

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **RADS**

Fecha: **FRADS**

NT-F-001. V.12

Página 1 de 23

Bogotá, D.C.,

CONCEPTO SSPD-OJ-2026-224

Señor

XXXXXXXXXXXX

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: SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS

Subtemas: Prestadores del servicio público domiciliario – Contratos entre prestadores y terceros – funciones de la SSPD

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) 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

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

La consulta elevada contiene una serie de preguntas relacionadas con el “alcance de las actividades que pueden desarrollar las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios de Energía Eléctrica”, las cuales serán transcritas y respondidas en el acápite de conclusiones.

COMPETENCIA Y REMISIÓN POR RAZÓN DE LA MATERIA

Previo a resolver de fondo los interrogantes planteados, resulta necesario delimitar el alcance de la competencia de esta Oficina Asesora Jurídica frente a cada uno de ellos. Lo anterior, en consideración a que el artículo 21 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, dispone que cuando la autoridad ante la cual se radica una petición carece de competencia para resolverla de fondo, deberá remitirla a la autoridad que estime competente, sin que le sea dable pronunciarse sobre el fondo del asunto ni suplantar el ejercicio de las funciones atribuidas por la ley a dicha autoridad.

La competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad con el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1369 de 2020, se contrae a absolver consultas jurídicas externas relativas al régimen de los servicios públicos domiciliarios, esto es, a la interpretación general de las Leyes 142 y 143 de 1994 y de las normas que las desarrollan, así como al ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control atribuidas por el artículo 79 de la Ley 142 de 1994. Dicha competencia no se extiende a la regulación técnica, comercial, tarifaria o económica de las actividades del sector eléctrico, función que, por expresa disposición de los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994, del artículo 23 de la Ley 143 de 1994 y del artículo 4 del Decreto 1260 de 2013, que compila las funciones especiales de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, corresponde de manera privativa a dicha Comisión en el ámbito de las competencias que le han sido atribuidas.

En este sentido, el artículo 74 de la Ley 142 de 199, dispone:

“ARTÍCULO 74. FUNCIONES Y FACULTADES ESPECIALES. (...) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante (...). Expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de energía y gas combustible por parte de los consumidores (...).”

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.”

En ejercicio de dicha competencia especial, la Comisión de Regulación de Energía y Gas ha expedido, entre otras, la Resolución CREG 174 de 2021 y la Resolución CREG 030 de 2018, relativas a la autogeneración a pequeña escala y a la generación distribuida, y la Resolución CREG 070 de 1998, relativa a la remuneración de activos de terceros utilizados por el Operador de Red, instrumentos que ilustran el carácter eminentemente técnico y regulatorio de las materias objeto de los interrogantes 3, 4, 5, 6, 9 y 12 de la consulta. En igual sentido, dicha Comisión se ha pronunciado, entre otros, en los Conceptos CREG 0002449 de 2024 y 0003578 de 2021, sobre la naturaleza jurídica de la relación contractual entre el usuario y el tercero que instala, financia u opera equipos de generación o de eficiencia energética.

En consecuencia, los interrogantes 1, 2, 7, 8, 10 y 11 de la consulta serán resueltos de fondo por esta Oficina, por cuanto se circunscriben a la interpretación del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios y al alcance de las funciones propias de esta Superintendencia. Los interrogantes 3, 4, 5, 6, 9 y 12, por el contrario, versan sobre aspectos técnicos, comerciales y regulatorios cuya definición corresponde a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, motivo por el cual, en aplicación del artículo 21 de la Ley 1437 de 2011, no serán objeto de pronunciamiento de fondo en el presente concepto. En consecuencia, dichos interrogantes serán remitidos a la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG para que, en el ámbito de sus competencias, emita el pronunciamiento que estime pertinente, circunstancia que se reiterará en el acápite de conclusiones.

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Ley 142 de 1994⁵

Ley 143 de 1994⁶

Ley 1715 de 2014⁷

Ley 1437 de 2021

Resolución CREG 174 de 2021⁸

Concepto SSPD-OJ-2024-068

Concepto SSPD-OJ-2023-048

Concepto SSPD-OJ-2023-242

Concepto SSPD-OJ-2020-630

Concepto SSPD-OJ-2020-084

Concepto CREG 2464 de 2024

Concepto CREG 2719 de 2022

Resolución CREG 030 de 2018

Resolución CREG 038 de 1996

Resolución CREG 070 de 1998

Concepto CREG 0002449 de 2024

Concepto CREG 0003578 de 2021

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 regulan las actividades de autogeneración a pequeña escala y de generación distribuida en el Sistema Interconectado Nacional”

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, por cuanto 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 con el fin de brindar elementos de análisis y orienten la consulta anterior, bajo los siguientes ejes temáticos: (i) servicio público de energía eléctrica y actividades complementarias, (ii) prestadores de servicios públicos domiciliarios, (iii) contratos entre prestadores del servicio público domiciliario y terceros, (iv) facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y (v) separación contable, deberes de información ante el Sistema Único de Información (SUI) y régimen de vigilancia especial.

i) Servicio público de energía eléctrica y actividades complementarias

En relación con el 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.” (Subrayado 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, interconexión 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.

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.”

Se debe indicar que la Ley 1715 de 2014 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. (Subrayado fuera del texto)

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." (Subrayado 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. (...)" (Subrayado fuera del texto)

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."

(...)" (Subrayado 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, la generación de energía constituye una actividad complementaria del servicio público domiciliario de energía eléctrica. En consecuencia, quienes desarrollen dicha actividad podrán quedar sometidos al régimen de los servicios públicos domiciliarios, en los términos previstos en las Leyes 142 y 143 de 1994, la Ley 1715 de 2014 y la regulación aplicable.

En el caso de que se esté frente a un productor marginal o independiente, conocido como autogenerador, este no se encuentra obligado, por regla general, a constituirse como Empresa de Servicios Públicos, salvo los eventos previstos en la regulación aplicable.

De otra parte, la Comisión en comento en Concepto 002464 de 2024 hace referencia a los generadores distribuidos y a los autogeneradores, indicando que:

“(…) Al respecto le informamos que un Generador Distribuido es una Empresa de Servicios Públicos dedicada exclusivamente a la actividad de Generación, es decir, a la venta de energía.

Ahora bien, si se refiere a que desea instalar un sistema de generación para atender su propia demanda de energía eléctrica (en este caso la energía que consume el proceso textil) y, además, que pueda vender los excedentes de energía a la red, entonces se refiere a la actividad de autogeneración, la cual puede ser de pequeña o gran escala.

*En cualquiera de los dos casos anteriores (autogeneración de pequeña o gran escala), **NO** se requiere que el usuario (sea persona natural o jurídica) se constituya como una Empresa de Servicios Públicos (ESP), pues la energía se vende al sistema a través de empresas comercializadoras o generadoras de energía, las cuales si son ESP. Lo anterior pues la Ley 1715 de 2014 permitió a los usuarios autogeneradores vender energía al sistema.*

Las resoluciones que rigen las actividades de autogeneración de pequeña y gran escala son la Resolución CREG 024 de 2015 (gran escala) y 135 y 174 de 2021 (pequeña escala) (…)
(Subrayado fuera del texto)

Así las cosas, cuando la generación de energía eléctrica tenga por finalidad la prestación del servicio a terceros, deberán observarse la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG y las disposiciones del régimen de los servicios públicos domiciliarios que resulten aplicables. Por su parte, cuando se trate de esquemas de autogeneración o de venta de excedentes de energía en los términos previstos en la Ley 1715 de 2014 y en la regulación expedida por la CREG, no será necesario constituirse como Empresa de Servicios Públicos, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones previstas en dicho marco normativo.

ii) Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios

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. (…)* (Subrayado 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 en los términos previstos por la ley y la regulación aplicable quedan sometidas, en lo que corresponda, 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.

Respecto al servicio público domiciliario de energía eléctrica y sus actividades complementarias, es importante hacer mención al artículo 74 de la Ley 143 de 1994 sustituido por el artículo 298 de la Ley 1955 de 2019 que establece:

“ARTÍCULO 74. Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que tengan por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica y que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional, podrán desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada. Esta disposición aplicará también para las empresas que tengan el mismo controlante o entre las cuales exista situación de control en los términos del artículo 260 del Código de Comercio y el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, o las normas que las modifiquen o adicionen.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas establecerá la regulación diferencial que fuere pertinente para la promoción de la competencia y la mitigación de los conflictos de interés en los casos de que trata el presente artículo y en los casos en que la integración existiere previamente a la expedición de la presente ley.

PARÁGRAFO 1o. La Comisión de Regulación de Energía y Gas deberá adoptar medidas para la adecuada implementación de lo dispuesto en el presente artículo, en relación con la concurrencia de actividades de comercialización, generación y distribución en una misma empresa o en empresas con el mismo controlante o entre las cuales exista situación de control, incluyendo posibles conflictos de interés, conductas anticompetitivas y abusos de posición dominante y las demás condiciones que busquen proteger a los usuarios finales.

PARÁGRAFO 2o. Ninguna empresa de servicios públicos domiciliarios que desarrolle en forma combinada la actividad de generación de energía, y/o la de comercialización y/o la de distribución, que represente más del 25% del total de la demanda del Sistema Interconectado Nacional, podrá cubrir con energía propia o con energía de filiales o empresas controladas, más del 40% de la energía requerida para atender la demanda de su mercado regulado. Esta restricción no aplicará a los contratos bilaterales que sean asignados en procesos competitivos en los que expresamente el Ministerio de Minas y Energía o la Comisión de Regulación de Energía y Gas en ejercicio de las funciones delegadas, dispongan que están exceptuados de esta restricción. El Gobierno nacional o la Comisión de Regulación de Energía y Gas en ejercicio de las funciones delegadas, podrá establecer un porcentaje inferior a este 40%.”

De conformidad con el artículo anterior las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional (SIN), podrán desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada, de conformidad con la normatividad que profiera al respecto la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, la cual deberá promover la competencia y evitar casos de conflictos de intereses y abuso de la posición dominante.

Finalmente, es importante tener presente el artículo 18 de la Ley 142 de 1994 que establece:

“ARTÍCULO 18. OBJETO. *La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.*

Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.

Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.

PARÁGRAFO. *Independientemente de su objeto social, todas las personas jurídicas están facultadas para hacer inversiones en empresas de servicios públicos. En el objeto de las comunidades organizadas siempre se entenderá incluida la facultad de promover y constituir empresas de servicios públicos, en las condiciones de esta Ley y de la ley que las regule. En los concursos públicos a los que se refiere esta Ley se preferirá a las empresas en que tales comunidades tengan mayoría, si estas empresas se encuentran en igualdad de condiciones con los demás participantes.”* (Subrayado fuera del texto)

Así las cosas, las Comisiones de Regulación podrán obligar a un prestador de servicios públicos a tener un objeto exclusivo, si consideran que la multiplicidad de objetos puede generar limitaciones a la competencia, abuso de posición dominante o algún perjuicio para el usuario.

Además de lo anterior, si el prestador tiene varios objetos deberá llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que preste, preste, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la Ley 142 de 1994. En consecuencia, cuando desarrolle actividades complementarias del servicio público o actividades comprendidas dentro de su objeto social, deberá observar las reglas de separación contable previstas en dicha disposición y en la regulación aplicable.

iii) Contratos entre prestadores del servicio público domiciliario y terceros.

Vale la pena señalar lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, conforme al cual dispone: “En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya.”

En ese sentido, esta Superintendencia no se encuentra facultada para pronunciarse sobre la validez, conveniencia o aprobación de los contratos que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios con terceros, por cuanto sus funciones de inspección, vigilancia y control deben ejercerse dentro del marco de las competencias expresamente atribuidas por la Constitución y la ley.

No obstante, con el propósito de brindar una orientación general sobre la materia consultada, se precisa que, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen, por regla general, por las normas del derecho privado, salvo las excepciones expresamente previstas en la Constitución Política o en la ley.

Sobre este aspecto, esta Oficina Asesora Jurídica, mediante el Concepto SSPD-OJ-2023-048 preciso:

“(…) 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.” (Subrayado fuera del texto)

Así mismo, 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.***” (Negrilla fuera del texto)

De conformidad con los criterios expuestos, el prestador de servicios públicos domiciliarios continúa siendo el responsable directo de la prestación del servicio frente a los usuarios y ante esta Superintendencia, aun cuando celebre contratos con terceros para la ejecución de actividades inherentes o complementarias al servicio. En consecuencia, la celebración de tales contratos no modifica la condición de prestador ni lo exonera del cumplimiento de las obligaciones previstas en el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

No obstante, cuando el tercero desarrolle por cuenta propia actividades propias de la prestación del servicio público domiciliario o de sus actividades inherentes o complementarias, por fuera del marco contractual convenido, podrá adquirir la condición de prestador y quedar sujeto al cumplimiento de las obligaciones previstas en la legislación, la regulación y las funciones de inspección, vigilancia y control atribuidas a esta Superintendencia, según corresponda.

Frente al tema específico de la consulta, la Comisión de Regulación de Energía y Gas en Concepto 2719 de 2022 al respecto señaló:

“(…) Es importante aclararle el concepto de la Comisión sobre la relación entre el usuario y el tercero instalador de los equipos de generación.

En ese sentido, le informamos que el tercero instalador o aquel que le proporciona los equipos de generación a un usuario, tiene una relación bilateral con el mismo y que no es sujeta a Regulación de la CREG. Y en ese caso, entendemos que el tercero instalador o aquel que le proporciona los equipos de generación a un usuario tiene, con este último, una relación bilateral regulada por las normas civiles y comerciales. Vale la pena aclarar que dichos contratos deben respetar, no solo las leyes comerciales en cuanto a su objeto, sino también las leyes 142 y 143 de 1994 en cuanto a los agentes que pueden desarrollar las actividades propias de la cadena de prestación del servicio. (...)" (Subrayado fuera del texto)

En consecuencia, los contratos celebrados entre los prestadores de servicios públicos domiciliarios y terceros se rigen, en principio, por las normas del derecho privado. No obstante, ello no modifica la responsabilidad que corresponde al prestador frente a los usuarios ni lo exonera del cumplimiento de las obligaciones previstas en el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Así mismo, cuando el tercero desarrolle actividades que, por su naturaleza, impliquen la prestación de servicios públicos domiciliarios o de actividades inherentes o complementarias en los términos previstos por la ley, deberá atender las obligaciones que el ordenamiento jurídico establezca para quienes ostenten dicha calidad.

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, vigilancia y control que recaen sobre las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, están 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 por las Leyes 689 de 2001, 1341 de 2009 y 1955 de 2019, así como por el 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 las siguientes:

- 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 determinadamente 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 de las funciones de policía administrativa atribuidas a 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 consecuencia, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no es la entidad competente para establecer lineamientos técnicos ni regulatorios respecto a la prestación del servicio público de energía eléctrica o de las actividades complementarias sometidas a la regulación, toda vez que la encargada para establecer los mismos en este sector, es la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG

v) Separación contable, deberes de información ante el SUI y régimen de vigilancia especial.

El artículo 18 de la Ley 142 de 1994 dispone que las empresas de servicios públicos con objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios y actividades que presten, y que el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita. En desarrollo de este mandato, y en lo que respecta específicamente a la metodología de separación contable, la Comisión de Regulación de Energía y Gas expidió la Resolución CREG 038 de 1996, mediante la cual estableció las bases metodológicas para la separación por actividades de la cadena eléctrica, incluyendo activos, pasivos, ingresos y egresos operacionales y no operacionales, con el fin de garantizar la transparencia y evitar que los costos y riesgos de actividades no reguladas se trasladen a las tarifas de los usuarios del servicio público.

De otra parte, en virtud del numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1369 de 2020 y del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, esta Superintendencia ejerce funciones de inspección, vigilancia y control sobre quienes ostenten la calidad de prestadores de servicios públicos domiciliarios, con independencia de la denominación que adopten para el desarrollo de actividades complementarias o conexas.

En ejercicio de dicha función, la Superintendencia ha dispuesto que los prestadores reporten información técnica, operativa y financiera al Sistema Único de Información (SUI). En consecuencia, cuando un prestador desarrolle actividades de generación distribuida, estas deberán reportarse al SUI en los términos previstos en la regulación y en los formatos que para el efecto establezca esta Superintendencia, y estarán sujetas a las funciones de inspección, vigilancia y control que le corresponden respecto de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

Por su parte, las actividades conexas o de naturaleza comercial desarrolladas por fuera del ámbito de la prestación del servicio público domiciliario se sujetarán a las obligaciones de reporte previstas en la regulación aplicable y, en todo caso, deberán observar las reglas de separación

contable y financiera que correspondan, reflejándose en los estados financieros que sean reportados al Sistema Único de Información (SUI), cuando haya lugar a ello.

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.

1. Actividades complementarias

¿Las actividades relacionadas con generación distribuida, autogeneración a pequeña escala, eficiencia energética, administración de activos energéticos, contratos PPA y prestación de servicios energéticos tipo ESCO constituyen actividades complementarias compatibles con el objeto social de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Energía Eléctrica?

2. Integración de actividades

¿Resulta jurídicamente viable que una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Energía Eléctrica desarrolle simultáneamente actividades de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica dentro del Sistema Interconectado Nacional, conforme al régimen legal vigente?

Las leyes 142 y 143 de 1994 establecen como actividades complementarias del servicio público domiciliario de energía eléctrica las siguientes: generación, comercialización, transformación, interconexión y transmisión de energía, por tal razón son los prestadores de servicios públicos domiciliarios, establecidos en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, quienes pueden llevarlas a cabo.

A su vez, el artículo 74 de la Ley 142 de 1994 establece que las Empresas de Servicios Públicos que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional (SIN), podrán desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada, de conformidad con la normatividad que profiera al respecto la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, la cual deberá promover la competencia y evitar casos de conflictos de intereses y abuso de la posición dominante.

En el mismo sentido, el artículo 18 de la Ley 142 de 1994 señala que las Comisiones de Regulación podrán obligar a un prestador de servicio público a desarrollar un objeto exclusivo, si consideran que la multiplicidad de objetos puede generar limitaciones a la competencia, abuso de posición dominante o algún perjuicio para el usuario.

Así las cosas, desde la perspectiva general del régimen de los servicios públicos domiciliarios, se considera jurídicamente viable que un mismo prestador desarrolle de manera integrada las actividades de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica, siempre que ello se ajuste al marco legal y regulatorio vigente, sin perjuicio de las facultades que la ley atribuye a

las Comisiones de Regulación para adoptar las medidas previstas en el artículo 18 de la Ley 142 de 1994.

A lo anterior se agrega que la generación distribuida y la autogeneración a pequeña escala se encuentran reconocidas expresamente por el artículo 5 de la Ley 1715 de 2014 y reguladas técnicamente por la Comisión de Regulación de Energía y Gas mediante las Resoluciones CREG 030 de 2018 y 174 de 2021, normas que desarrollan las condiciones técnicas, operativas y comerciales bajo las cuales dichas actividades pueden integrarse a la actividad de un mismo prestador.

Por su parte, las actividades relacionadas con medidas de eficiencia energética, administración de activos energéticos, contratos PPA y servicios energéticos tipo ESCO no se encuentran calificadas expresamente por las Leyes 142 y 143 de 1994 como actividades complementarias del servicio público domiciliario de energía eléctrica. En consecuencia, su desarrollo deberá analizarse de conformidad con el objeto social de la empresa y con la regulación especial que resulte aplicable.

En consecuencia, si bien la compatibilidad jurídica general de la generación distribuida y la autogeneración a pequeña escala, así como el marco jurídico aplicable a las demás actividades antes mencionadas, puede ser analizada desde la perspectiva del régimen de los servicios públicos domiciliarios, las condiciones técnicas, operativas y comerciales para su desarrollo, así como los límites de participación en el mercado, corresponden al ámbito de regulación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 143 de 1994 y el artículo 23 de la Ley 143 de 1994.

7. Objeto social

¿Las actividades anteriormente descritas requieren modificación expresa del objeto social de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Energía Eléctrica o pueden desarrollarse bajo las actividades complementarias autorizadas por las Leyes 142 de 1994 y 143 de 1994?

En relación con la modificación de los estatutos y del objeto social de una empresa, por tratarse de asuntos de naturaleza societaria y de derecho privado, no es competencia de esta Superintendencia emitir un pronunciamiento de fondo al respecto.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe indicar que, si en el objeto social de la empresa se encuentra prevista la actividad de generación de energía, la autogeneración y la generación distribuida podrán desarrollarse en la medida en que correspondan a actividades complementarias o se encuentren comprendidas dentro del objeto social de la empresa, de conformidad con el marco jurídico y regulatorio aplicable. Por el contrario, cuando dichas actividades no se encuentren comprendidas en el objeto social, corresponderá a la sociedad evaluar la necesidad de efectuar las modificaciones estatutarias a que haya lugar, de conformidad con el régimen societario aplicable.

En cuanto a las actividades conexas, como las relacionadas con medidas de eficiencia energética, administración de activos energéticos, contratos comerciales tipo PPA, no existe una

disposición en las Leyes 142 de 1994 y 143 de 1994 que las califique, de manera general, como actividades complementarias del servicio público domiciliario de energía eléctrica. En consecuencia, su desarrollo deberá analizarse a la luz del objeto social de cada empresa de la regulación especial aplicable.

En ese sentido, cuando dichas actividades no se encuentren comprendidas en el objeto social de la empresa, esta deberá evaluar la procedencia de las modificaciones estatutarias correspondientes, de conformidad con el régimen societario aplicable.

Se precisa que, en todo caso, la modificación del objeto social y de los estatutos de la empresa es un asunto de derecho privado, societario y registral, cuyo trámite corresponde surtirse ante la Cámara de Comercio respectiva, y escapa a la órbita de competencia tanto de esta Superintendencia como de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

8. Separación contable y financiera

¿Existen obligaciones especiales de separación contable, financiera, administrativa o regulatoria entre las actividades tradicionales de distribución y comercialización de energía y las actividades asociadas a generación distribuida, contratos PPA o servicios energéticos tipo ESCO?

Si el prestador tiene varios objetos deberá llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que preste, tal como lo indica el artículo 18 de la Ley 142 de 1994. En consecuencia, cuando desarrolle actividades complementarias del servicio público domiciliario o actividades comprendidas dentro de su objeto social, deberá observar las reglas de separación contable previstas en dicha disposición y en la regulación aplicable.

En consecuencia, las actividades asociadas a la generación distribuida deberán registrarse e identificarse financieramente de forma independiente de los componentes regulados de distribución y comercialización. En cuanto a los contratos PPA o los servicios energéticos tipo ESCO, la obligación de separación contable y financiera dependerá de la naturaleza de la actividad desarrollada, del objeto social del prestador y de la regulación específica que resulte aplicable.

Esta separación contable y financiera busca garantizar que los riesgos y costos de las actividades no reguladas o complementarias no se trasladen a las tarifas de los usuarios del servicio público. Por otra parte, el control de las conductas anticompetitivas, el uso de información privilegiada o los conflictos de interés se ejercerá por las Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), con el objetivo de garantizar la protección de la libre competencia, sin perjuicio de las funciones regulatorias atribuidas a la Comisión de Regulación de Energía y Gas. Ahora bien, la CREG, podrá ordenar que una empresa tenga un objeto exclusivo cuando determine que la multiplicidad de objeto afecta la competencia, constituya un conflicto de interés o limita la transparencia del mercado.

10. Régimen de vigilancia y control

¿La ejecución de actividades de generación distribuida, contratos PPA o servicios energéticos tipo ESCO genera obligaciones adicionales de reporte, registro, vigilancia o control ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios?

No obstante, en el régimen de los servicios públicos domiciliarios y en armonía con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 142 de 1994, la ejecución de actividades relacionada con la transición energética e innovación que hagan parte de la prestación del servicio público domiciliario o de sus actividades complementarias, y la percepción de los ingresos derivados de estas, se ven reflejadas en los deberes de reporte que tiene el prestador ante el Sistema Unificado de Información (SUI).

En tal sentido, los ingresos provenientes de la generación distribuida (GD), al ser esta una actividad complementaria del servicio público de energía eléctrica, deberán reportarse de conformidad con los formatos específicos que para el efecto establezca esta Superintendencia. Por su parte, respecto de las actividades conexas, el prestador no estará obligado a remitir reportes de carácter técnico u operativo al SU, pero sí deberá reflejar su separación contable y financiera en los estados financieros reportados al SUI, garantizando que la información correspondiente a dicha actividad no afecte los costos de las actividades reguladas de distribución y comercialización.

11. Participación en la transición energética

¿Desde la perspectiva de las Leyes 142 de 1994 y 143 de 1994, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios pueden participar directamente en programas de transición energética mediante el desarrollo de proyectos de generación distribuida, eficiencia energética y prestación de servicios energéticos integrales a usuarios finales?

Desde la perspectiva general de las Leyes 142 y 143 de 1994, así como de la Ley 1715 de 2014, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios pueden participar en programas de transición energética, en la medida en que las actividades que desarrollen, tales como la generación distribuida, la gestión eficiente de la energía y la prestación de servicios asociados al servicio público de energía eléctrica, se encuentren comprendidas dentro de su objeto y se ejerzan conforme al régimen jurídico y regulatorio aplicable.

No obstante, cuando se trate de empresas que desarrollen de manera integrada las actividades de generación, distribución y/o comercialización de energía eléctrica, deberán observar las reglas previstas en el artículo 74 de la Ley 143 de 1994, así como la regulación que expida la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), orientada a promover la competencia, prevenir conflictos de interés y evitar el abuso de la posición dominante. En particular, deberá tenerse en cuenta la limitación prevista en el parágrafo 2 del citado artículo respecto del cubrimiento de la demanda del mercado regulado con energía propia o de empresas vinculadas, sin perjuicio de las excepciones previstas en la misma disposición para los contratos bilaterales asignados mediante procesos competitivos que el Ministerio de Minas y Energía o la CREG hayan exceptuado expresamente de dicha restricción.

Finalmente, los mecanismos, incentivos, requisitos y condiciones específicas para la participación en programas de transición energética incluidos aquellos relacionados con generación distribuida, eficiencia energética, prestación de servicios energéticos, comunidades energéticas, esquemas de comercialización o convocatorias públicas corresponden al ámbito de competencia del Ministerio de Minas y Energía y de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), de conformidad con las funciones asignadas por el ordenamiento jurídico y la regulación especial aplicable.

Interrogantes 3, 4, 5, 6, 9 y 12: remisión por competencia a la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG

Los interrogantes 3, 4, 5 y 6, relativos a la creación de una unidad de negocio especializada en servicios energéticos tipo ESCO, a la instalación, financiación y explotación económica de sistemas fotovoltaicos en predios de usuarios, a la celebración de contratos de suministro de energía tipo PPA y a la recuperación de las inversiones realizadas a través de dichos esquemas, así como los interrogantes 9 y 12, relativos a la clasificación regulatoria de los ingresos derivados de tales actividades y a la financiación de activos energéticos instalados en predios de terceros no serán objeto de pronunciamiento de fondo por parte de esta Oficina.

Dichos interrogantes no se circunscriben a la interpretación general del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, sino que comportan aspectos técnicos, comerciales, contractuales y regulatorios propios de la generación distribuida, la autogeneración y la comercialización de energía eléctrica, cuya regulación corresponde de manera privativa a la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, en los términos de los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994 y 23 de la Ley 143 de 1994, sin que esta Superintendencia pueda sustituirla en el ejercicio de dicha función regulatoria.

En consecuencia, con fundamento en el artículo 21 de la Ley 1437 de 2011, esta Oficina pondrá en conocimiento de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG los interrogantes 3, 4, 5, 6, 9 y 12 de la solicitud radicada bajo el número 20265292378682, para que dicha Comisión, en ejercicio de su propia competencia, se pronuncie sobre el fondo de los mismos.

Cordialmente,

MARÍA CAMILA LOZANO MARTÍNEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica (e)