

A partir del caso de Enel que mantiene flancos abiertos, expertos abordan la preocupación que genera la calificación de este concepto y el desafío que impone tanto para las empresas como los reguladores.

POR K. PEÑA

Un nuevo capítulo sumó el miércoles la trama que protagoniza Enel por los cortes de electricidad de agosto en medio de intensas lluvias y vientos. La SEC aplicó una multa histórica contra la firma donde esta última reiteró en el marco de dicho proceso que se trató de un evento de fuerza mayor. Pero más allá del caso, la preocupación es creciente en los sectores regulados respecto a la interpretación de los reguladores para eximir o no de responsabilidad por esta causal, considerando los efectos del cambio climático que son más frecuentes e intensos.

La interpretación de lo que constituye fuerza mayor se ha convertido en una preocupación importante para las industrias reguladas. Así lo reconoce el socio de Táctica Abogados y de la consultora SCE Ingeniería y Regulación, Rodrigo Castillo, quien advierte que esta preocupación no es exclusiva del sector eléctrico: “Otros sectores regulados, como el agua potable y las telecomunicaciones, también enfrentan retos similares cuando sus servicios se ven interrumpidos por eventos extraordinarios. La incertidumbre radica en la falta de definiciones claras y objetivas sobre lo que califica como fuerza mayor, lo que genera tensiones entre las expectativas de los reguladores y la realidad operativa de las empresas”.

Añade que “lo que ocurra con la definición de fuerza mayor en este contexto (caso Enel) seguramente influirá en otras industrias que también están expuestas a riesgos climáticos crecientes”.



Sectores regulados expectantes por interpretación de “fuerza mayor” en medio de efectos del cambio climático

Para la socia de Prieto, Andrea von Chrismar, si bien todos los sectores regulados estudian constantemente las decisiones de las autoridades, “esta preocupación se ha acentuado el último tiempo en materia de infraestructura eléctrica, específicamente en transmisión (caso línea Cardones Polpaico) y distribución (con el caso de Enel)”.

Sin duda, las empresas de industrias reguladas -explica- revisarán con atención lo que ocurra en el caso de Enel, así como en otros

procedimientos sancionatorios en contra de empresas que proveen servicios públicos, para conocer los criterios de la autoridad sectorial a la hora de fiscalizar y sancionar. “Asimismo, las industrias en general debiesen realizar un análisis acerca de la regulación, para ver si ésta recoge adecuadamente esos requerimientos y riesgos, o si es necesario una modificación normativa”, sostiene la abogada.

La académica de Derecho Administrativo de la U. de los An-

des, Rosa Gómez, aclara que en general “el elemento caso fortuito o fuerza mayor siempre queda entregado a la calificación de la autoridad. La ley te da algunos ejemplos, pero la concreción queda entregada a la autoridad”. En esa línea, la preocupación es constante en los sectores regulados, especialmente, en aquellos que ejercen una prestación de servicio público con carácter monopolístico.

“La exigencia de la autoridad es mucho más alta y parte de la base de que son empresas o sectores que conocen muy bien la industria y, por lo tanto, es imposible alegar

desconocimiento, imprevisibilidad, imposibilidad de hacer frente a un hecho de esta naturaleza”, dice.

Adaptación

¿Qué hacer? Gómez indica que, con el correr del tiempo, el regulador ha ido definiendo situaciones que considera caso fortuito o fuerza mayor. “Generar un catálogo (de supuestos) da seguridad jurídica, pero generar un catálogo es muy difícil, porque quizás hoy no imaginamos los riesgos que a futuro pueden ocurrir”, añade.

En esa línea, el profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Diego Portales y socio de Sarmiento Walker y García Abogados, William García, plantea que los hechos que constituyen fuerza mayor no están tipificados: “Se basan en un estándar de diligencia debida. Aquello que es previsible ha ido evolucionando y la sanción de la SEC indica que las empresas tienen que ir modificando esa previsibilidad, adoptándola a diferentes sucesos, como el cambio climático. No podría decir que esto es un cambio en las reglas del juego, sino que es una necesaria adaptación. La polémica podría estar en otro nivel: cuáles son las medidas suficientes para hacerse cargo de un escenario cambiante”.

Para Castillo, el gran desafío tanto para las empresas como para los reguladores es modernizar las regulaciones para que se adapten a los nuevos escenarios y desafíos, especialmente los derivados del cambio climático.