer a colación lo previsto en el inciso primero del parágrafo del artículo 79 ibidem que dispone lo siguiente: “PARÁGRAFO 1o. En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya. El Superintendente podrá, pero no está obligado, <sic> visitar las empresas sometidas a su vigilancia, o pedirles informaciones, sino cuando haya un motivo especial que lo amerite. (...)”.

Desde esa óptica, las competencias de la entidad en materia de supervisión de quienes prestan servicios públicos se encuentran delimitadas por lo dispuesto en los artículos 1, 11, 14 y 79 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones que a estos introdujeron las Leyes 689 de 2001, 1341 de 2009 y 1955 de 2019, y por lo indicado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en decisiones de conflictos negativos de competencia con otras Superintendencias a los siguientes términos:

- a. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios vigila (i) los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y gas combustible, (ii) las actividades que realicen las personas prestadoras de que trata la ley de manera integral siempre que estén reguladas y en los términos que fije la Ley respecto de sus competencias, (iii) las actividades complementarias a que se refiere el artículo 14 ibidem, (iv) las actividades inherentes a la prestación de los servicios públicos a las que se refiera así sea en forma tangencial el régimen de los servicios públicos y tengan regulación, (v) los otros servicios previstos en normas especiales de la Ley 142 de 1994 (generación de aguas, procesos de desalinización y similares – art. 161, y desarrollo de las funciones del CND eléctrico – art. 171) y (vi) las actividades que incidan determinantemente en la correcta prestación de los servicios públicos y que puedan asimilarse a alguna de las actividades principales o complementarias que componen las cadenas de valor de los servicios públicos, previa definición por parte de este ente de control.
- b. De igual manera, la Superintendencia vigila aspectos subjetivos de los prestadores, en el marco de las reglas generales establecidas en la Ley 142 de 1994. No obstante, tal posibilidad no implica que la entidad pueda asumir competencias que no le hayan sido expresamente asignadas.
- c. La vigilancia puede empezar desde antes de que inicie la operación de servicios públicos, siempre que la actividad que esté desarrollando el futuro prestador sea inherente o asimilada y esté sujeta a regulación (Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión 2019-00092). Lo anterior, en virtud del carácter preventivo inmerso en las funciones de policía administrativa en cabeza de la Superintendencia.
- d. La vigilancia termina, en caso de empresas de liquidación, cuando cese la prestación del servicio público domiciliario, siempre que la liquidación no haya estado precedida de un proceso de toma de posesión (Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión 2019-00143).
- e. Las funciones de inspección y vigilancia dependen de que el incumplimiento de la Ley material por parte de los prestadores afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados (artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994)
- f. La función de sanción sólo debe activarse cuando no esté atribuida a otra autoridad (artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994)
- g. La Superintendencia no puede aprobar previamente actos y contratos de sus vigiladas (Parágrafo primero del artículo 79 de la Ley 142 de 1994) (...).

De acuerdo con el concepto transcrito, se observa que las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se encuentran delimitadas por

el régimen de los servicios públicos domiciliarios y deben ejercerse dentro del marco de las competencias expresamente atribuidas por la Constitución y la ley, sin que ello implique asumir funciones regulatorias o contractuales asignadas a otras autoridades del sector.

En este sentido, la vigilancia ejercida por esta Superintendencia recae sobre las actividades de prestación de servicios públicos domiciliarios y sus actividades complementarias, en los términos previstos en la Ley 142 de 1994 y demás disposiciones aplicables, incluyendo aquellas actividades que puedan incidir de manera determinante en la correcta prestación del servicio.

Así mismo, la vigilancia puede ejercerse incluso respecto de actividades previas al inicio de la operación comercial, siempre que estas correspondan a actividades inherentes o complementarias sujetas a regulación. No obstante, dicha valoración deberá efectuarse en cada caso concreto conforme a las condiciones materiales de la actividad desarrollada y al marco regulatorio aplicable.

De otra parte, resulta relevante reiterar que las funciones de inspección, vigilancia y control no habilitan a esta Superintendencia para aprobar previamente actos o contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios, ni para intervenir en la autonomía empresarial y contractual de sus vigilados, salvo en los casos expresamente previstos en la ley.

En consecuencia, la determinación de la calidad de prestador, operador o tercero vinculado a la prestación del servicio deberá analizarse conforme a la realidad material de las actividades desarrolladas, el régimen jurídico aplicable y las competencias atribuidas a cada autoridad del

sector, privilegiando el análisis sustancial de la actividad efectivamente ejecutada sobre las denominaciones formales o contractuales adoptadas por las partes.

CONCLUSIONES

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se presentan las siguientes conclusiones a las preguntas planteadas en la consulta, no sin antes reiterar que, en sede de consulta, esta Oficina Asesora Jurídica no emite pronunciamientos sobre casos particulares, los mismos solo constituyen orientaciones que no comprometen la responsabilidad de la Superintendencia y tampoco tienen carácter obligatorio o vinculante.

En consecuencia, las conclusiones que se exponen corresponden a criterios jurídicos generales y abstractos sobre el alcance normativo aplicable en materia del servicio público de energía eléctrica, la prestación del mismo en relación con energía renovable y las obligaciones que la prestación conlleva.

1. *¿En qué momento jurídico-regulatorio un vehículo de propósito especial (SPV) constituido para desarrollar un proyecto de generación de energía eléctrica con FNCER adquiere la calidad de prestador de servicios públicos domiciliarios para efectos de la Ley 142 de 1994, y cuál es la incidencia de hechos como el registro ante el ASIC como agente del MEM, la*

suscripción de contratos de compraventa de energía (PPA) o el inicio de pruebas de sincronización al SIN, sobre dicha calificación?

Como ya se indicó, se consideran prestadores de servicios públicos las personas señaladas en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, quienes deberán inscribirse en el RUPS una vez hayan iniciado la ejecución de las actividades señaladas en su objeto social y que hagan parte de la cadena de prestación de los servicios públicos domiciliarios, entendiendo con esto que, se consideran prestadores una vez estén ejecutando el servicio público domiciliario o alguna de sus actividades complementarias.

Así las cosas, en la medida en que un vehículo de propósito especial (SPV) desarrolle materialmente actividades principales o complementarias del servicio de energía eléctrica, tales como generación, comercialización, transformación, interconexión y transmisión, podría encontrarse sujeto, en términos generales, al régimen de los servicios públicos domiciliarios y a las obligaciones derivadas del mismo, conforme el análisis de las actividades efectivamente desarrolladas.

En este sentido, actuaciones como la suscripción de contratos de compraventa de energía (PPA), la participación en trámites o registros asociados al Mercado de Energía Mayorista (MEM), o el desarrollo de actividades técnicas relacionadas con la conexión al Sistema Interconectado Nacional (SIN), constituyen elementos que pueden resultar relevantes para el análisis correspondiente; no obstante, dichas circunstancias no determinan por sí solas la adquisición automática de la calidad de prestador, toda vez que dicha valoración deberá efectuarse conforme a las condiciones materiales de ejecución de la actividad y las competencias atribuidas a las autoridades del sector.

2. Considerando que la inscripción en el RUPS no tiene carácter constitutivo sino declarativo de la calidad de prestador, conforme al artículo 22 de la Ley 142 de 1994, ¿puede concluirse que la omisión de dicho registro por parte de un SPV que ya realiza actividades materiales propias del servicio público de energía eléctrica no lo sustrae de la inspección, vigilancia y control de la Superservicios, ni de las obligaciones de reporte al SUI?

La inscripción en el RUPS la deben realizar los prestadores de servicios públicos domiciliarios una vez inicien la ejecución de actividades asociadas a la prestación del servicio público o sus actividades complementarias. Para tal efecto, la documentación e información que debe allegarse corresponderá a las particularidades del servicio o actividad desarrollada, conforme a los requerimientos definidos por la Superservicios en el Sistema Único de Información - SUI.

Cabe aclarar, que conforme lo dispone el artículo 7 de la Resolución SSPD No. 20181000120515 del 25 de septiembre de 2018, el trámite de inscripción y la remisión de la documentación correspondiente, deberá efectuarse a través del aplicativo dispuesto para el efecto, ya que es el único medio destinado a este fin.

No obstante, la omisión de la inscripción en el RUPS no implica, por sí sola, que una persona que desarrolle materialmente actividades inherentes o complementarias al servicio público domiciliario de energía eléctrica quede excluida de las funciones de inspección, vigilancia y control atribuidas a esta Superintendencia, toda vez que dichas competencias se ejercen respecto

de quienes efectivamente desarrollen actividades sometidas al régimen de los servicios públicos domiciliarios, en los términos previstos en la Ley 142 de 1994 y demás disposiciones aplicables.

En consecuencia, en la medida en que un vehículo de propósito especial (SPV) adelante materialmente actividades asociadas a la prestación del servicio público de energía eléctrica o a sus actividades complementarias, podría encontrarse sujeto, en términos generales, tanto a las obligaciones de información y reporte previstas en el Sistema Único de Información, como a las funciones de inspección, vigilancia y control ejercidas por esta Superintendencia, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otras autoridades del sector.

Así mismo, se precisa que el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la inscripción en el RUPS o con el reporte de información podrá dar lugar, en los casos a que haya lugar y previo el adelantamiento de las actuaciones administrativas correspondientes, a la adopción de las medidas previstas en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, de conformidad con las competencias legalmente atribuidas a esta Superintendencia.

3. ¿Resulta jurídicamente compatible con el régimen de servicios públicos domiciliarios que un proyecto de generación (cuyo vehículo titular no se encuentra registrado como prestador ante la Superservicios y, por tanto, reporta información al SUI) participe en el MEM mediante la actuación de un agente representante, trasladando así hacia un tercero las obligaciones formales propias del régimen, sin que el SPV titular asuma directamente dichas cargas?

Vale la pena señalar lo establecido por el parágrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, al indicar que esta Superintendencia no puede exigir que los actos y contratos de sus vigilados se sometan a su aprobación previa, ya que ello constituiría actos de coadministración por parte de esta Superintendencia, por cuanto el ámbito de su competencia, entre otros, se contrae a vigilar, inspeccionar y controlar el cumplimiento de los contratos que se celebren entre las empresas y los usuarios, tal como lo señala el numeral 2 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994.

Frente a los contratos entre los prestadores y los terceros, los cuales se rigen por el derecho privado, tal como se indica en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, el Concepto SSPD-OJ-2023-048 señaló lo siguiente:

“(…) en referencia al contrato de operación, es de indicar que esta Oficina Asesora Jurídica ha señalado en diversos pronunciamientos, que el prestador del servicio público domiciliario de que se trate es quien tiene bajo su responsabilidad y de manera directa la prestación del servicio, aunque haya contratado a un operador para que en su nombre despliegue algunas o todas las actividades constitutivas de la prestación.

(…)

En este sentido, el prestador -como responsable directo del servicio- es quien tiene, junto con el suscriptor o usuario, la calidad de parte en el contrato de servicios públicos, y en consecuencia, es quien se encuentra sujeto a la inspección, vigilancia y control de la Superservicios, ya que la responsabilidad en la prestación de estos servicios se encuentra a su cargo, sin que por el hecho de celebrar un contrato de operación pueda transferirla al operador contratado.”

Así las cosas, la participación de terceros o agentes representantes en actividades asociadas al Mercado de Energía Mayorista (MEM), así como la celebración de contratos de operación o representación, no implica por sí misma el traslado automático de las obligaciones derivadas de la calidad de prestador de servicios públicos domiciliarios, toda vez que dicha condición deberá analizarse conforme a la realidad material de las actividades desarrolladas y al marco normativo aplicable.

En este sentido, en la medida en que un vehículo de propósito especial (SPV) desarrolle materialmente actividades inherentes o complementarias asociadas a la prestación del servicio público de energía eléctrica, podría encontrarse sujeto, en términos generales, a las obligaciones derivadas del régimen de los servicios públicos domiciliarios, independientemente de la existencia de esquemas contractuales de representación, operación o intermediación con terceros.

Así mismo, si entre el SPV y terceros se celebran contratos para el desarrollo de determinadas actividades, ello no desvirtúa necesariamente la eventual responsabilidad que pueda corresponder al SPV frente al régimen de los servicios públicos domiciliarios, particularmente cuando este mantenga la dirección, titularidad o desarrollo material de actividades asociadas a la prestación del servicio.

No obstante, cuando no exista claridad respecto de la calidad en la que actúan las partes involucradas en el esquema contractual correspondiente, podrán presentarse escenarios de corresponsabilidad o situaciones que ameriten el análisis particular por parte de las autoridades competentes, con el propósito de determinar el alcance de las obligaciones aplicables y de las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de esta Superintendencia.

En consecuencia, la existencia de mecanismos de representación o intermediación en el MEM no excluye, por sí sola, la aplicación del régimen de los servicios públicos domiciliarios respecto de quienes desarrollen materialmente actividades sometidas a dicho régimen, ni releva automáticamente del cumplimiento de las obligaciones que resulten aplicables conforme a la normatividad vigente y al análisis particular de cada caso.

4. Dado que el cálculo CROM requiere necesariamente de información financiera reportada al SUI por el agente del mercado (conforme a las Resoluciones CREG 156/2012 y 134/2013), ¿qué implicaciones tiene para la integridad del mecanismo de respaldo financiero del MEM la participación de proyectos cuyo vehículo titular no ha reportado dicha información, especialmente cuando actúan a través de un representante cuyo patrimonio transaccional se emplea como sustituto?

La Resolución CREG 240 de 2020 que modificó y adicionó la Resolución CREG 156 de 2012 regula aspectos relacionados con la capacidad de respaldo para operaciones en el Mercado de Energía Mayorista (MEM), así como la información financiera y operativa que debe ser reportada en el Sistema Único de Información – SUI respecto del patrimonio transaccional, contratos, estados financieros y demás información requerida para el desarrollo de las actividades sometidas a regulación.

Por su parte, la Resolución SSPD-201810000027435 de 2018 por medio de la cual se hace pública la información que almacena el Sistema Único de Información (SUI) de los sectores de

energía eléctrica y gas combustible, señala en sus considerandos, frente a estos sectores lo siguiente:

“(…)Que si bien la publicidad y promulgación de la información que almacena el SUI constituye el cumplimiento de un deber constitucional y legal que permite garantizar el derecho fundamental de acceso a la información pública, la SSPD considera que tal medida, en el sector de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible, disminuye la asimetría de información, falla de mercado que aumenta los costos de transacción, las barreras de entrada y las prácticas anticompetitivas.

Que de acuerdo con el artículo 2o de la Ley 1715 de 2014, las entidades del orden nacional se encuentran en la obligación de desarrollar programas y políticas para asegurar el uso de mecanismos de fomento de gestión eficiente de la energía, de la inclusión de las fuentes no convencionales. (…)

Así las cosas, el reporte de información al Sistema Único de Información constituye un instrumento relevante para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, así como para la disponibilidad de información necesaria en el desarrollo de actividades reguladas del sector eléctrico.

En este sentido, la ausencia de reporte de información por parte de quienes desarrollen materialmente actividades asociadas al servicio público de energía eléctrica o a sus actividades

complementarias podría generar dificultades respecto de la disponibilidad, trazabilidad y verificación de la información requerida en el marco de los mecanismos regulatorios aplicables, así como afectar, en términos generales, las condiciones de transparencia y publicidad de la información sectorial.

Por consiguiente, esta Superintendencia, en el marco de sus funciones de inspección, vigilancia y control, podrá verificar el cumplimiento de las obligaciones de reporte de información previstas en el régimen de los servicios públicos domiciliarios respecto de quienes se encuentren sometidos a dicho régimen, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otras entidades del sector frente a la administración, regulación y operación del Mercado de Energía Mayorista.

Así mismo, se precisa que el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el reporte de información al SUI podrá dar lugar, previo el adelantamiento de las actuaciones administrativas correspondientes y en los casos a que haya lugar, a la adopción de las medidas previstas en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, conforme a las competencias legalmente atribuidas a esta Superintendencia.

5. En el escenario en que un SPV titular de un proyecto FNCER ha sido estructurado y transferido a través de un patrimonio autónomo o de una figura jurídica constituida en el exterior, con el efecto de que las obligaciones propias del régimen de servicios públicos domiciliarios no recaen formalmente sobre ningún sujeto radicado o supervisado en Colombia, ¿cuál es el alcance de las facultades de inspección, vigilancia y control de la Superservicios frente a dichas estructuras, y en qué medida a responsabilidad del agente representante en el MEM podría comprometer su propio cumplimiento regulatorio ante esa Entidad?

Las competencias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se ejercen respecto de las actividades inherentes o complementarias asociadas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en los términos previstos en la Ley 142 de 1994 y demás disposiciones aplicables.

En este sentido, la utilización de patrimonios autónomos, vehículos de propósito especial (SPV) o estructuras jurídicas constituidas en el exterior no excluye, por sí sola, el análisis sobre la aplicación del régimen de los servicios públicos domiciliarios respecto de las actividades que materialmente se desarrollen en el territorio nacional.

Así mismo, la participación de agentes representantes en el Mercado de Energía Mayorista (MEM) no implica automáticamente la transferencia integral de las obligaciones derivadas de la calidad de prestador, razón por la cual la determinación de las responsabilidades correspondientes deberá efectuarse conforme a las actividades efectivamente desarrolladas, el esquema implementado y el marco normativo aplicable.

En consecuencia, cuando en desarrollo de dichos esquemas se presenten situaciones en las que distintos agentes participen materialmente en actividades asociadas a la prestación del servicio público de energía eléctrica o sus actividades complementarias, podrán presentarse escenarios de corresponsabilidad cuyo análisis deberá realizarse atendiendo las particularidades de cada caso y las competencias legalmente atribuidas a las autoridades del sector.

Cordialmente,

MARÍA CAMILA LOZANO MARTÍNEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica (e)