

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **RADS**

Fecha: **FRADS**

NT-F-001. V.12

Página 1 de 17

Bogotá, D.C.,

CONCEPTO SSPD-OJ-2026-275

Señor

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

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

¹ Radicado

TEMA: **MARCO JURÍDICO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE COMERCIALIZADORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y USUARIOS NO REGULADOS**

Subtemas: Régimen jurídico aplicable al contrato de prestación del servicio público de energía eléctrica celebrado con un usuario no regulado - Libertad de entrada, competencia y libre elección del comercializador por parte del usuario no regulado - Efectos de las reclamaciones y recursos en trámite ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre la vigencia del vínculo contractual.

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

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) 745 6011.
Celular: 3203509009
sspd@superservicios.gov.co.
NIT: 800.250.984.6
www.superservicios.gov.co

Direcciones 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

como lo dispone el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011³, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁴.

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

A continuación, se transcribe la consulta elevada:

“¿Puede la empresa comercializadora que actualmente presta el servicio de suministro de energía eléctrica a un usuario no regulado ampararse en la existencia de una reclamación en trámite de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios —relativa al cobro de la opción tarifaria— para mantener vigente o exigir la continuidad de la relación contractual una vez llegada la fecha de vencimiento pactada, e impedir o dificultar que el usuario contrate la prestación del servicio con una empresa comercializadora distinta?”

En particular, agradezco que el concepto de la Superintendencia se pronuncie sobre los siguientes aspectos:

a) Si la sola existencia de una reclamación o recurso pendiente de decisión ante la Superintendencia genera, por sí misma, algún efecto de prórroga, suspensión o continuidad forzosa del contrato de suministro suscrito entre las partes.

b) Si, en ausencia de cláusula de prórroga automática y de oferta de renovación por parte del prestador actual, el usuario no regulado puede, sin incurrir en incumplimiento contractual ni exponerse a sanciones o consecuencias adversas, suscribir con antelación un nuevo contrato de suministro de energía eléctrica con otra empresa comercializadora, para que este entre a regir a partir de la fecha de vencimiento del contrato actualmente vigente.

c) Si la reclamación en trámite de apelación guarda alguna relación o incidencia jurídica con el derecho del usuario no regulado a la libre elección de comercializador, en los términos de la regulación aplicable al mercado de energía eléctrica.”

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Constitución Política

Ley 84 de 1873⁵

Ley 142 de 1994⁶

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.”

⁵ Código Civil

⁶ “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.”

Ley 143 de 1994⁷

Resolución CREG 131 de 1998⁸

Resolución CREG 183 de 2009⁹

Resolución CREG 156 de 2011¹⁰

Concepto 24253 de 2002 CREG

Concepto SSPD-OJ-2008-087

Concepto Unificado SSPD-OJ-2020-38

Concepto 1741 de 2021 CREG

Concepto SSPD-OJ-2025-44

CONSIDERACIONES

Previo a emitir un pronunciamiento sobre la consulta formulada, es necesario reiterar 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 jurídicas que no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia y no tienen carácter obligatorio o vinculante, por cuanto se expiden conforme a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, el cual dispone:

“ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”
(subrayado fuera de texto).

Así, la función consultiva a cargo de las entidades públicas no tiene como finalidad resolver situaciones particulares ni establecer excepciones u obligaciones normativas para los petitionarios; por el contrario, su propósito es brindar orientación, comunicación e información.

Precisado lo anterior, y con el fin de brindar criterios generales de orientación sobre el asunto objeto de consulta, a continuación, se desarrollarán algunas consideraciones en torno a los siguientes ejes temáticos: (i) régimen jurídico aplicable al contrato de prestación del servicio público de energía eléctrica celebrado con un usuario no regulado; (ii) libertad de entrada, competencia y libre elección del comercializador por parte del usuario no regulado; y (iii) efectos de las reclamaciones y recursos en trámite ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre la vigencia del vínculo contractual.

i) Régimen jurídico aplicable al contrato de prestación del servicio público de energía eléctrica celebrado con un usuario no regulado

⁷ “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.”

⁸ “Por la cual se modifica la Resolución CREG-199 de 1997 y se dictan disposiciones adicionales sobre el mercado competitivo de energía eléctrica.”

⁹ “Por la cual se adoptan reglas relativas al cambio de usuarios entre el mercado no regulado y el mercado regulado y se adoptan otras disposiciones.”

¹⁰ “Por la cual se establece el Reglamento de Comercialización del servicio público de energía eléctrica, como parte del Reglamento de Operación.”

El contrato de servicios públicos, de conformidad con el artículo 128 de la Ley 142 de 1994¹¹, se configura como un negocio jurídico de carácter uniforme y consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos se obliga a suministrar un determinado servicio a un usuario, quien, a su vez, asume la obligación de pagar un precio en dinero, de acuerdo con las condiciones previamente establecidas por la empresa para una generalidad de usuarios no individualizados, sin perjuicio de que puedan existir estipulaciones especiales acordadas con uno o algunos usuarios.

En materia de energía eléctrica, la Ley 143 de 1994 y la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) establecen una distinción entre usuarios regulados y no regulados. Estos últimos adquieren la energía en el mercado competitivo y sus compras se realizan a precios acordados libremente entre comprador y vendedor.

En este sentido, el artículo 11 de la Ley 143 de 1994 establece la definición de usuario no regulado en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 11. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones generales:

(...)

Usuario no regulado: persona natural o jurídica, con una demanda máxima superior a 2 Mw por instalación legalizada, cuyas compras de electricidad se realizan a precios acordados libremente. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá revisar dicho nivel, mediante resolución motivada.”

Por su parte, el artículo 1 de la Resolución CREG 131 de 1998 señala:

“ARTICULO 1o. DEFINICIONES. Para efectos de la presente resolución se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

Usuario No Regulado Para todos los efectos regulatorios, es una persona natural o jurídica con una demanda máxima superior a un valor en MW o a un consumo mensual mínimo de energía en MWh, definidos por la Comisión, por instalación legalizada, a partir de la cual no utiliza redes públicas de transporte de energía eléctrica y la utiliza en un mismo predio o en

¹¹ Ley 142 de 1994, **“ARTÍCULO 128. CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS.** Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados.

Hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio. Existe contrato de servicios públicos aún cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios.

Los contratos entre quienes presten el servicio de larga distancia nacional e internacional y sus usuarios se someterán a las reglas del contrato de servicios públicos que contiene esta Ley. Las comisiones de regulación podrán señalar, por vía general, los casos en los que el suscriptor podrá liberarse temporal o definitivamente de sus obligaciones contractuales, y no será parte del contrato a partir del momento en que acredite ante la empresa, en la forma en que lo determinen las comisiones, que entre él y quienes efectivamente consumen el servicio existe actuación de policía o proceso judicial relacionado con la tenencia, la posesión material o la propiedad del inmueble. En estos casos se facilitará la celebración del contrato con los consumidores.”

predios contiguos. Sus compras de electricidad se realizan a precios acordados libremente entre el comprador y el vendedor.”

Sobre las definiciones transcritas debe precisarse que el nivel de demanda máxima señalado en el artículo 11 de la Ley 143 de 1994 puede ser revisado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas mediante resolución motivada. En ejercicio de dicha facultad, los límites de potencia y de energía que habilitan a un usuario para contratar en el mercado competitivo se encuentran definidos en la Resolución CREG 131 de 1998 y en su Anexo 1, modificado por los artículos 2, 3 y 4 de la Resolución CREG 183 de 2009, normativa que debe consultarse para determinar la condición de usuario no regulado.

De manera que, tratándose de contratos celebrados entre empresas comercializadoras de energía eléctrica y usuarios no regulados, la determinación de las condiciones que rigen la relación contractual parte, en primer lugar, de la autonomía de la voluntad de las partes, dentro del marco establecido por las disposiciones legales y regulatorias aplicables.

En ejercicio de dicha autonomía, las partes pueden convenir las condiciones comerciales que regirán la prestación del servicio, incluyendo aquellas relativas a la vigencia del contrato, su prórroga, renovación y las circunstancias que pueden dar lugar a su terminación, siempre que tales estipulaciones se encuentren en armonía con las normas de carácter imperativo que regulan la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

Lo anterior encuentra sustento en el principio de autonomía de la voluntad y, particularmente, en lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil, según el cual: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”. Esta disposición reconoce la fuerza obligatoria de los contratos y establece que las obligaciones y condiciones válidamente convenidas por las partes resultan vinculantes para estas.

Al respecto, esta Oficina, mediante el Concepto Unificado SSPD-OJ-2020-38, señaló lo siguiente:

“(…) se debe entender el contrato de servicios públicos como un acuerdo de voluntades o consensuado por las partes, en el que se pacta que un usuario recibe la prestación de un servicio a cambio de un precio en dinero que debe pagar al prestador. El clausulado que contiene el negocio jurídico convenido, está definido para muchos usuarios no determinados, sin perjuicio de que las partes puedan pactar estipulaciones especiales en algunos casos.

Hasta este punto, se ha precisado que todo aquel que recibe o se beneficia de un servicio público domiciliario tiene la condición de usuario, sin ninguna distinción adicional; que la relación entre usuario del servicio y prestador del mismo se encuentra atada a un contrato de servicios públicos que contiene (i) cláusulas aplicables a muchos usuarios no determinados, o (ii) especiales pactadas con algunos.

Sin embargo, el artículo 11 de la Ley 143 de 1994 permite inferir la existencia de dos clases de usuarios, en tratándose de la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

Por una parte, está el llamado **usuario regulado** que es la persona natural o jurídica cuyas compras de electricidad están sujetas a las tarifas establecidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG, por la otra, se encuentra el **usuario no regulado**, que en el sector de energía eléctrica, es la persona natural o jurídica que tiene una demanda máxima superior a 2 megavatios - Mw por instalación legalizada y cuyas compras de electricidad se realizan a precios acordados libremente con el prestador del servicio de energía eléctrica (...). (Subrayado fuera de texto).

De lo anterior, se advierte que la relación jurídica entre el usuario o suscriptor de un servicio público domiciliario y el respectivo prestador se encuentra regida por un contrato de servicios públicos, el cual puede contener tanto cláusulas de carácter uniforme, aplicables a una pluralidad indeterminada de usuarios, como cláusulas especiales acordadas con determinados usuarios, de conformidad con las condiciones particulares de la relación contractual.

En este sentido, la naturaleza de la relación contractual determina la modalidad de usuario o suscriptor del servicio de energía eléctrica. Así, se distinguen: (i) el usuario regulado, entendido como aquel que ha celebrado con el prestador un contrato de servicios públicos de condiciones uniformes; y (ii) el usuario no regulado, entendido como aquel que ha celebrado con el prestador un contrato de servicios públicos en el que se han pactado condiciones o cláusulas especiales.

En lo que respecta al término de duración, la regulación ha evolucionado desde un esquema de total libertad de pacto hacia uno que establece un plazo mínimo, manteniendo la autonomía de la voluntad para plazos superiores.

Bajo la vigencia de la Resolución CREG 020 de 1996, derogada por el artículo 38 de la Resolución CREG 130 de 2019, existía un amplio margen de libertad para que las partes determinaran la duración de los contratos celebrados con usuarios no regulados. El artículo 3 de dicha resolución establecía:

“(...) los plazos que las partes pueden convenir para la compraventa o suministro de energía eléctrica que se realice entre empresas generadoras, entre distribuidoras, entre aquellas y estas, entre todas ellas y las empresas comercializadoras y los usuarios no regulados, son libres, y no requieren autorización previa alguna de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, cualquiera sea la duración de los contratos.”

Esta disposición permitía que la duración de los vínculos contractuales fuera pactada libremente entre el comercializador y el usuario no regulado, sin un término mínimo o máximo preestablecido por la regulación.

El régimen actual, aplicable a los contratos de suministro con usuarios no regulados, está definido principalmente por la Resolución CREG 183 de 2009, en particular, respecto de la duración de estos contratos, el artículo 5 introdujo una modificación sustancial al establecer un plazo mínimo obligatorio, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 5o. PLAZO MÍNIMO DE CONTRATOS CELEBRADOS CON USUARIOS NO REGULADOS.

Los contratos que celebren los comercializadores con usuarios no regulados no podrán tener un plazo inferior a un año.

Sin perjuicio de lo anterior, los contratos de prestación del servicio a término fijo que se celebren con usuarios no regulados con un plazo superior a un año se regirán por el plazo que en ellos se establezca.”

Esta disposición, citada en conceptos posteriores de la CREG¹², establece que los contratos de esta naturaleza deben tener una duración mínima de un año, sin perjuicio de que, cuando las partes acuerden un término superior, puedan determinar libremente el plazo que consideren conveniente, el cual regirá la relación contractual durante el período pactado.

De esta manera, la llegada de la fecha de vencimiento pactada constituye, en principio, el momento previsto contractualmente para la terminación del vínculo, salvo que exista una estipulación contractual válida que establezca su prórroga o renovación, o una disposición legal o regulatoria que determine una consecuencia diferente.

ii) Libertad de entrada, competencia y libre elección del comercializador por parte del usuario no regulado

En principio, es importante señalar que el artículo 365 de la Constitución Política dispone que los servicios públicos: “(...) *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. (...)*”.

A su vez, el artículo 333 ibídem establece:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. (...)”

De lo anterior, se advierte que la concepción constitucional de los servicios públicos se sustenta en un modelo de libre competencia, caracterizado por el acceso y la participación de los particulares, en el que la intervención estatal se orienta, principalmente, a la regulación, inspección, vigilancia y control de la prestación de dichos servicios.

No obstante, esta regla general admite una excepción, toda vez que la libertad de entrada al mercado puede verse restringida cuando, por razones de interés social y con el propósito de

¹² Concepto 1741 de 2021 CREG “(...) Respecto de su inquietud sobre la duración mínima del contrato para atender usuarios no regulados, le ratificamos que la Resolución CREG 183 de 2009, en su artículo 5 dispone: ARTÍCULO 5. Plazo mínimo de contratos celebrados con usuarios no regulados: Los contratos que celebren los comercializadores con usuarios no regulados no podrán tener un plazo inferior a un año. Sin perjuicio de lo anterior, los contratos de prestación del servicio a término fijo que se celebren con usuarios no regulados con un plazo superior a un año se regirán por el plazo que en ellos se establezca.”

garantizar la cobertura de los servicios públicos a las personas de menores ingresos, los municipios o distritos establecen Áreas de Servicio Exclusivo (ASE).

En estos casos, y durante el término previsto para ello, la prestación de los servicios queda reservada a la empresa que haya sido seleccionada mediante el correspondiente proceso de contratación pública, lo que supone una limitación a la participación de otros agentes en el mercado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, que establece:

“ARTÍCULO 40. ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO. *Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.*

PARÁGRAFO 1o. *La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.”*

De acuerdo con esta disposición, la ausencia de competencia constituye una medida de carácter excepcional, cuya procedencia se encuentra supeditada al establecimiento de un Área de Servicio Exclusivo y a la finalidad de extender la cobertura de los servicios públicos a las personas de menores ingresos. Por consiguiente, mientras se encuentre vigente la ASE, el derecho de los usuarios a la libre elección del prestador se encuentra limitado, en tanto la prestación del servicio dentro del área delimitada corresponde exclusivamente al prestador seleccionado.

Cuando no exista un Área de Servicio Exclusivo y concurren varios prestadores en una misma zona, su actuación deberá desarrollarse en condiciones de libre competencia, de modo que los usuarios cuenten con distintas alternativas y puedan escoger libremente aquella que consideren más conveniente. Esta posibilidad materializa el derecho a la libre elección del prestador, consagrado en el artículo 9 de la Ley 142 de 1994, el cual dispone:

“ARTÍCULO 9. DERECHO DE LOS USUARIOS. *<Aparte entre paréntesis cuadrados [...] adicionado mediante FE DE ERRATAS. El texto corregido es el siguiente:> Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor, [siempre que no contradigan esta ley, a]:*

(...)

9.2. La libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización.”

De modo que, debe reiterarse que en los mercados en los que no exista un Área de Servicio Exclusivo, la libre competencia permite a los usuarios disponer de distintas alternativas de prestación y, en ejercicio del derecho consagrado en el numeral 9.2 del artículo 9 de la Ley 142 de 1994, elegir libremente el prestador del servicio que resulte más conveniente.

Ahora, dado que en el Sistema Interconectado Nacional (SIN) no operan áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio de energía, los usuarios no regulados conservan la facultad de cambiar de comercializador, de conformidad con las cláusulas de vigencia estipuladas en el contrato, respetando el término mínimo legal de un año y bajo la condición de encontrarse a paz y salvo con el prestador actual.

En este mercado, el plazo del preaviso para la terminación o no prórroga del vínculo contractual no se limita a un período de facturación, sino que corresponderá a lo pactado libremente por las partes, sin perjuicio de la presunción de abuso de la posición dominante prevista en el numeral 133.21 del artículo 133 de la Ley 142 de 1994 respecto de las cláusulas que obligan al usuario a dar un preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato, de ahí que, una vez expirado el término de vigencia del contrato, el usuario podrá efectuar el cambio de comercializador.

En este sentido, esta Oficina, mediante el Concepto SSPD-OJ-2025-44, señaló lo siguiente:

“(…) Por otro lado, el numeral 9.2 del artículo 9, consagra que los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, entre otras cosas, a la libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para la obtención del servicio, por lo que en relación con sus interrogantes que hacen referencia al cambio de operador, vale la pena indicar que, el cambio de operador es una situación que dependerá; por un lado, del interés de los agentes del mercado en prestar los servicios públicos en determinada zona y por el otro, el interés de los usuarios en adquirir los servicios con uno u otro prestador, por tanto en principio es el usuario quien se encuentra facultado para libremente elegir el prestador de sus servicios públicos domiciliarios, Veamos:

“ARTÍCULO 9. DERECHO DE LOS USUARIOS. Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor, siempre que no contradigan esta ley, a:

(…)

9.2. La libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización.”

De este modo, los usuarios, además de poder escoger el prestador que le brinde mejores condiciones o el de su preferencia, también tendrán la libertad de solicitar la terminación unilateral del contrato para recibir la prestación del servicio por parte de otro prestador, prerrogativa que tienen en el marco de la ejecución del contrato de servicios públicos.”

En virtud de lo anterior, la facultad de los usuarios para elegir libremente a su prestador constituye un elemento esencial del régimen de los servicios públicos domiciliarios, en tanto les permite seleccionar aquel que mejor responda a sus necesidades.

Esta facultad adquiere particular relevancia en el mercado de usuarios no regulados, donde la competencia entre comercializadores se fomenta precisamente para que sean los usuarios quienes, mediante su poder de elección, impulsen la mejora en la calidad y las condiciones de los servicios. Por ende, la libre elección no solo es un derecho del usuario, sino también un mecanismo intrínseco para la promoción de la eficiencia y la calidad en la prestación de los servicios públicos.

De manera que, una vez expirado el término de vigencia, el contrato finaliza de pleno derecho, extinguiendo las obligaciones de tracto sucesivo, sin que se necesiten condiciones adicionales para su eficacia, caso en el cual el usuario podrá efectuar el cambio de comercializador, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución CREG 156 de 2011, mediante la cual se establece el Reglamento de Comercialización del servicio público de energía eléctrica y se regulan, entre otros aspectos, los requisitos y condiciones aplicables al cambio de comercializador. En tal orden, los artículos 54, 55 y 56 de la referida resolución establecen:

“ARTÍCULO 54. REQUISITOS PARA EL CAMBIO DE COMERCIALIZADOR. Para el cambio de comercializador, el nuevo comercializador verificará que el Usuario que le ha solicitado el servicio cumpla los siguientes requisitos:

- 1. Haber cumplido los tiempos de permanencia mínima con el comercializador que le presta el servicio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Resolución 108 de 1997 y la Resolución 131 de 1998, o aquellas que las modifiquen o sustituyan.*
- 2. Estar a paz y salvo con el comercializador que le presta el servicio.*
- 3. Haber garantizado el pago de que trata el de este Reglamento.*

ARTÍCULO 55. SOLICITUD DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO QUE IMPLICA CAMBIO DE COMERCIALIZADOR. El Usuario interesado contactará al agente que haya elegido como nuevo prestador del servicio y lo habilitará expresamente para gestionar el cambio de comercializador.

El comercializador que le presta el servicio al Usuario no podrá hacer exigible la participación del mismo en el proceso de cambio de comercializador y se entenderá directamente con el nuevo prestador del servicio.

ARTÍCULO 56. PAZ Y SALVO. Para la expedición del paz y salvo que se requiere para el cambio de comercializador, se deberán observar las siguientes reglas:

- 1. El Usuario, directamente o a través del nuevo comercializador, le solicitará al comercializador que le presta el servicio un documento que certifique que se encuentra a paz y salvo por conceptos relacionados directamente con la prestación del servicio.*

2. El paz y salvo corresponderá a los consumos facturados al Usuario. Por consiguiente, no se requerirá paz y salvo por consumos no facturados al Usuario por parte del comercializador que le presta el servicio.

3. El comercializador que le presta el servicio deberá dar respuesta a la solicitud de paz y salvo dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al día en que se hace la solicitud. En caso de que el Usuario no se encuentre a paz y salvo con el comercializador que le presta el servicio, éste deberá dar respuesta por escrito, dentro del plazo señalado, indicando claramente los números de referencia de las facturas en mora, el período de suministro correspondiente y el valor pendiente de pago del respectivo Usuario.

4. El documento que se emita como paz y salvo deberá contener, como mínimo, los siguientes elementos:

a) Identificación del comercializador que le presta el servicio al Usuario.

b) Fecha de expedición.

c) Identificación del Usuario: incluyendo el nombre, NIU, y la dirección del predio para el cual se solicita el paz y salvo.

d) Último período facturado y la lectura correspondiente.

e) Cartera corriente: números de referencia de las facturas emitidas y que aún no se han vencido, indicando para cada una el concepto, valor y fecha de vencimiento.

f) Acuerdos de pago: informar sobre los acuerdos de pago firmados con el Usuario, indicando las cuotas pendientes y el saldo adeudado, discriminando el capital y los intereses.

g) Procesos pendientes por resolver: indicar si el Usuario tiene o no procesos de investigación en curso por posibles fraudes, que en caso de resolverse a favor de la empresa generarían nuevas obligaciones por consumos dejados de facturar.

Parágrafo. El paz y salvo que expida el comercializador que atiende al Usuario, no perderá validez para efectos del cambio de comercializador, si aquél omite incluir alguno de los elementos señalados en el numeral 4 de este artículo. Sin perjuicio de lo anterior el comercializador que prestaba el servicio podrá hacer uso de los mecanismos y acciones legales para exigir del Usuario el pago de los valores que éste le pueda adeudar al momento del cambio de comercializador.”

Así las cosas, la regulación establece un procedimiento que busca armonizar el derecho del usuario a cambiar de comercializador con la protección de las obligaciones económicas derivadas del contrato. En este sentido, los tres requisitos previstos en el artículo 54 de la Resolución CREG 156 de 2011 son de carácter acumulativo y deben ser verificados por el nuevo comercializador, mientras que el comercializador que actualmente atiende al usuario deberá expedir el paz y salvo o informar de manera motivada las obligaciones pendientes dentro del término máximo de cinco (5) días hábiles.

Si bien el comercializador actual es responsable de los consumos ante el mercado mayorista hasta el registro de la nueva frontera, esta obligación operativa no puede coartar el derecho del usuario a cambiar de proveedor.

En ese mismo contexto, y en ejercicio de la autonomía de la voluntad, la regulación no prohíbe que un usuario no regulado celebre un nuevo contrato de suministro cuya vigencia se pacte a partir de la terminación del contrato en curso, comoquiera que los efectos del nuevo negocio jurídico solo se producen desde la fecha prevista para su inicio, sin que ello suponga la coexistencia de dos contratos destinados a atender simultáneamente el mismo suministro. Esta previsión resulta además consistente con el numeral 4 del Anexo 1 de la Resolución CREG 131 de 1998, conforme al cual la inexistencia de relación contractual entre el usuario no regulado y el comercializador responsable de la respectiva frontera comercial ante el mercado mayorista constituye causal de suspensión del servicio, de manera que la continuidad en la prestación supone que exista, en todo momento, un contrato vigente y la correspondiente frontera comercial registrada.

iii) Efectos de las reclamaciones y recursos en trámite ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre la vigencia del vínculo contractual

Bajo las consideraciones expuestas, la duración de los contratos de suministro de energía eléctrica celebrados con usuarios no regulados se encuentra determinada, en principio, por la autonomía de la voluntad de las partes, sujeta a las condiciones y límites establecidos en el artículo 5 de la Resolución CREG 183 de 2009.

Por lo tanto, una vez cumplido el plazo inicialmente convenido, la continuidad, prórroga o terminación de la relación contractual deberá determinarse de conformidad con las cláusulas pactadas por las partes y las disposiciones normativas aplicables, sin que la sola existencia de actuaciones de carácter administrativo o litigioso permita entender, por sí misma, que el contrato ha sido prorrogado o que su vigencia se ha extendido más allá del término convenido.

Igualmente, resulta pertinente precisar, en términos generales, que la opción tarifaria constituye un mecanismo previsto por la regulación para definir los costos máximos de prestación del servicio que pueden trasladarse a los usuarios regulados del Sistema Interconectado Nacional, mientras que las compras de electricidad de los usuarios no regulados se realizan a precios acordados libremente entre el comprador y el vendedor. Por consiguiente, el alcance de las reclamaciones asociadas a la facturación debe examinarse a la luz del régimen propio de cada modalidad de usuario y de las estipulaciones del respectivo contrato.

Como se señaló previamente, la Resolución CREG 156 de 2011 contempla un procedimiento específico para el cambio de comercializador, cuyo propósito es garantizar que dicha sustitución se efectúe sin desconocer las obligaciones económicas derivadas de la relación contractual existente. En este marco, el artículo 54 de la resolución atribuye al nuevo comercializador la verificación del cumplimiento de los requisitos necesarios para hacer efectivo el cambio, entre los cuales se encuentran el cumplimiento del período mínimo de permanencia, la acreditación de la paz y salvo del usuario y la constitución de la garantía de pago prevista en el artículo 58 de la misma resolución.

Ahora bien, el hecho de que exista una reclamación en curso y, por consiguiente, que la obligación objeto de controversia no sea temporalmente exigible, no significa que se modifiquen los términos de la relación contractual ni que se extienda el período de permanencia pactado entre las partes. En efecto, si bien la interposición de recursos en sede administrativa suspende transitoriamente la exigibilidad de la obligación controvertida y, de conformidad con el artículo 155 de la Ley 142 de 1994¹³, limita la posibilidad del comercializador de ejecutar determinadas medidas de cobro o suspender el servicio mientras se resuelve la reclamación, estos efectos se circunscriben a la obligación objeto de controversia y no se extienden a la duración del vínculo contractual. Por tanto, la existencia de una reclamación pendiente no implica, por sí misma, la prórroga automática del contrato ni la modificación de los plazos previamente pactados.

De modo que este esquema de separación armónica entre la vigencia del contrato y la exigibilidad de deudas pendientes coincide plenamente con el numeral 4 del Anexo 1 de la Resolución CREG 131 de 1998¹⁴, disposición que establece que el comercializador que mantiene registrada la frontera comercial del usuario ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) asume la responsabilidad total de las transacciones del mercado hasta que se perfeccione el registro a nombre del nuevo prestador, demostrando que la sustitución física del responsable de la frontera se produce con independencia de las obligaciones económicas remanentes, las cuales deben ventilarse por los canales ordinarios de cobro o solución de controversias.

Así las cosas, se concluye que la existencia de un recurso de apelación pendiente de decisión ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios afecta única y exclusivamente la exigibilidad ejecutiva de la cuantía objetada, pero bajo ninguna consideración jurídica opera como una barrera regulatoria o causa de prórroga automática que impida la terminación del contrato de suministro por vencimiento del plazo.

Por tanto, cumplido el término pactado, el usuario no regulado conserva intacto su derecho constitucional y legal a migrar de prestador en el Sistema Interconectado Nacional, debiendo el comercializador saliente emitir el paz y salvo sobre los conceptos debidamente ejecutados y no discutidos, y aceptar los mecanismos de garantía regulados por el artículo 58 de la Resolución CREG 156 de 2011 para asegurar los saldos que resulten firmes tras el corte, sin que le sea lícito retener la frontera comercial ni obstaculizar el proceso de registro ante el Administrador del Sistema.

Ahora, en el marco del análisis que se viene realizando, resulta pertinente abordar el momento en que nace la obligación a cargo del usuario, así como aquel en el que se hace exigible su pago.

¹³ **Ley 142 de 1994 "ARTÍCULO 155. DEL PAGO Y DE LOS RECURSOS.** *Ninguna empresa de servicios públicos podrá exigir la cancelación de la factura como requisito para atender un recurso relacionado con ésta. Salvo en los casos de suspensión en interés del servicio, o cuando esta pueda hacerse sin que sea falla del servicio, tampoco podrá suspender, terminar o cortar el servicio, hasta tanto haya notificado al suscriptor o usuario la decisión sobre los recursos procedentes que hubiesen sido interpuestos en forma oportuna.*

<Inciso CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Sin embargo, para recurrir el suscriptor o usuario deberá acreditar el pago de las sumas que no han sido objeto de recurso, o del promedio del consumo de los últimos cinco períodos."

¹⁴ **ANEXO NO. 1. ELEGIBILIDAD PARA COMERCIALIZACION EN EL MERCADO COMPETITIVO.** "(...) 4. *El comercializador que registre una frontera comercial de un usuario no regulado, es responsable ante el mercado por sus consumos hasta tanto tal usuario tenga vigente una nueva situación contractual con otro comercializador y este último registre la frontera comercial del usuario respectivo. En consecuencia, la inexistencia de una relación contractual entre un usuario no regulado y el comercializador responsable de la respectiva frontera comercial ante el mercado mayorista, es causal de suspensión del servicio.*"

Sobre el particular, esta Oficina se pronunció mediante el Concepto SSPD-OJ-2008-087, en los siguientes términos:

“(…) Nótese que de conformidad con lo anterior, una cosa es el nacimiento de la deuda a cargo del usuario o suscriptor, a partir del momento en que la empresa expide la factura, y otra el momento en que dicha deuda se hace exigible, lo cual ocurre cuando se cumple el plazo para el pago establecido en el contrato de condiciones uniformes o, en caso de que se haya presentado una reclamación o recurso, cuando dicha factura queda en firme, momento a partir del cual empiezan a correr los términos de prescripción para efectos de que la empresa de servicios públicos ejerza las acciones tendientes a exigir su cumplimiento.

De conformidad con lo ya expuesto se puede concluir que es al nacer la obligación de pago en el momento de expedirse la factura de servicios públicos, cuando la empresa puede exigir válidamente la garantía correspondiente en caso de que el usuario o suscriptor decida terminar unilateralmente el contrato de condiciones uniformes por cambio del comercializador, sin importar que dicha deuda no sea actualmente exigible, bien sea por que no se ha cumplido el plazo establecido para el pago o por que se hayan presentado reclamaciones o recursos frente a la factura.

De esta manera es que esta Oficina Asesora Jurídica encuentra la necesidad de modificar lo señalado en el concepto SSPD-OJ-2005-435, en el sentido que para el caso de los usuarios o suscriptores que deseen terminar unilateralmente el contrato de condiciones uniformes por cambio de comercializador y cuyas obligaciones son objeto de debate en sede de apelación, es viable para la empresa comercializadora exigir la constitución de una garantía respecto de dicha deuda, siempre que así se haya pactado en el contrato de condiciones uniformes respectivo, de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 147 de la Ley 142 de 1994, toda vez que una cosa es la existencia de la obligación, que se produce con la expedición de la factura, y otra su exigibilidad, la cual se da al momento en que la factura queda en firme.

En todo caso es de aclarar que el otorgamiento de dicha garantía, mediante la suscripción de un título valor, constituye una obligación de tipo accesorio que depende de la suerte de la obligación principal (en este caso la deuda a cargo del usuario o suscriptor originada en la factura), razón por la cual si está aún no es exigible tampoco podría hacerse efectivo el cumplimiento de la garantía; ello se traduce en que mientras no se decidan las reclamaciones y recursos interpuestos, y la factura no quede en firme, mal podría hacer la empresa en exigir el cumplimiento del título valor otorgado como garantía por el suscriptor o usuario.

Igualmente, si las reclamaciones o recursos se deciden en favor del usuario o suscriptor, y se llegue a determinar que a su cargo no tiene obligación de pago alguna, la garantía constituida perdería todo fundamento y quedaría extinta junto con la obligación principal, por lo que la empresa no podría exigir su cumplimiento (3)”

De acuerdo con lo anterior, la existencia de una controversia pendiente impide que la obligación sea considerada exigible hasta tanto se adopte una decisión definitiva. Si bien la empresa puede adoptar los mecanismos previstos contractualmente para salvaguardar su eventual derecho de crédito, no puede hacer efectiva la garantía mientras la obligación principal permanezca sujeta a discusión. De esta manera, la protección del crédito del comercializador no puede entenderse

como una autorización para anticipar la exigibilidad de una obligación cuya procedencia aún no ha sido definida.

En este mismo sentido la CREG en el Concepto 24253 de 2002, señaló:

"(...) La libre escogencia, por parte del usuario final, del prestador del servicio, constituye un derecho de orden legal, que la regulación trata en la resolución por usted mencionada. La Ley 142 de 1994 en su Artículo 9. prevé que el usuario de los servicios públicos tiene derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario Decreto 1842 de 1991. Y demás normas que consagren derechos a su favor, siempre que no contradigan esta ley, a:

"9.2.- La libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización".

El artículo 15 de la Resolución CREG 108 de 1997, dispone que pueden ejercer este derecho el usuario que no se encuentre localizado en un área de servicio exclusivo y que la relación comercial con el prestador se determine por un contrato de condiciones uniformes celebrado bajo los términos dispuestos en el Artículo 128 de la ley.

Adicionalmente debe:

- Permanecer mínimo 12 meses con el prestador que se pretende cambiar.*
- Estar a paz y salvo con las facturas provenientes del contrato de condiciones uniformes (consumo del servicio) o si presentan obligaciones, garantizarlas con un título valor, siempre y cuando éstas no se encuentren ya garantizadas. Al prestador no le es posible, por un mismo concepto, exigir un título valor adicional.*

Los anteriores constituyen los únicos requisitos que el interesado debe reunir para cambiarse.

(...)

2. "Puede un usuario que cumple con el Artículo 15 de la Resolución 108/97 continuar con su proceso de cambio de comercializador, cuando existe alguna reclamación o proceso ante la Superintendencia de Servicios Públicos por algunos presuntos cobros indebidos, los cuales no han sido cancelados por parte del usuario.?"

Reiteramos que los únicos requisitos que debe agotar el usuario para ejercer su derecho para cambiarse de comercializador, son los previstos en el Artículo 15 de la Resolución CREG 108.

Manifiesta usted que se adelanta una actuación ante la Superintendencia, bajo el entendido que ésta no ha culminado. Es de nuestra consideración, que hasta tanto la entidad competente no se pronuncie formalmente sobre "la reclamación o el proceso" los valores facturados por la empresa, oportunamente conocidos por el usuario, relacionados con el consumo del servicio y no cancelados ni garantizados con un título valor, son susceptibles de exigir se garanticen por parte de la empresa y así seguir con el trámite.

Lo anterior obedece a que el Artículo 15, no distingue, para efectos de la garantía, entre los valores aceptados y los controvertidos por el usuario, lo cual se considera razonable en atención a que la única entidad con competencia para pronunciarse sobre la conducta desarrollada por la empresa es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

3. “Por último cuando se da el cambio de comercializador de un usuario, sería responsablemente solidario el nuevo comercializador por los dineros dejados de pagar por parte del usuario al antiguo comercializador, ya sea por cartera ordinaria o vencida.”

Como ya se manifestó, la regulación prevé como uno de los requisitos para realizar el cambio, la constitución de un título valor que garantice las obligaciones provenientes de consumo, independientemente de si la factura que representa el mismo encaja en el concepto de cartera ordinaria o vencida.

De conformidad con la normativa vigente y con la postura que, sobre la materia, han venido desarrollando la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) y esta Superintendencia, resulta necesario reiterar que la existencia de una reclamación en curso ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no impide que el usuario efectúe el cambio de comercializador, siempre que cumpla con los requisitos dispuesto en el artículo 54 de la Resolución CREG 156 de 2011.

CONCLUSIONES

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se presentan las siguientes conclusiones:

- En los contratos celebrados entre empresas comercializadoras de energía eléctrica y usuarios no regulados prevalece, como regla general, el principio de autonomía de la voluntad, que permite a las partes establecer las condiciones de su relación contractual, incluida su vigencia, prórroga, renovación y terminación, dentro de los límites establecidos por la legislación y regulación aplicables al servicio público de energía eléctrica. En ese sentido, las estipulaciones contractuales serán válidas y exigibles siempre que respeten las normas imperativas y los derechos y obligaciones previstos en el ordenamiento jurídico, de manera que, cumplido el término de duración convenido, el contrato podrá finalizar, salvo que exista una estipulación válida de prórroga o renovación o una disposición legal o regulatoria que establezca una consecuencia diferente.
- La sola existencia de una reclamación o recurso pendiente de decisión ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no genera, por sí misma, la prórroga, suspensión ni continuidad forzosa del contrato de suministro. Si bien la controversia puede producir efectos respecto de la exigibilidad de las obligaciones económicas objeto de discusión, estos no se extienden a la vigencia del vínculo contractual ni implican la prolongación del término pactado hasta la resolución de la actuación administrativa.
- El vencimiento del término contractual y la existencia de obligaciones económicas pendientes o controvertidas constituyen situaciones jurídicamente diferenciables. Por tanto, la existencia de tales obligaciones no impide, por sí misma, que el usuario ejerza su derecho a cambiar de comercializador, siempre que cumpla los requisitos establecidos

en la regulación aplicable y se garanticen, cuando corresponda, las obligaciones pendientes.

- El vencimiento del plazo contractual no constituye, por sí mismo, una causal de cancelación automática del registro de la frontera comercial. En consecuencia, el comercializador que actualmente atiende al usuario continuará respondiendo por los consumos ante el Mercado Mayorista hasta tanto se perfeccione el cambio de comercializador y se efectúe el correspondiente registro de la frontera a nombre del nuevo comercializador.
- En ejercicio del derecho a la libre elección del prestador y del principio de autonomía de la voluntad, el usuario no regulado puede celebrar anticipadamente un nuevo contrato de suministro con un comercializador distinto, siempre que su vigencia se encuentre prevista para iniciar una vez finalice el contrato vigente y se respeten las obligaciones derivadas de este último. La celebración anticipada del nuevo contrato no implica, por sí misma, la existencia simultánea de dos relaciones contractuales destinadas a atender el mismo suministro ni genera un doble suministro de energía, dado que sus efectos se producirán a partir de la fecha prevista para el inicio de su vigencia.
- Finalmente, una vez vencido el término pactado, la continuidad del contrato deberá sujetarse a las cláusulas de prórroga o renovación válidamente estipuladas y al marco legal y regulatorio aplicable, sin que resulte admisible imponer una extensión forzosa del vínculo contractual. En este sentido, el artículo 133.20 de la Ley 142 de 1994¹⁵ establece una presunción de abuso de la posición dominante respecto de determinadas cláusulas de renovación tácita, lo que, en concordancia con el principio de autonomía de la voluntad y el derecho a la libre elección del prestador, impide que la continuidad contractual sea utilizada para restringir injustificadamente el cambio de comercializador.

Cordialmente,

CRISTIAN HERNÁN BURBANO SANDOVAL
Jefe (E) de la Oficina Asesora Jurídica

¹⁵ **Ley 142 de 1994 "ARTÍCULO 133. ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE.** Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:133.20. Las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por períodos superiores a un año;(..."