

Medellín, 1 de marzo de 2021

Señores

JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

E. S. D.

Asunto: Dictamen Pericial sobre los contratos de Cogeneración y Autogeneración en el sistema eléctrico colombiano.

Respetados señores,

Rafael Pérez C. identificado con cédula de ciudadanía 70.044.641 de Medellín, actuando en mi calidad de Ingeniero Electrónico, con tarjeta profesional AN206-3066, presento el presente dictamen pericial.

I. OBJETO DEL DICTAMEN

De acuerdo con lo solicitado por Productos Familia S.A., el objeto de este dictamen consiste en analizar si el sistema de Cogeneración instalado en su planta, en virtud de un contrato celebrado con AXIA ENERGÍA S.A.S., corresponde a un servicio público. Igualmente se hará un análisis técnico-jurídico del marco regulatorio aplicable al contrato celebrado entre AXIA ENERGÍA y PRODUCTOS FAMILIA. Para el efecto, se dará respuesta a cada una de las preguntas que formuladas por PRODUCTOS FAMILIA, lo cual nos llevó a analizar los siguientes puntos:

1. La Energía Eléctrica como servicio público domiciliario
2. La Energía Eléctrica como bien objeto de compra y venta entre agentes económicos
3. Autogeneración y cogeneración en el sector eléctrico
4. Contratos de compraventa de energía que no son servicio público
5. Análisis regulatorio Contrato AXIA-FAMILIA

II. IDONEIDAD, EXPERIENCIA E IMPARCIALIDAD

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 226 del Código General del Proceso, manifiesto bajo la gravedad de juramento:

1. Las opiniones y conceptos acá consignados son independientes y corresponden a mi real convicción profesional.
2. Las siguientes personas participaron en la elaboración del presente dictamen:
 - a. Ana María Calle, quien colaboró con los análisis técnicos y regulatorios del dictamen. Esta persona tiene como profesión ingeniero Eléctrico y para efectos de acreditar su idoneidad y experiencia aportó los siguientes documentos:
 - i. Certificado de matrícula profesional vigente AC 205-1853
 - ii. Diploma de Ingeniera Eléctrica de la Universidad Pontificia Bolivariana
 - iii. Diploma de Especialista en Finanzas y Evaluación de Proyectos de la Universidad de Antioquia
 - iv. Diploma de Maestría en Administración de la Universidad EAFIT
 - v. Hoja de vida
 - b. Ana María Muñoz, quien colaboró con los análisis regulatorios del dictamen. Esta persona es profesional en Derecho y para efectos de acreditar mi idoneidad y experiencia aportó los siguientes documentos:
 - Diploma de Abogado
 - Diploma de Especialista en Legislación Tributaria
 - Diploma de Maestría en Administración de Negocios de la Universidad de Westfield.
 - Hoja de vida
 - c. El suscrito, Rafael Pérez C, quien se ocupó de desarrollar y realizar los análisis regulatorios y técnicos del dictamen. Según se señaló en el encabezado de este escrito, tengo como profesión Ingeniería Electrónica y para efectos de acreditar mi idoneidad y experiencia aportó los siguientes documentos:
 - Diploma de Ingeniero electrónico
 - Diploma de Especialista en Regulación Económica.
 - Master en Economía aplicada.
 - Certificado de Matricula Profesional Vigente
 - Hoja de vida
3. Para todos los efectos, se me localiza en la Cra 17 N° 2 161 apto 601 de Medellín, teléfono 3148880490 y correo electrónico rperezc@eudora-sea.com.co
4. En los últimos diez años, he realizado las siguientes publicaciones y estudios en relación con los hechos que son objeto de este dictamen pericial:

- i. Socio Consultor de la empresa EUDORA como experto en el Mercado de Energía colombiano en electricidad y Gas natural con diferentes clientes inversionistas del sector, grandes consumidores, empresas generadoras, empresas que desarrollan autogeneradores, definición de las estrategias comerciales de empresas generadoras y comercializadoras, estudios del sector, asesoría a empresas internacionales, gestión de la regulación del sector eléctrico con diferentes empresas, conferencias en foros del sector, profesor de la cátedra de Regulación Económica en la maestría de Economía aplicada de la Universidad EAFIT]
- ii. Vicepresidente de Regulación, Vicepresidente de Operaciones en la empresa CELSIA, en el desarrollo de las actividades propias al cargo en el grupo directivo de la empresa, actuando con el proceso de transformación de dicha empresa desde un holding financiero a convertirla en una empresa eléctrica y realizando su transformación entre 2007 y 2015, en todo el desarrollo de directivo de la empresa actúe en los campos del sector eléctrico y Gas natural, en los temas técnicos, operacionales, de gestión regulatoria, en la comercialización, en el desarrollo de la estrategia y dirección de la empresa con permanente gestión ante las autoridades y los gremios del sector eléctrico, con relación permanente con las instituciones del Ministerio de Minas, la UPME, el operador del Sistema ISA, el Concejo Nacional de Operación, desde nuestro punto de vista no solo actuamos desarrollando la empresa Celsia sino aportando en el desarrollo de la regulación del sector, recibí en capacitación especializada en múltiples cursos del sector Estudios especiales “CEO’s Management Program” en la Escuela de Gerencia Kellogg] representante de Celsia ante Acolgen (Asociación Colombiana de Generadores) y Andesco (Asociación Colombiana de Empresas de Servicio Público), miembro de la Junta Directiva de la empresa EPSA (Empresa de Energía del Pacífico)
- iii. [Subgerente Comercial, Subgerente de operación de la empresa de generación EPM, responsable de dirigir los equipos de trabajo y hacer la gestión comercial y la gestión de la operación de todos los recursos energéticos de EPM entre 1994-2007, se realizaba el análisis de todos los recursos de generación aportes de ríos, embalses, centrales de generación, combustible de gas natural, definición de la estrategia comercial, estudio de la optimización de los recursos, hacer los balances y liquidación de la energía producida y transada, realizar el proceso de venta y compra de energía de EPM generación , gestión de los grandes clientes y manejo de las cuentas especializadas de cada uno de ellos, en la

parte de operación era el jefe de los jefes responsables de las centrales de generación de EPM dirigiendo el manejo de los recursos de generación de que disponía en ese momento unos 2500 MW, también representaba a EPM en diferentes gremios del sector, ente las autoridades del sector, en los temas de operación con XM y en todos los temas comerciales con el Administrador de Intercambios Comerciales ASIC en la empresa XM, recibí capacitación especializada en “Ingeniería y Gerencia de Sistemas de Potencia” SwedPower Suecia, Ingeniería y Mantenimiento de Subestaciones, Escuela Federal de Ingeniería- FUPAI Brasil, programa Electrobras. Mas múltiples cursos de desarrollo profesional como una especialización en gerencia con la UPB y diplomados en finanzas básicas y avanzadas. Representante de EPM al Consejo Nacional de Operación del cual fui 2 veces presidente en diferentes años, Representante de EPM ante Acolgen, Miembro suplente por EPM a la Junta Directiva de ISAGEN en 3 años diferentes.

5. No he sido designado como perito en procesos anteriores o en curso por las partes del proceso judicial o por los abogados que las representan.
6. No me encuentro incurso en ninguna de las causales de exclusión de la lista de auxiliares de la justicia previstas en el artículo 50 del Código General del Proceso.
7. Los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas en el presente dictamen pericial son sustancialmente idénticos a aquellos utilizados en peritajes sobre la misma materia rendidos en otros procesos, así como a aquellos que utilizo en el ejercicio regular de mi profesión.
8. Para la elaboración del dictamen utilicé los siguientes documentos y soportes, todos los cuales se anexan:
 - a. Concepto Unificado No.038 de 2020 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
 - b. Concepto 4807 del año 2019 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.
 - c. Concepto 11685 de 2015 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.
 - d. Factura ISAGEN No. VE161498
 - e. Factura AXIA No. 374
 - f. Diagrama Unifilar

- g. Contrato No. 150223 celebrado entre PRODUCTOS FAMILIA S.A. y AXIA ENERGÍA S.A.S.

III. DESARROLLO DEL DICTAMEN

CONTENIDO

- 1. OBJETO DEL DICTAMEN**
- 2. PREGUNTA 1:** Explicará el concepto de Energía Eléctrica como servicio público y los conceptos de cogeneración y autogeneración en el sistema eléctrico colombiano e indicará si dichos conceptos obedecen a la prestación de un servicio público domiciliario.
 - 2.1. LA ENERGIA ELÉCTRICA COMO SERVICIO PUBLICO**
 - 2.2. LA ENERGIA ELÉCTRICA COMO BIEN OBJETO DE COMPRA Y VENTA ENTRE AGENTES ECONOMICOS**
 - 2.3. AUTOGENERACIÓN Y COGENERACIÓN EN EL SECTOR ELECTRICO**
 - 2.4. CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE ENERGIA QUE NO SON SERVICIO PUBLICO Y EN LOS CUALES PARTICIPA UN CONSUMIDOR FINAL**
 - 2.4.1. CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE ENERGÍA O PPA**
 - 2.4.2. CONTRATOS EPC O LLAVE EN MANO**
- 3. PREGUNTA 2:** Determinará si el contrato No. 150223 celebrado entre PRODUCTOS FAMILIA S.A. y AXIA ENERGÍA S.A.S. es un contrato de servicios públicos. Determinará si bajo el contrato No. 150223, PRODUCTOS FAMILIA S.A. tenía la calidad de usuario, en los términos de la ley 142 de 1994. Determinará si las siguientes facturas emitidas por AXIA ENERGÍA S.A.S. a PRODUCTOS FAMILIA S.A. son facturas de servicios públicos o corresponden a deudas derivadas de la prestación de un servicio público: (i) Factura No. 364 del 06/05/2020; (ii) Factura No. 365 del 06/05/0202; (iii) Factura No. 369 del 03/06/2020; (iv) 374 del 01/07/2020 y (v) 379 del 06/08/2020.
 - 3.1. CONTRATO AXIA -PRODUCTOS FAMILIA**
 - 3.2. FACTURAS EMITIDAS POR AXIA**
- 4. PREGUNTA 3:** Explicará quiénes son los productores de servicios marginales (independientes) o para uso particular y si éste es el tipo de servicios al que se obligó AXIA ENERGÍA S.A.S. en el Contrato No. 150223. Indicará si los servicios marginales (independientes) o para uso particular corresponden a servicios públicos domiciliarios. Determinará si es posible la prestación de servicios públicos domiciliarios por quienes no tienen la calidad de Empresas de Servicios Públicos (ESP).

5. CONCLUSIONES

Lista de Imágenes.

Imagen 1. Mercado Eléctrico Colombiano

Imagen 2. Cadena productiva servicio público domiciliario

Imagen 3. Auto/Cogenerador-Consumidor-Usuario

Imagen 4. Diagrama Unifilar

Imagen 5. Comparación facturas

1. OBJETO DEL DICTAMEN

De acuerdo con lo solicitado por Productos Familia S.A., el objeto de este dictamen consiste en analizar si el sistema de Cogeneración instalado en su planta, en virtud de un contrato celebrado con AXIA ENERGÍA S.A.S., corresponde a un servicio público. Igualmente se hará un análisis técnico-jurídico del marco regulatorio aplicable al contrato celebrado entre AXIA ENERGÍA y PRODUCTOS FAMILIA, con base en el cual se llega a las siguientes conclusiones:

- El contrato No. 150223 celebrado entre PRODUCTOS FAMILIA S.A. y AXIA ENERGÍA S.A.S. NO es un contrato de servicios públicos, teniendo en cuenta, entre varios aspectos, los siguientes: (1) Familia NO actúa como Usuario en los términos de la Ley 142 de 1994, entendiendo este como el beneficiario de un servicio Público; (2) El servicio público domiciliario de energía eléctrica implica el transporte de la energía por las redes del sistema interconectado nacional y en el caso de Familia, esta NO toma la energía de las redes eléctricas.
- Los sistemas de Autogeneración y Cogeneración en Colombia son sistemas donde se incentiva la participación activa de la demanda en el sector eléctrico y NO corresponden a un servicio público.
- Familia actúa como Autogenerador y para desarrollar esta actividad NO es necesario constituirse como empresa de servicios públicos, ni tampoco lo debe ser el tercero (AXIA) propietario de los activos de generación, quien vende la energía al Autogenerador. Las condiciones de su relación contractual son acordadas de común acuerdo entre las Partes, con las únicas limitantes relativas al orden público, el bien común y las reglas particulares que rigen el funcionamiento del mercado eléctrico colombiano, cuando apliquen.

- Las facturas expedidas por AXIA en ejecución del contrato celebrado con Familia, NO son facturas de servicios públicos ni corresponden a deudas derivadas de la prestación de un servicio público.
- AXIA en ejecución del contrato celebrado con Familia NO actúa como un Prestador de Servicios Marginales, por cuanto no existe vinculación económica entre los contratantes, y su relación contractual está enmarcada dentro del negocio de la Auto/Cogeneración.

Para el desarrollo del objeto, se resolverán las siguientes preguntas:

PREGUNTA 1: Explicará el concepto de Energía Eléctrica como servicio público y los conceptos de cogeneración y autogeneración en el sistema eléctrico colombiano e indicará si dichos conceptos obedecen a la prestación de un servicio público domiciliario.

PREGUNTA 2: Determinará si el contrato No. 150223 celebrado entre PRODUCTOS FAMILIA S.A. y AXIA ENERGÍA S.A.S. es un contrato de servicios públicos. Determinará si bajo el contrato No. 150223, PRODUCTOS FAMILIA S.A. tenía la calidad de usuario, en los términos de la ley 142 de 1994. Determinará si las siguientes facturas emitidas por AXIA ENERGÍA S.A.S. a PRODUCTOS FAMILIA S.A. son facturas de servicios públicos o corresponden a deudas derivadas de la prestación de un servicio público: (i) Factura No. 364 del 06/05/2020; (ii) Factura No. 365 del 06/05/2020; (iii) Factura No. 369 del 03/06/2020; (iv) 374 del 01/07/2020 y (v) 379 del 06/08/2020.

PREGUNTA 3: Explicará quiénes son los productores de servicios marginales (independientes) o para uso particular y si éste es el tipo de servicios al que se obligó AXIA ENERGÍA S.A.S. en el Contrato No. 150223. Indicará si los servicios marginales (independientes) o para uso particular corresponden a servicios públicos domiciliarios. Determinará si es posible la prestación de servicios públicos domiciliarios por quienes no tienen la calidad de Empresas de Servicios Públicos (ESP).

2. PREGUNTA 1: Explicará el concepto de Energía Eléctrica como servicio público y los conceptos de cogeneración y autogeneración en el sistema eléctrico colombiano e indicará si dichos conceptos obedecen a la prestación de un servicio público domiciliario.

El Servicio Público Domiciliario es un concepto que se ha venido estructurado alrededor de las funciones y deberes del Estado, que en el caso colombiano dicha función proviene de la Constitución Política de 1991 que determina que el Estado intervendrá en los servicios públicos con el fin de garantizar la calidad del bien objeto del servicio y mejorar la calidad de vida de los Usuarios.

Fue así como con la expedición de la Ley 142 y 143 de 1994, se inicia la reestructuración del sector eléctrico colombiano en respuesta del Congreso a la orden impartida por la Constitución Política que tiene el Estado de intervenir en los servicios públicos

esenciales. La Ley 142 de 1994 reglamenta los servicios públicos en general y la Ley 143 de 1994 reglamenta el servicio de energía eléctrica, normas que conforman el marco jurídico sobre el servicio público domiciliario de energía eléctrica.

Uno de los principales cambios introducidos por el marco legal creado en las Leyes 142 y 143 de 1994 es la separación de actividades de la cadena de la industria eléctrica en: generación, transmisión distribución, comercialización. Adicionalmente se introdujo la competencia en las actividades de generación y comercialización, mientras que las de transmisión distribución son reguladas. Pero, además, las leyes 142 y 143 introducen la posibilidad de que inversionistas privados presten el llamado servicio público de energía y que además exista un mercado de Energía Mayorista, entendido como el mercado de grandes bloques de energía eléctrica, en que generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el Sistema Interconectado Nacional (en adelante SIN).

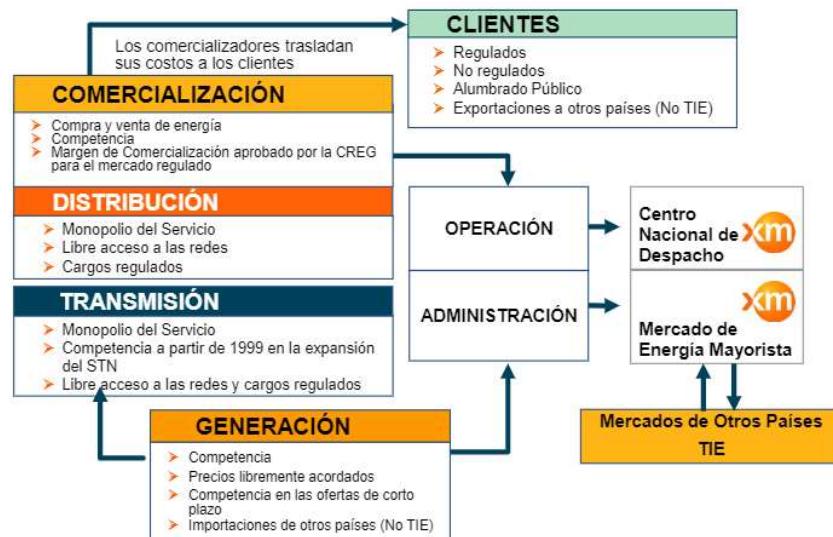


Imagen 1. Mercado Eléctrico colombiano

Y es precisamente este concepto de Mercado de Energía Mayorista, el que permite deslindar o diferenciar el concepto de Energía como servicio público al concepto de Energía como bien o producto que permite ser vendido, comprado o intercambiado.

2.1. LA ENERGIA ELECTRICA COMO SERVICIO PUBLICO:

La definición de servicio público lleva implícita la relación entre un prestador y un Usuario que se beneficia del servicio prestado. En su artículo 14 la Ley 142 de 1994

define qué debe entenderse por servicio público domiciliario de energía eléctrica y Usuario de los servicios públicos domiciliarios, así:

***“ARTÍCULO 14. DEFINICIONES.** Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...)*

***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.*

***14.33. USUARIO.** Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio. A este último Usuario se denomina también consumidor.*

Por su parte el artículo 128 de la Ley 142, define el contrato de servicios públicos:

***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 aun cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos Usuarios.

Por lo tanto, cuando se está en presencia del servicio público y de un contrato de servicios públicos, se deben cumplir los siguientes dos elementos: (1) en la relación contractual siempre serán partes el Usuario y un Prestador del servicio público; y (2) cuando hablamos de Usuario cobra relevancia el lugar físico o llamado también domicilio en el cual se hace la entrega física de la energía por parte del Transportador.

(1) En la relación contractual siempre serán partes el Usuario y un Prestador del servicio público:

El concepto mismo de Usuario de energía está definido y regulado ampliamente en la ley y regulación expedida por la CREG y en conceptos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD), esta última como la entidad encargada de velar por los intereses de los Usuarios en la Prestación del servicio público de energía. Es así, como dentro de la categoría de Usuario del servicio público, se encuentran los Usuarios Regulados y los Usuarios No Regulados, distinción proveniente inicialmente de la Ley 143 de 1994.

El artículo 11 de la Ley 143 de 1994 establece la existencia de dos clases de Usuarios. 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 (En adelante CREG), por la otra, se encuentra el USUARIO NO REGULADO (en adelante UNR), que en el sector de energía eléctrica, es la persona natural o jurídica que tiene un consumo de energía de 55 MWh-mes (0,1 MW)¹ y cuyas compras de electricidad se realizan a precios acordados libremente con el prestador del servicio de energía eléctrica.

Vale la pena aclarar que la distinción de regulado o no regulado no desdibuja la calidad de Usuario, puesto que se parte de la base de que todas las personas que habitan el país, sin distinción alguna, tienen derecho a recibir los servicios públicos domiciliarios. La diferencia entonces radica en la capacidad que tiene el UNR de negociar libremente con su prestador del servicio (en este caso con el Comercializador Empresa de Servicios Públicos) la tarifa de la energía que este le suministra en virtud de un contrato de servicios públicos de suministro de energía eléctrica.

Sobre este asunto, es importante traer a colación lo señalado por la SSPD, en Concepto Unificado No.038 de 2020 sobre los Usuarios No Regulados del Servicio Publico Domiciliario de Energía Eléctrica, el cual se anexa al presente dictamen como soporte:

En efecto, la definición transcrita no hace distinción alguna o clasifica a los Usuarios, pero sí precisa que para ser Usuario se necesita un elemento esencial, recibir o beneficiarse de un servicio público domiciliario, sin consideración adicional. Ahora bien, el hecho de recibir o beneficiarse del servicio conlleva la necesidad de que exista entre el Usuario y el prestador un contrato de servicios públicos, cuyo clausulado debe sujetarse a lo señalado en la Ley 142 de 1994.

(2) Cuando hablamos de Usuario cobra relevancia el lugar físico o llamado también domicilio en el cual se hace la entrega física de la energía por parte del Transportador.

La entrega física de la energía al Usuario en la prestación del servicio público domiciliario se realiza a través del Sistema Interconectado Nacional, compuesto por la Transmisión de Electricidad y la Distribución de Electricidad.

- Se denomina **Transmisión de Electricidad** a la actividad de transportar la energía eléctrica por el Sistema de Transmisión Nacional (STN). El STN corresponde al sistema de redes y equipos que interconecta las diferentes zonas geográficas del país, que cubre las distancias más largas y que opera a tensiones iguales o superiores a 220 kV.
- La **Distribución de Electricidad** está compuesta por redes y equipos que operan a tensiones menores a los 220 kV. La función principal de las redes de distribución es transportar electricidad hasta el domicilio del usuario final.

¹ Límites establecidos por la CREG.

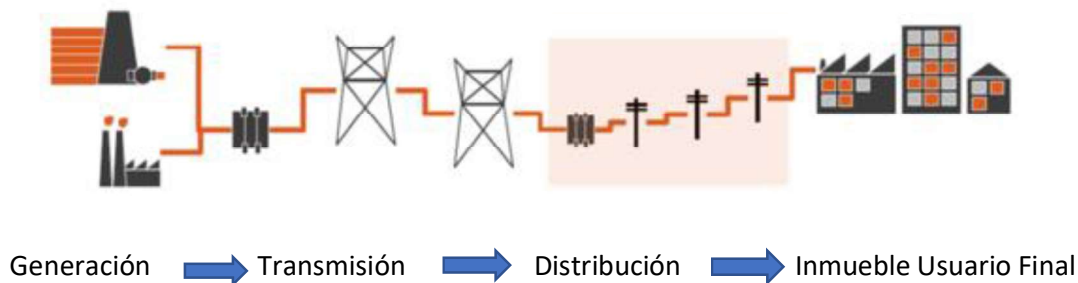


Imagen 2. Cadena productiva servicio público domiciliario

Por otra parte, en la resolución CREG 156 de 2011 artículo 3 se define el concepto de **Frontera Comercial** como *“el punto de medición asociado al **Punto de Conexión entre agentes y Usuarios conectados a las redes** del sistema de transmisión nacional, STN, o a los sistemas de transmisión regional, STR, o a los sistemas de distribución local, SDL, o entre los diferentes niveles de tensión de un mismo operador de red. Cada agente en el sistema puede tener una o más fronteras comerciales”*

Desde el punto de vista del Usuario, la frontera comercial delimita el límite técnico donde se tiene que colocar el sistema de medida que permite contabilizar el producto de la Energía en kilovatios que está tomando el Usuario de la Red de Distribución. La instalación eléctrica física que se tiene después de la frontera comercial es una instalación eléctrica propiedad de un agente privado y todo lo que se encuentra allí es interno y propio del agente propietario de la instalación.

Con relación a los dos atributos que contiene el servicio público domiciliario, esto es, La existencia de un Usuario y la entrega física de la energía desde la Red de Distribución, podemos sacar las siguientes conclusiones respecto de **la Energía Eléctrica como servicio público:**

- Es un servicio público **esencial** en razón al deber que le asiste al Estado de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.
- La relación económica y contractual se realiza entre un agente consumidor, denominado Usuario y un agente Prestador, denominado Comercializador que debe revestir la calidad de Empresa de Servicios Públicos, en los términos de la Ley 142 de 1994.
- Para ser considerado un Usuario, se requiere un elemento esencial; ser beneficiario de un servicio público y la celebración de un contrato de Servicios Públicos entre el Prestador y el Usuario.
- Sin importar si el Usuario es Regulado o No Regulado, el contrato seguirá siendo un contrato de servicios públicos, regido por la normatividad establecida en la Ley 142.
- De conformidad con las definiciones de Servicio Público Domiciliario y Usuario del Servicio Público establecidas en la Ley 142, la relación entre el Prestador y el Usuario implica el transporte por las Redes de Distribución hasta el domicilio del

Usuario; característica que no se presenta en el suministro de AXIA a Familia, puesto que en este caso la conexión es directa como se puede evidenciar del diagrama unifilar, que más adelante se incluye.

2.2. LA ENERGIA ELÉCTRICA COMO BIEN OBJETO DE COMPRA Y VENTA ENTRE AGENTES ECONOMICOS.

En el Mercado de Energía Mayorista, los participantes son empresas de servicios públicos que compran y venden energía en bloque, con el fin de asegurar que se produzcan y consuman cantidades óptimas de electricidad en la forma más eficiente posible.

Como se indicó, la definición de Mercado de Energía Mayorista viene dada desde la Ley 143 de 1994 y posteriormente regulada en detalle mediante la Resolución 024 de 1995 expedida por la CREG. En el Mercado Mayorista la energía eléctrica es el bien objeto de transacción que se compra y vende bien sea en la Bolsa de Energía o también llamado mercado SPOT o mediante la celebración de contratos bilaterales de largo plazo entre agentes comercializadores y/o generadores, que en ningún caso revisten la calidad de contratos de servicios públicos de la Ley 142 de 1994.

En contraposición al Mercado Mayorista de Energía, se encuentra el llamado mercado minorista, que obedece a la actividad misma de comercialización, que consiste en el suministro de electricidad a través de la entrega de energía a clientes finales a cambio de una contraprestación económica. Esta actividad es ejercida por las empresas comercializadores en régimen de competencia, pero a través de la suscripción de un contrato de condiciones uniformes que es el contrato de servicio público del que habla el artículo 128 de la Ley 142.

Sin embargo, más allá de las compras y ventas que se realizan en el Mercado Mayorista, que no corresponden a la prestación de un servicio público, si no a una relación bilateral comercial entre los agentes participantes del mercado, también existen compras y ventas de energía entre agentes económicos y **Consumidores Finales**, que no corresponden a la prestación de un servicio público, como es el caso de la relación contractual entre AXIA y PRODUCTOS FAMILIA, tal y como se explicará más adelante.

2.3. AUTOGENERACIÓN Y COGENERACIÓN EN EL SECTOR ELECTRICO

Las actividades de Autogeneración y Cogeneración, en especial la primera, han presentado un auge importante en los últimos años, gracias a la nueva regulación de la CREG y a las Políticas Gubernamentales y legislativas como la Ley 1715 de 2014, sobre la utilización de las llamadas fuentes de energía renovables no convencionales (energía solar, eólica, biomasa, entre otras).

Asimismo, la transformación del mercado eléctrico ha traído consigo otras consignas más allá de la prestación segura y confiable del servicio público de energía. Muestra de

ello es la denominada, Eficiencia Energética entendida como el mecanismo para asegurar el abastecimiento de energía, mediante la adopción de nuevas tecnologías y buenos hábitos de consumo, con el fin de optimizar el manejo y uso de los recursos disponibles en esta materia. Dentro del marco de la Eficiencia Energética, la Ley 143 de 1994 introduce conceptos como la Autogeneración de Energía Eléctrica y más adelante mediante la Ley 508 de 1999 el concepto de Cogeneración.

Estos mecanismos buscan la autosuficiencia como finalidad, optimizando los recursos de energía eléctrica y térmica que utiliza una determinada actividad industrial. De esta forma se reducen los costos de operación y se produce energía de mejor calidad.

De la misma forma, con la incorporación de estos mecanismos, ha surgido el término de **Prosumidor**, como aquel que consume energía eléctrica y además la produce. Pero a la vez, podría definirse como el usuario del futuro. Se trata de un modelo en el que una empresa o una persona, luego de hacer uso de la energía durante un lapso determinado, vende el excedente a su operador para que este la redistribuya en la red, para lo cual debe contar con un contador bidireccional que mide la energía que se consume y la que se transmite a la red (los contadores tradicionales solo miden lo que el usuario consume). En Colombia, esto es posible no solamente por los adelantos tecnológicos en materia de generación de electricidad sino también porque regulatoriamente se ha creado el marco para que los usuarios puedan contar con reglas claras para optar por ser prosumidores, mediante la expedición de regulaciones propias para la Autogeneración y Cogeneración, resoluciones 024 de 2015 y 030 de 2018 para el primer caso y la 107 de 1998 y 005 de 2010 para el segundo. Estas normas regulan los aspectos operativos y comerciales para permitir la integración de la autogeneración a pequeña escala y de la generación distribuida al Sistema Interconectado Nacional -SIN y de la cogeneración.²

Así las cosas, a continuación, se explica en qué consisten ambos mecanismos:

Cogeneración: Proceso de producción combinada de energía **eléctrica** y energía térmica, que hace parte integrante de una actividad productiva, destinadas ambas al consumo propio o de terceros y destinadas a procesos industriales o comerciales.

Autogeneración: Aquella actividad realizada por personas naturales o jurídicas que producen energía eléctrica principalmente, para atender sus propias necesidades.

Las características principales de los sistemas de Auto/Cogeneración son:

- En ambos casos quien se establece como agente autogenerador o cogenerador es un Consumidor de Energía que implementa estos sistemas para autoabastecer

² Para efectos de este dictamen, nos referiremos a Usuario cuando es consumidor del servicio público de energía eléctrica, y a Consumidor Final o Prosumidor cuando es consumidor y a la misma vez productor de energía eléctrica.

el consumo de sus fábricas, procesos productivos, buscando precios de energía más bajos respecto de aquellos que obtiene, en su calidad de Usuario, del servicio público que le prestar el comercializador que lo atiende.

Es decir, el industrial o gran consumidor de energía ubica dentro de sus instalaciones la unidad de generación necesaria para autoabastecerse de energía, y no es necesario obtenerla de la red eléctrica, o solamente cuando la energía autoproducida no es suficiente para satisfacer su demanda.

- Si bien la regulación permite que un Usuario Regulado tenga la calidad de Autogenerador y Cogenerador, estas figuras son usualmente empleadas por grandes consumidores de energía (UNR), que hasta tanto no se establezcan como Autogeneradores³ o Cogeneradores, seguirán siendo únicamente UNR y obtendrán la energía que requieren de la red eléctrica a través de contratos de servicios públicos con un prestador empresa de servicios públicos, que debe tener la calidad de Comercializador ante el Mercado de Energía Mayorista.
- Actualmente, la regulación permite que, tanto para la Autogeneración como para la Cogeneración, los activos del sistema sean de un tercero, condición que abre la posibilidad de celebración de contratos con terceros que construyen y operen el sistema de autogeneración/cogeneración para el consumidor de energía y que luego le venden al Auto/Cogenerador la energía producida por dicho sistema.

2.4. CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE ENERGIA QUE NO SON SERVICIO PUBLICO Y EN LOS CUALES PARTICIPA UN CONSUMIDOR FINAL

Teniendo en cuenta el concepto mismo de Autogeneración y Cogeneración, donde la premisa que subyace en ambos casos es la producción de energía eléctrica para el autoabastecimiento de la demanda de energía de un consumidor, y la posibilidad que da la regulación de que el propietario de los activos de Auto/Cogeneración sea un tercero, se han venido empleando modalidades contractuales entre particulares, que permiten sacar adelante estos proyectos, y que representan grandes beneficios para los consumidores de energía, en especial para aquellos que tienen un consumo energético muy elevado.

Estos contratos son de muchos tipos y denominaciones, desde un servicio de montaje y construcción de un Proyecto, hasta contratos de servicios de instalaciones, operación, mantenimiento y venta de energía. En todos ellos hay total autonomía de las Partes para definir sus condiciones y no hay regulación al respecto, y en ese sentido existen pronunciamientos del regulador (CREG) cuando se refiere a las relaciones contractuales entre un Auto/Cogenerador con el tercero que suministra el servicio y/o la energía eléctrica.

³ Acorde con lo definido en las Resoluciones CREG 107 de 1998 y 005 de 2010 para Cogeneración y 024 de 2015 para Autogeneración.

Los contratos comúnmente utilizados para este tipo de Proyectos de Auto/Cogeneración son:

2.4.1. CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE ENERGÍA O PPA

Los llamados contratos de compraventa de energía (conocido por sus siglas en inglés, **PPA** de **Power Purchase Agreement**), son contratos entre dos partes, una que genera la electricidad (el vendedor) y uno interesado en comprar la electricidad (el comprador). El PPA define todos los términos comerciales para la venta de electricidad entre las dos partes, incluso aspectos como cuando iniciará el proyecto la operación comercial, el calendario de entrega de la electricidad, las sanciones, condiciones de pago, y la terminación, y todas estas estipulaciones son pactadas libremente entre las partes sin ser objeto de regulación alguna. De esta forma se ha pronunciado la CREG.

2.4.2. CONTRATOS EPC O LLAVE EN MANO

Al igual que los contratos PPA, que son contratos que no están regulados ni comportan la prestación de un servicio público, también están los conocidos contratos EPC (por sus siglas en inglés Engineering, Procurement and Construction) o contratos llave en mano, que son usualmente empleados para el desarrollo de proyectos de autogeneración eléctrica o cogeneración, donde el objeto contractual consiste en construir y llevar a cabo todas las actividades necesarias para la correcta operación y funcionamiento de los activos de generación de energía eléctrica. Si bien en principio el contrato EPC en estricto sentido no incluye la venta de energía desde aquel que desarrolla el proyecto para aquel que contrata este servicio, cada vez es más común encontrar contratos EPC que además de las obligaciones antes descritas también incluyen la venta de energía por parte del desarrollador al consumidor final, que en este caso es el contratante del negocio. Y esto último precisamente sucede por la posibilidad que da la regulación de que el desarrollador del proyecto sea propietario de los activos de generación, a pesar de que el Consumidor/Comprador/Cliente dentro del contrato EPC y ante el Mercado de Energía figure como Autogenerador o Cogenerador.

Actualmente, existen muchas empresas que se dedican al desarrollo de proyectos de generación, autogeneración y cogeneración, mediante la celebración de contratos EPC o cualquier otro tipo de modalidad contractual que se ajuste a las necesidades del Cliente. En estos contratos, además de construir, instalar y operar el sistema de generación, estas empresas desarrolladoras son las propietarias de los activos y la energía generada por dichos activos la venden al Consumidor final que fue quien los contrató para la estructuración del Proyecto.

Vale la pena resaltar, que estas empresas no tienen que ser comercializadores ni empresas de servicios públicos para prestar el servicio de montaje y construcción del sistema de Auto/Cogeneración **ni para vender la energía eléctrica** que produce dicho sistema. Para mencionar solo algunas de las empresas que NO son Empresas de Servicios Públicos que actualmente se dedican a este tipo de negocios están: HMY; ABB energía, Siemens, Asincro, Tipiel, Black and Veatch, entre otras tantas.

Ahora bien, sobre los procesos de Autogeneración y Cogeneración y la variedad de modalidades contractuales que se explicaron para el desarrollo de estos Proyectos, es importante resaltar:

- En los procesos de Autogeneración y Cogeneración existe un activo de generación situado en las instalaciones del Consumidor o Prosumidor y la energía producida por este activo sirve para atender la demanda de energía eléctrica del Autogenerador o Cogenerador (consumidor final).

Por lo tanto, la energía que requiere el consumidor la obtiene de su conexión eléctrica independiente, pues el equipo de generación no está conectado directamente a la Red de transmisión externa.

- Lo anterior, sin perjuicio de que el Consumidor/Usuario esté conectado a la red eléctrica de transmisión externa para complementar su propio suministro de energía (cuando la producida por su sistema no sea suficiente, también llamada demanda suplementaria) o para vender excedentes de su sistema, si los tuviere.

Cuando la energía generada por el sistema de Auto/Cogeneración no es suficiente para cubrir la demanda del consumidor, este tomará la energía suplementaria de la red eléctrica, y dicha demanda suplementaria se la proveerá el prestador de servicio público, esto es el comercializador ESP desde el punto de vista comercial y el Distribuidor de la Red desde el punto de vista físico. Todo lo anterior bajo las reglas y normas establecidas en la Ley 142 de 1994 para los contratos de servicios públicos.

Cuando el sistema de Auto/Cogeneración genera más energía de la que necesita el consumidor para sus procesos productivos, este agente Auto/Cogenerador podrá vender los excedentes de su generación al Sistema Interconectado Nacional para lo cual deberá estar representado por un agente generador ante el Mercado.

- Por lo tanto, una cosa es la relación existente entre el Usuario para la compra de energía suplementaria (energía faltante) y el Prestador del Servicio y otra cosa es la relación existente entre el tercero que vende la energía que producen los activos de Auto/Cogeneración de su propiedad y el Consumidor o Comprador. En la primera relación existe un contrato de servicios públicos y en la segunda relación NO existe un contrato de servicios públicos. En ese orden de ideas, un consumidor de energía puede tener al mismo tiempo la calidad de Usuario del servicio público y la calidad de Auto/Cogenerador.

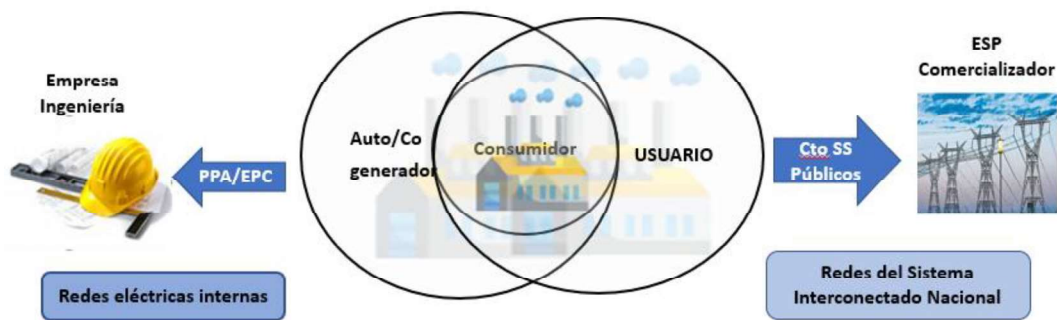


Imagen 3. Auto/Cogenerador-Consumidor-Usuario

De esta forma lo ha dicho la CREG en concepto 4807 del año 2019 cuando se refirió a las relaciones jurídicas entre un agente cogenerador y el dueño de los activos de cogeneración, así:

“ (...) Igualmente, la Resolución señala que el Cogenerador puede o no ser el propietario de los activos que conforman el sistema de cogeneración. Por tanto, los acuerdos comerciales que se establezcan entre las empresas con procesos productivos de cogeneración, los propietarios de los activos que conforman el sistema de cogeneración y los agentes (comercializador y generador) que representan al Cogenerador ante el Mercado de Energía Mayorista, son acuerdos establecidos por fuera del mercado de energía mayorista. Dichos acuerdos son acuerdos bilaterales sobre los cuales la CREG aún no ha desarrollado regulación. (...)”

En el mismo sentido, se ha pronunciado el regulador en Concepto 11685 de 2015 con relación a la Autogeneración:

“ (...) De acuerdo con su consulta, el autogenerador es el que se encuentra registrado ante el ASIC así este no sea el propietario de los equipos de generación. Es el autogenerador el que realiza la compra y la venta de excedentes de energía de acuerdo con los artículos de la Resolución CREG 024 de 2015 que se citan a continuación.(...)”

Ahora bien, aclaramos frente al tema que se refiere su consulta, es un esquema que no tiene restricción definida por la regulación, por tanto, es una actividad comercial regida por la autonomía de la libertad privada. (...)”

- En definitiva, todo aquello que produzca el sistema de Auto/Cogeneración y que sea consumido por el Autogenerador, no proviene de la Red eléctrica del SIN, sino que se obtiene del activo de generación ubicado en las instalaciones del mismo Autogenerador/Consumidor. Por lo tanto, no lo adquiere el consumidor en calidad de Usuario del servicio público de energía, si no que se adquiere en

calidad de comprador de energía a un vendedor que la produce por ser éste el dueño de los activos.

- En consecuencia, no es lo mismo ser Usuario del Servicio Público de Energía a ser Auto/Cogenerador. En el primer caso, existe protección constitucional para el Usuario, porque se entiende que el Estado debe garantizar la prestación del servicio a dicho sujeto, mientras que en el segundo caso es el Sujeto económico quien voluntariamente y por cuestiones económicas, financieras, administración de Riesgo decide comprar Energía a otro agente económico, sin que dicha entrega de energía se considere servicio público y, por lo tanto, sin que haya lugar a la celebración de un contrato de servicios públicos.

3. PREGUNTA 2: Determinará si el contrato No. 150223 celebrado entre PRODUCTOS FAMILIA S.A. y AXIA ENERGÍA S.A.S. es un contrato de servicios públicos. Determinará si bajo el contrato No. 150223, PRODUCTOS FAMILIA S.A. tenía la calidad de usuario, en los términos de la ley 142 de 1994. Determinará si las siguientes facturas emitidas por AXIA ENERGÍA S.A.S. a PRODUCTOS FAMILIA S.A. son facturas de servicios públicos o corresponden a deudas derivadas de la prestación de un servicio público: (i) Factura No. 364 del 06/05/2020; (ii) Factura No. 365 del 06/05/2020; (iii) Factura No. 369 del 03/06/2020; (iv) 374 del 01/07/2020 y (v) 379 del 06/08/2020.

3.1. CONTRATO AXIA -PRODUCTOS FAMILIA

Luego de todo el contexto anterior, pasemos analizar el contrato No. 150223 celebrado entre AXIA ENERGIA S.A.S. y PRODUCTOS FAMILIA S.A., cuyo objeto contractual consiste:

“en el suministro de una cantidad de energía eléctrica y térmica confiable para los procesos industriales de FAMILIA en los términos indicados en este contrato, y FAMILIA se obliga a consumir y pagar mensualmente dicha cantidad de energía de acuerdo a las regulaciones del presente Contrato”.

Con respecto al objeto del contrato se indica:

- Si bien la Cláusula Cuarta del contrato aludido solo hace alusión al suministro de energía, en la siguiente clausula donde se establecen las obligaciones, fases y alcance del contrato se establece que el contrato se desarrollará en dos Fases: (1) Fase de Construcción y Montaje y (2) Fase de Operación y Mantenimiento, estableciendo el plazo y las obligaciones de cada una de las Partes para cada Fase. Lo anterior permite concluir que el contrato no solo se trataba del suministro de energía, suministro que se incluye en la Etapa 2 de Operación y Mantenimiento, sino también del Montaje y Construcción de un sistema

Cogeneración y posterior Operación y Venta de la Energía que produce el Sistema al Consumidor /Comprador/Contratante-PRODUCTOS FAMILIA S.A.

- En ese orden de ideas, el contrato celebrado entre FAMILIA y AXIA se puede asimilar a un contrato EPC o Contrato PPA, o en general, a un contrato de servicios de construcción del sistema de Auto/Cogeneración y de Compraventa de Energía de los explicados en el capítulo 2.4. de este dictamen.
- Por lo tanto, el contrato No. 150223 celebrado entre PRODUCTOS FAMILIA S.A. y AXIA ENERGÍA S.A.S. NO es un contrato de servicios públicos, por las siguientes razones:
- FAMILIA no actúa como Usuario en los términos de la Ley 142. La calidad de Usuario si la tiene, pero en la relación contractual que actualmente tiene vigente en su calidad de Usuario No regulado-UNR con ISAGEN Comercializador.
- La unidad de generación que compone el sistema de Cogeneración construido, instalado, y operado por AXIA se encuentra dentro de las instalaciones de la empresa FAMILIA y tiene una conexión directa entre los equipos de generación de propiedad de AXIA y la carga de Familia, es decir, no está conectado a la Red de distribución externa, tal y como se evidencia del siguiente diagrama Unifilar.

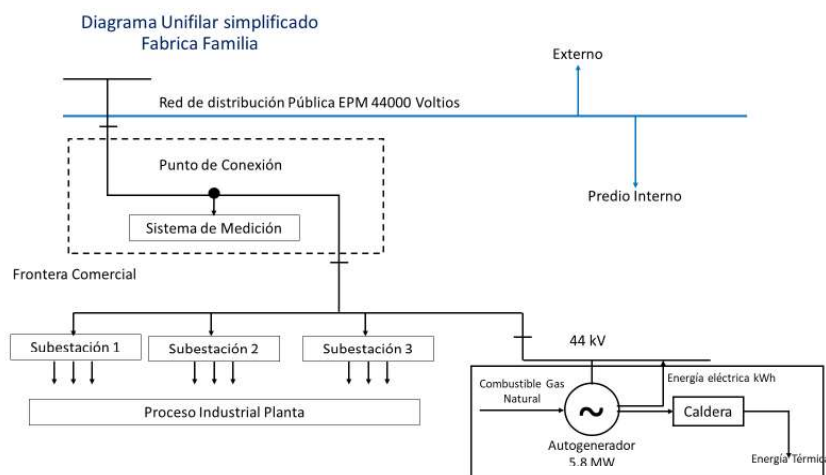


Imagen 4. Diagrama Unifilar

- Como se ilustró en el diagrama unifilar simplificado, se tiene una conexión a la red de 44000 voltios de la red externa de EPM donde la red de conexión entra al punto de conexión eléctrico donde se encuentra la frontera comercial de la planta en un predio que ya es interno en sus instalaciones. Allí está al punto de medida, si se continua hacia adentro, con la conexión eléctrica, se llega al sitio

de subestaciones de energía propias del proceso industrial de la fábrica siguiendo con la conexión eléctrica en un predio interno en donde se tiene un generador de energía y un sistema que produce energía térmica.

- Aquella parte de la demanda de energía que no alcanza a ser suplida con el sistema de Auto/Cogeneración se toma de la red eléctrica externa y es suministrada en términos comerciales por ISAGEN, con quien FAMILIA tiene suscrito un contrato de servicios públicos en su calidad de UNR.

3.2. FACTURAS EMITIDAS POR AXIA

Según lo establecido en el artículo 14.9. de la Ley 142 de 1994, una Factura de servicios públicos es la cuenta que una persona prestadora de servicios públicos entrega o remite al Usuario, por causa del consumo y demás servicios inherentes en desarrollo de un contrato de prestación de servicios públicos.

Las facturas que expidió AXIA en virtud del contrato celebrado con FAMILIA, no son facturas de servicios públicos, en primer lugar, porque no son expedidas en el marco de un contrato de servicios públicos y en segundo lugar porque no contienen los elementos establecidos en los artículo 147 y siguientes de la Ley 142. Además, dichas facturas, no incorporan la estructura tarifaria establecida por la CREG para los contratos de servicios públicos, según lo cual en la factura se deben incluir los distintos componentes que hacen parte del Costo Unitario del Servicio: Generación, Transmisión distribución comercialización, y demás costos del CND, ASIC y LAC (estos últimos los costos del Operador del SIN y Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales-XM S.A. E.S.P.)

A diferencia de las facturas expedidas por ISAGEN que, si son facturas de servicios públicos, por cuanto entre este y FAMILIA sí existe tal relación de servicio público domiciliario.



FACTURA ELECTRÓNICA DE VENTA No. VE161498

Empresa: PRODUCTOS FAMILIA S.A. - PLANTA MEDELLIN Dirección: Carrera 50 (Sur 117 Ciudad: MEDELLIN Teléfono: (4) 369950 Fact: FACTURACION ELECTRONICA MED Email: facturacionfamilia@familia.com.co CUIFE: 6736363637a79582c0c51d8eaf89495318059a7ab2c27232a6b8f437c0eaf8902837a2d7c565a36b6a4b224	Contrato No.: 0640001450-1 Frontera: FAMILIA Nivel de Tensión: 3 Modalidad: CM - ENERGIA
--	---

FORMA DE PAGO	MEDIO DE PAGO	FECHA DE GENERACIÓN	FECHA DE EXPEDICIÓN
Credito	ALICERCO MEDIO	17.04.2020 07:50:19-05:00	20.04.2020 08:03:40-05:00
PERIODO DE CONSUMO		FECHA DE VENCIMIENTO	
Desde	Hasta	(dd-mm-aaaa)	
01.03.2020	31.03.2020	04.05.2020	

CONCEPTO	AGENTE	CANTIDAD(KWH)	PRECIO PROMEDIO (\$/KWH)	VALOR TOTAL (\$)
Generación	ISAGEN	326.841	188.3394	
Comercialización	VARIOS	326.841	30.2449	
Distribución (DI)	EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN	332.212	54.3575	
Pérdidas	VARIOS	326.841	13.8563	
Comercialización	ISAGEN	326.841	8.3880	
Cargos Reg. Consum.	VARIOS	326.841	1.6162	
Restricciones	VARIOS	326.841	6.7796	
VALOR DEL SERVICIO		326.841	310.7610	



Resolución de Facturación 2000110014 de febrero 16 del 2016
Regimen de Contratación de Energía

FACTURA DE VENTA No. 374

AXIA ENERGIA S.A.S.
 Factora de Venta: 374

Señores
PRODUCTOS FAMILIA S.A.
 CR 50 SUR 117, MEDELLIN, ANTIOQUIA
 Colombia Tel: NT 80000161 MEDELLIN

RESOLUCION HABILITACION DE FACTURACION POR COMPUTADOR No. 1876305486 de fecha 17-ABR-2020
 NUMERACION AUTORIZADA DEL 361 AL 1000

ENTREGA POR COMPUTADOR POR AXIA ENERGIA S.A.S. NIT: 90000207-1

Fecha Factura	Servicios Prestados en	Acta No.	Forma de Pago	Fecha Vencimiento
01-03-2020	FAMILIA			15-05-2020

Cantidad	Unidad	Descripción	V.Unitario	V.Total
3.953.000.00	KWH	TAKE OR PAY ENERGIA CORRESPONDIENTE AL MES DE JULIO DE 2020, DE ACUERDO A LAS CLAUSULAS 6.1 Y 6.3 DEL CONTRATO N. 150223	108.30	

Imagen 5. Comparación facturas

4. **PREGUNTA 3:** Explicará quiénes son los productores de servicios marginales (independientes) o para uso particular y si éste es el tipo de servicios al que se obligó AXIA ENERGÍA S.A.S. en el Contrato No. 150223. Indicará si los servicios marginales (independientes) o para uso particular corresponden a servicios públicos domiciliarios. Determinará si es posible la prestación de servicios públicos domiciliarios por quienes no tienen la calidad de Empresas de Servicios Públicos (ESP).

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 14.15. de la Ley 142 de 1994, Productor marginal, independiente o para uso particular, es la persona natural o jurídica que desee utilizar sus propios recursos para producir los bienes o servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos para sí misma o para una clientela compuesta principalmente por quienes tienen vinculación económica con ella o por sus socios o miembros o como subproducto de otra actividad principal.

“ARTÍCULO 16. Aplicación de la ley a los productores de servicios marginales, independiente o para uso particular. Los productores de servicios marginales o para uso particular se someterán a los artículos 25 y 26 de esta Ley. Y estarán sujetos también a las demás normas pertinentes de esta Ley, todos los actos o contratos que celebren para suministrar los bienes o servicios cuya prestación sea parte del objeto de las empresas de servicios públicos, a otras personas en forma masiva, o a cambio de cualquier clase de remuneración, o gratuitamente a quienes tengan vinculación económica con ellas según la Ley, o en cualquier manera que pueda reducir las condiciones de competencia. Las personas jurídicas a las que se refiere este artículo, no estarán obligadas a organizarse como empresas de servicios públicos, salvo por orden de una comisión de regulación (...)”

Según concepto CREG 4281 de 2010, “cualquier persona natural o jurídica, utilizando recursos propios y técnicamente aceptados por la normatividad vigente, puede producir energía eléctrica, con las siguientes opciones:

- a) Para sí misma;
- b) Como subproducto de otra actividad; o
- c) Para una clientela compuesta exclusivamente por quienes tienen vinculación económica directa con ella o con sus socios o miembros.

Entendemos, según la normatividad anterior, que si la persona produce energía exclusivamente para sí misma, tendrá la calidad de Autogenerador, según la definición del Artículo 11 de la Ley 143 de 1994. Las reglas aplicables al autogenerador de energía están contenidas en la Resolución CREG 084 de 1996.

En cuanto a la conexión del Autogenerador a las redes del Sistema Interconectado Nacional, los requisitos son los establecidos en las Resoluciones CREG-025 de 1995 y 070 de 1998.

En el caso de que se trate de un proceso de producción de energía como subproducto de otra actividad, esto es, de producción combinada de energía eléctrica y energía térmica, que haga parte integrante de la actividad productiva de quien produce dichas energías, destinadas ambas al consumo propio o de terceros en procesos industriales o comerciales, entendemos que se trata de un proceso de cogeneración. La regulación aplicable se encuentra definida en las Resoluciones CREG 107 de 1998, 032 y 039 de 2001 y 005 de 2010.(...)”

A partir de lo anterior se concluye que AXIA NO es un prestador de servicios marginales en lo que se refiere al contrato con FAMILIA, por las siguientes razones:

- AXIA fue contratado por FAMILIA para la construcción, montaje y operación de un sistema de cogeneración en las instalaciones de familia.
- La producción de energía eléctrica como subproducto de otra actividad está reglamentada en la regulación como el proceso de cogeneración, y este agente cogenerador NO tiene que ser empresa de servicios públicos.
- Adicionalmente, quien figura como agente Auto/Cogenerador es la empresa familia y es ella quien se entiende ante el mercado como productora de energía eléctrica.
- No existe vinculación económica entre AXIA y Familia para entender aquel como prestador de servicios marginales.
- El artículo 16 de la Ley 142 establece que los actos o contratos de los productores marginales serán de servicios públicos siempre y cuando la prestación sea parte del objeto de las empresas de servicios públicos. En ese sentido, un prestador de servicios marginales estará prestando un servicio público, si está ejerciendo alguna de las cuatro actividades que conforman el servicio público esencial de energía eléctrica en Colombia: (i) *producción o generación*; (ii) *transmisión o transporte*; (iii) *distribución*; y (iv) *comercialización*.

Para el caso de AXIA y FAMILIA, AXIA no presta a FAMILIA ninguna de estas actividades, porque como ya se señaló, aquel fue contratado por FAMILIA para prestar el servicio de construcción, montaje y operación de un sistema de cogeneración y vende el bien que produce dicho sistema, esto es la energía.

Por último, y en lo que respecta a la posibilidad de prestar servicios públicos domiciliarios por quienes no tienen la calidad de Empresas de Servicios Públicos (ESP), el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 determina quienes pueden prestar los servicios públicos, así:

“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.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17.”

Por lo tanto, además de las llamadas empresas de servicios públicos señaladas en el numeral 15.1., las demás relacionadas en el artículo también podrán prestar servicios públicos.

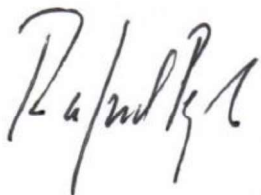
Para el caso que nos ocupa, AXIA en su relación contractual con el Grupo Familia no actúa en ninguna de las calidades permitidas para prestar un servicio público, esto es, no es ni una entidad descentralizada, ni una entidad u organización autorizada para prestar el servicio durante la transición de la Ley 142 o en municipios menores, ni mucho menos un prestador de servicios marginales de los que trata el artículo 15.2. y 16 de la Ley 142 de 1994, por las razones expuestas y desarrolladas en el punto inmediatamente anterior. Es decir, AXIA NO es un prestador de servicios marginales porque en su relación contractual con FAMILIA, actúa como el contratista de un servicio de montaje e instalación de un sistema de cogeneración y como Vendedor de la energía que produce dicho sistema, sin que exista vinculación económica entre las partes ni la prestación de las cuatro actividades que conforman el servicio público esencial de energía eléctrica en Colombia: (i) producción o generación; (ii) transmisión o transporte; (iii) distribución; y (iv) comercialización.

5. CONCLUSIONES

- El contrato No. 150223 celebrado entre PRODUCTOS FAMILIA S.A. y AXIA ENERGÍA S.A.S. NO es un contrato de servicios públicos, teniendo en cuenta, entre varios aspectos, los siguientes: (1) Familia NO actúa como Usuario en los términos de la Ley 142 de 1994, entendiéndose este como el beneficiario de un servicio Público; (2) El servicio público domiciliario de energía eléctrica implica el transporte de la energía por las redes del sistema interconectado nacional y en el caso de Familia, esta NO toma la energía de las redes eléctricas.
- Los sistemas de Autogeneración y Cogeneración en Colombia son sistemas donde se incentiva la participación activa de la demanda en el sector eléctrico y NO corresponden a un servicio público.

- Familia actúa como Autogenerador y para desarrollar esta actividad NO es necesario constituirse como empresa de servicios públicos, ni tampoco lo debe ser el tercero (AXIA) propietario de los activos de generación, quien vende la energía al Autogenerador. Las condiciones de su relación contractual son acordadas de común acuerdo entre las Partes, con las únicas limitantes relativas al orden público, el bien común y las reglas particulares que rigen el funcionamiento del mercado eléctrico colombiano, cuando apliquen.
- Las facturas expedidas por AXIA en ejecución del contrato celebrado con Familia, NO son facturas de servicios públicos ni corresponden a deudas derivadas de la prestación de un servicio público.
- AXIA en ejecución del contrato celebrado con Familia NO actúa como un Prestador de Servicios Marginales, por cuanto no existe vinculación económica entre los contratantes, y su relación contractual está enmarcada dentro del negocio de la Auto/Cogeneración.

Atentamente,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Rafael Pérez Cardona', with a stylized, cursive script.

RAFAEL PÉREZ CARDONA