

# LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS Y EL ACCESO AL AGUA Y AL SANEAMIENTO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ÁMBITO LATINOAMERICANO

Juan Manuel Rodríguez Barrigón<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2.- Las Asociaciones Público Privadas en el contexto del Desarrollo Sostenible. 3. Condicionantes nacionales para el establecimiento de asociaciones público-privadas. 4. Componentes normativos internacionales sobre la gestión del agua y el saneamiento. 5. Conclusiones.

**Resumen:** Los Objetivos de Desarrollo Sostenible contemplan las Alianzas Público Privadas como uno de los medios para su consecución, incluido el acceso al agua y al saneamiento contenido en el Objetivo 6. Garantizar la disponibilidad de agua y el saneamiento para todos es una función que los Estados asumen como servicios públicos. Sin embargo, la necesidad de extenderlo a toda la población requiere frecuentemente de la cooperación con el sector privado, especialmente por las dificultades que existen en los Estados en relación con la financiación, los conocimientos y la gestión de estos recursos. Conciliar estos aspectos con el reconocimiento del derecho al agua suscita importantes problemas de orden jurídico, que deben ser abordados en el futuro para dar satisfacción a los compromisos asumidos por los Estados con los ODS y a los intereses del sector privado para la realización de inversiones.

**Abstract:** The Sustainable Development Goals contemplate Public-Private Partnerships as one of the means to achieve them, including access to water and sanitation contained in Goal 6. Ensuring the availability of water and sanitation for all is a function that States assume as public services. However, the need to extend it to the entire population often requires cooperation with the private sector, especially given the difficulties that exist in States with regard to financing, knowledge and the management of these resources. To reconcile these aspects with the recognition of the right to water raises important legal problems, which must be addressed in the future in order to satisfy the commitments assumed by States with the SDGs and the interests of the private sector for the realization of investments.

**Palabras clave:** Objetivos de Desarrollo Sostenible - Agua y saneamiento - Asociaciones Público Privadas - Derecho al agua

**Keywords:** Sustainable Development Goals - Water and Sanitation - Public-Private Partnerships - Right to Water

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Extremadura.

## 1.- Introducción.

La conclusión de alianzas para alcanzar el Desarrollo Sostenible (ODS) se ha identificado como un objetivo particular en la Agenda 2030. El objetivo 17 contempla la necesidad de fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la alianza mundial para el desarrollo sostenible. Entre ellos, se otorga un importante papel a la “constitución de alianzas eficaces en las esferas pública, público-privada y de la sociedad civil, aprovechando la experiencia y las estrategias de obtención de recursos de las alianzas”<sup>2</sup>.

Bajo esta premisa puede advertirse que la consecución de los ODS no es labor exclusiva de los poderes públicos, sino que implica también la asociación de otros actores, incluido el sector privado y la sociedad civil<sup>3</sup>. Pero en todo caso, las bases de una alianza entre ellos deben partir de la fijación de unos objetivos comunes y una visión que pueda ser compartida por todos los participantes. Indudablemente, la realización de los ODS va a requerir, de forma general, que se destinen importantes recursos financieros a tal fin, pero es subrayable la entidad que se otorga a estos medios por su vinculación con los objetivos contenidos en la Agenda 2030. Ello es así no sólo por la mejora cualitativa del conjunto de objetivos que se vinculan al desarrollo sostenible, sino también por las técnicas destinadas a alcanzar esos resultados<sup>4</sup>.

Ahora bien, puede entenderse que la trascendencia que en nuestros días adquieren las materias comprendidas en el desarrollo sostenible exige que el sector público establezca la orientación que debe seguirse al respecto, fijando un marco normativo que facilite e incentive la atracción de inversiones para fortalecer el propio desarrollo. Pero no deja de ser importante que, a la vez, mantenga la responsabilidad de ejercer sus funciones legítimas de fiscalización que le corresponden como poder público, fortaleciendo la vigilancia y la auditoría desde sus instituciones para garantizar la sostenibilidad.

---

<sup>2</sup> Objetivo 17, Meta 17.

<sup>3</sup> La A.G. de Naciones Unidas adoptó el 25 de septiembre de 2015 la Resolución *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* (A/RES/70/1), en la que declara que “La Alianza Mundial revitalizada facilitará una intensa participación mundial para respaldar el cumplimiento de todos los Objetivos y metas, aglutinando a los gobiernos, la sociedad civil, el sector privado, el sistema de las Naciones Unidas y otras instancias, y movilizándolo todos los recursos disponibles” (par. 60).

<sup>4</sup> En este sentido, hay que acudir a la comparación con los Objetivos del Milenio, que instaba a los Estados a realizar mejoras cuantitativas a través de los instrumentos políticos tradicionales (contenidos en la “Declaración del Milenio de las Naciones Unidas”, adoptada el 8 de septiembre de 2000).

Quizás uno de los ámbitos en el que se puede apreciar la complejidad que tiene esta cooperación es el relativo al agua y el saneamiento. Como se sabe, en la Agenda 2030 se ha establecido una vinculación estricta entre acceso al agua potable y al saneamiento con el desarrollo sostenible a fin de “garantizar la disponibilidad del agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos” (Objetivo 6). Esto suscita importantes cuestiones que deben ser objeto de estudio en orden a alcanzar una alianza global sobre el agua y el saneamiento para todos que pueda facilitar la realización de este objetivo. América Latina es un escenario interesante para la observación de estas realizaciones y la identificación de algunos de los problemas más relevantes a los que se enfrenta la participación del sector privado en ciertas formas de alianza en este ámbito fundamental.

En el siglo XXI las sociedades se enfrentan a importantes desafíos en relación con las infraestructuras, imprescindibles a la vista de las transformaciones que se están produciendo en las necesidades humanas y en el medioambiente. Ello se manifestará en diferentes sectores que se relacionan con el desarrollo, entre los que se encuentran los recursos hídricos, que los Estados no siempre disponen de capacidades para asumir su financiación y sostenibilidad, especialmente con la “urgencia” con que se dispone la consecución de ciertos objetivos.

## **2.- Las Asociaciones Público Privadas en el contexto del Desarrollo Sostenible.**

Ha sido una preocupación de la Comunidad Internacional asociada a la consecución del desarrollo sostenible encontrar los medios de financiación adecuados para tales propósitos. En este contexto se ha acudido, antes incluso de la celebración de la Cumbre del Desarrollo Sostenible de 2015, a determinar las diferentes técnicas a través de las cuales se pueden hacer confluir medios para alcanzar el desarrollo, entre los cuales se otorga un papel relevante a la cooperación entre los sectores público y privado. En esta línea, la Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia sobre la Financiación para el Desarrollo marca unas orientaciones muy significativas al reconocer que “la inversión pública y privada desempeña un papel fundamental en la

financiación de la infraestructura, incluso a través de (...) mecanismos como las asociaciones entre los sectores público y privado”<sup>5</sup>.

Ciertamente, no constituye una auténtica novedad en el plano internacional propiciar que los Estados adopten estas técnicas para alcanzar determinados objetivos que con sus propios recursos no se pueden conseguir, ya sea por carencias de orden financiero, ya sea por no disponer de los conocimientos necesarios para ello. Si hasta la década de los 60 el Estado aparece como el principal instrumento promotor del desarrollo económico y social de los pueblos, las ideas neoliberales que se empiezan a imponer con posterioridad impulsan modelos económicos que facilitan que el sector privado asuma tareas que tradicionalmente han sido entendidas como públicas con fórmulas diversas que se aglutinan bajo la expresión “asociación público-privada”<sup>6</sup>.

Las experiencias acumuladas no pueden ser objeto de un tratamiento general en la medida en que exigen un análisis caso por caso muy amplio si se quieren contemplar a escala universal. Sin embargo, al margen de consideraciones ideológicas, parece incontestable que los objetivos que persiguen los Estados no son asimilables a los intereses de los actores privados, lo que produce ciertas incompatibilidades que son difíciles de evitar en las asociaciones público-privadas. Bajo diferentes posicionamientos, las valoraciones que se hacen de ellas distan mucho de ser homogéneas. Así, se ha criticado que estas APP pueden comprometer la calidad de los servicios públicos y no justifican adecuadamente su relación con los costes; incluso facilitan en ocasiones la especulación y la explotación cuando las infraestructuras son asumidas por empresas que pueden refinanciarse con ellas o transferir sus acciones<sup>7</sup>. Ni siquiera en los Estados europeos la valoración resulta suficientemente homogénea cuando se ha tratado de adoptar estas fórmulas a la aplicación de recursos procedentes

---

<sup>5</sup> Contenida en la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas adoptada el 27 de julio de 2015 (A/RES/69/313), en particular par. 48.

<sup>6</sup> Aunque pueden evocarse antecedentes remotos, en estos momentos históricos señalados se entiende que la mejora de los servicios públicos y el funcionamiento del Estado pasa por reducir el tamaño del Estado, permitiendo que los actores privados participaran en la realización de algunas de sus funciones. En esta línea, entre otros, SAVAS, E.S., *Privatizing the Public Sector: How to Shrink Government*, Chatham House Publishers - Chatham House series on change in American politics, 1982.

<sup>7</sup> WHITFIELD, D., *Global Auction of Public Assets: Public sector alternatives to the infrastructure market and Public Private Partnerships*, Spokesman Books, Nottingham, 2010. Este autor fundamenta sus críticas en el análisis de diferentes programas APP en Reino Unido, Francia, Irlanda, Alemania, EE.UU., Canadá, Rusia, Australia, China, India, Brasil y Sudáfrica.

de la Unión Europea, en la que persisten carencias de naturaleza jurídica o institucional para la ejecución de los proyectos a través de estas asociaciones<sup>8</sup>.

En estas condiciones, la inclusión del objetivo 17 en la Agenda 2030 ha suscitado ciertas reticencias en algunos sectores al evocar prácticas anteriores que no han sido positivas. Por ello, se planteó la necesidad de establecer un entorno propicio para que el sector privado contribuya a la aplicación de la Agenda; pero también se proponen ciertos condicionamientos para que se desarrolle la cooperación entre el sector público y el privado. En concreto, la Agenda de Addis Abeba señala que estas formas de cooperación pueden incluir aspectos tan importantes como la “planificación, la negociación de contratos, la gestión, la contabilidad y la presupuestación para el pasivo contingente”. Sin embargo, se compensan eventuales desequilibrios entre las partes al subrayarse que estas asociaciones “deberían compartir riesgos y proporcionar recompensas adecuadas, incluir mecanismos claros de rendición de cuentas y cumplir las normas sociales y ambientales”<sup>9</sup>.

Se advierte así una cierta prevención ante la repetición de las situaciones menos deseadas en el pasado, requiriendo ya que estas asociaciones se orienten al desarrollo sostenible y al cumplimiento de ciertos objetivos; pero también toman en consideración que pueden comprometer algunos servicios fundamentales para las sociedades o incluso los derechos humanos en algunas circunstancias. A este respecto, es importante tener en consideración la presencia del *Global Compact* de Naciones Unidas, como promotor del desarrollo sostenible en áreas tan importantes como los derechos humanos y las empresas, las normas laborales, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción. A pesar de que su legitimidad y eficacia sean objeto de discusión<sup>10</sup>, debe reconocerse que constituye una oportunidad para que se dé un enfoque mejorado a las asociaciones con el sector privado, materia en la que el *Global Compact* puede hacerse más visible. Sin embargo, sus potencialidades relacionadoras deben ser objeto de mejoras destinadas a clarificar la interrelación entre las empresas y el desarrollo sostenible; así se ha destacado que se precisa “a clearer role of the Global Compact, at the global and

---

<sup>8</sup> Como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Cuentas de la UE en su Informe Especial nº 09/2018: Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados, de 7 de febrero de 2018.

<sup>9</sup> *Cit.*, par. 48.

<sup>10</sup> VOEGTLIN, C., PLESS, N.M., “Global Governance: CSR and the Role of the UN Global Compact”, *Journal of Business Ethics*, June 2014, Volume 122, Issue 2, pp. 179-191.

national levels, in effectively engaging the business sector to support the implementation of the 2030 Agenda”<sup>11</sup>.

Con todo, debe tenerse presente que no existe un concepto universal de “asociación público-privada”, sino que podemos encontrar muy diversas concepciones de las relaciones que pueden generarse entre el Estado y el sector privado<sup>12</sup>. El establecimiento de varios modelos normativos sobre esta materia está relacionado con los diferentes mecanismos que han elegido las sociedades para relacionar a los agentes sociales que construyen el desarrollo futuro, incluyendo también los proyectos concretos que se acuerdan para dotarse de infraestructuras, bienes o servicios.

América Latina no es una excepción, y se encuentra inmersa en un proceso de reacomodo de sus esquemas de desarrollo, orientado en nuestros días al cumplimiento de los ODS. Pero se comprueban nuevas necesidades derivadas de la disminución de recursos públicos externos como la Ayuda Oficial al Desarrollo y el incremento de la afluencia de inversiones privadas. La oportunidad que se ofrece a la cooperación entre los sectores público y privado es de gran interés, si bien la gran diversidad de mecanismos y fórmulas para orientar los medios financieros hacia el desarrollo sostenible genera importantes cuestiones que aún no están definidas, pero que abren bajo la expresión “financiamiento innovador para el desarrollo” un espectro amplio de posibilidades<sup>13</sup>. Lo relevante es que en este espacio latinoamericano se han de articular cambios de gran entidad que combine los esfuerzos de los Estados con los sistemas financieros y la sociedad civil, pero que requerirá de nuevas asociaciones entre los actores públicos y privados para abordar el desarrollo social y sostenible mediante inversiones conjuntas<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> DUMITRIU, P., “The United Nations system - Private sector partnership arrangements in the context of the 2030 Agenda for Sustainable Development”, JIU/REP/2017/8, p. 37. Disponible en [https://www.unjiu.org/sites/www.unjiu.org/files/jiu\\_rep\\_2017\\_8\\_english\\_1.pdf](https://www.unjiu.org/sites/www.unjiu.org/files/jiu_rep_2017_8_english_1.pdf)

<sup>12</sup> No existe una definición aceptada universalmente sobre las asociaciones público-privadas, pudiéndose cada Estado o cada organización con competencias en esta materia aportar su propio concepto. A modo de ejemplo, puede traerse la realizada por el Banco Mundial: “A long-term contract between a private party and a government entity, for providing a public asset or service, in which the private party bears significant risk and management responsibility and remuneration is linked to performance” (WORLD BANK, *Public-Private Partnerships: Reference Guide Version 3.0*. Washington, DC, World Bank, 2017).

<sup>13</sup> Así se pone de manifiesto en el Documento “Los desafíos de América Latina y el Caribe con respecto al financiamiento para el desarrollo en el contexto de la Agenda 2030”, CEPAL, LC/TS.2018/26, de 2018-04-10.

<sup>14</sup> CEPAL, “Horizontes 2030: la igualdad en el centro del desarrollo sostenible”, 2016, Santiago de Chile.

La interrelación que mantienen entre sí los ODS queda patente también en relación con la utilización de recursos para alcanzarlos. Así se comprueba en determinados actos destinados a facilitar las alianzas entre los actores participantes en el desarrollo. Más recientemente, la Conferencia de Alto Nivel de Doha, ha reiterado la importancia de las alianzas público privadas para encauzar recursos hacia los retos del desarrollo sostenible. Pero interesa subrayar aquí uno de sus mensajes: “Scaling up investment in *water* and energy infrastructure is critical”<sup>15</sup>.

Con esta perspectiva, seguidamente se abordarán algunos de los principales componentes que están presentes en las asociaciones público-privadas en el ámbito latinoamericano en relación con los recursos hídricos.

### **3. Condicionantes nacionales para el establecimiento de asociaciones público-privadas.**

Alcanzar los ODS, como se ha señalado, implica la participación de un elevado número de actores de diferentes características, en los que se representan objetivos, fines e intereses diversos. El análisis del Objetivo 6 en la región latinoamericana constituye un ejemplo de los esfuerzos nacionales que se realizan y la importancia de la estricta asociación con otros actores, incluidos los de naturaleza privada. Es patente que en este marco regional el compromiso por dar cumplimiento a los ODS ha desencadenado una actividad muy sobresaliente, basada en la inequívoca adhesión de los Estados a estos objetivos<sup>16</sup>, y la importante labor de análisis y debate que en diferentes ámbitos de cooperación regional se están llevando a cabo. Sobre esta materia, debe tenerse presente que existen diferentes niveles de desarrollo económico y social en los Estados latinoamericanos, lo que exige entender que las medidas se encuentren muy localizadas en su implementación<sup>17</sup>. Pero ello no es obstáculo para identificar algunas de los problemas más relevantes con que se encuentran las alianzas entre el sector

---

<sup>15</sup> High-Level Conference on Financing for Development and the Means of Implementation of the 2030 Agenda for Sustainable Development, Doha, Qatar, 18-19 November 2017. En particular, mensaje 6.

<sup>16</sup> Como expresión de esta adhesión la colectiva de los Estados Latinoamericanos puede señalarse que en la *Declaración especial sobre la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)*, emanada de la CELAC en la Cumbre de Punta Cana en 2017 ha supuesto la reafirmación de “nuestra convicción, el valor impostergable y el compromiso de la región, en dar seguimiento e implementación integral a la Agenda 2030”.

<sup>17</sup> Los esfuerzos que se realizan y los problemas existentes sobre los recursos hídricos se reflejan en CEPAL, *Segundo informe anual sobre el progreso y los desafíos regionales de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe* (LC/FDS.2/3/Rev.1), Santiago, 2018.

público y privado en relación con el objetivo de facilitar el acceso al agua y al saneamiento.

i) Para América Latina los últimos años han sido importantes para la adaptación de sus marcos regulatorios, avanzando la consolidación de legislaciones en algunos Estados que se han manifestado reticentes a la implantación de APP para determinados ámbitos públicos de actuación<sup>18</sup>. Pero debe tenerse presente que estos Estados tienen en común una tradición jurídica en sus sistemas administrativos, que parte de la concepción del servicio público bajo principios regulatorios que, para satisfacer el interés general, se inclinan hacia la titularidad estatal de éstos, evitando la aplicación de las reglas del mercado imponiendo un régimen jurídico particular. Los principios de continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad aparecen de forma general en sus ordenamientos, consagrándolos en ocasiones a nivel constitucional<sup>19</sup>.

El abastecimiento de agua y el saneamiento han sido concebidos tradicionalmente como servicios públicos, cuya prestación deben garantizar los poderes públicos. Esta categorización está presente de forma generalizada en las diferentes legislaciones de los Estados latinoamericanos, en los que existen las lógicas diferencias derivadas de las situaciones hidrogeológicas, las necesidades económicas y sociales, así como la organización de los poderes entre niveles estatales y subestatales. Al margen de los problemas que subsisten en relación con la gestión integrada de los recursos hídricos en la región, claramente vinculados al desarrollo sostenible<sup>20</sup>, influye en esta formulación la tendencia al reconocimiento normativo de un derecho humano al agua, incluso en sus normas constitucionales<sup>21</sup>. Este avance es de gran importancia para la región, pero tiene una incidencia evidente sobre la priorización de las políticas públicas y en su diseño. Puede observarse que esto ha llevado a incorporar en la mayor parte de

---

<sup>18</sup> Esta evolución es destacada en BOHOSLAVSKY, J.P., *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, CEPAL, 2010.

<sup>19</sup> Es el caso, por ejemplo, de Argentina (art. 42), Bolivia (art. 20), Colombia (art. 365), Ecuador (art. 314).

<sup>20</sup> La Cumbre de Johannesburgo de 2002 subrayó la necesidad de promover el desarrollo integrado de los recursos hídricos como parte de los ecosistemas, pero también como un bien social y económico que deben ser considerados en su conjunto.

<sup>21</sup> Constituciones de Uruguay (2004), Ecuador (2008), Bolivia (2009), México (2012) y Perú (2017). El alcance de este derecho, en el caso de Uruguay, lleva a establecer que el servicio público de abastecimiento de agua sólo podrá ser prestado por personas jurídicas estatales. En los casos de Ecuador y Bolivia, permiten la prestación de este servicio con cooperación privada, pero sólo a través de empresas mixtas.



las legislaciones nacionales la prioridad del uso del agua para el abastecimiento de las poblaciones frente a los usos especiales. Esto tiene una influencia significativa sobre las posibilidades de desarrollo de las asociaciones público-privadas en el sector del agua, al condicionar una eventual extensión de la actividad productiva en ámbitos como la energía o la producción de alimentos.

Bajo estos presupuestos, los debates en torno a la participación privada en la gestión del agua han tenido una importancia sobresaliente en América Latina, tanto en el ámbito social y político como académico, especialmente después de experiencias de conflicto tan importantes como la conocida “guerra del agua” que tuvo lugar en Bolivia<sup>22</sup>. No cabe duda de que hay aspectos ideológicos que inspiran en buena parte las posiciones que se adoptan al respecto. Sin embargo, los Estados latinoamericanos han dispuesto modelos normativos que parten de la asociación estricta entre el servicio público y las estructuras del Estado para su prestación. Ahora bien, la introducción de la participación privada debe entenderse relacionada con la prestación de este servicio de abastecimiento de agua y el saneamiento, que requiere inversiones elevadas, conocimientos técnicos avanzados y capacidades de organización importantes. Con estos condicionantes, los términos del debate sobre si son las empresas públicas o las privadas (o mixtas) las que presten un mejor servicio debe quedar determinado esencialmente por parámetros técnicos basados en la eficacia y en la eficiencia.

En la reciente historia de América Latina, la participación del sector privado en el abastecimiento de agua y el saneamiento ha estado sometida a una fuerte influencia desde el ámbito internacional. Desde los años 90, se inició una tendencia a la privatización del servicio público por Gobiernos que buscaban un mayor flujo de inversiones privadas y una mayor eficiencia de la gestión, impulsados por la crisis económica que padecían. La estrategia marcada desde instituciones financieras internacionales no impidió que se produjera una retirada progresiva de inversores internacionales durante los primeros años del siglo XXI, reestableciendo la estatalización de estos servicios públicos o facilitándose la participación de grupos

---

<sup>22</sup> En el año 2000, la subida de tarifas sobre el agua impuesta por la empresa Aguas del Tunari desencadenó protestas de elevada intensidad en Cochabamba. Esta empresa boliviana estaba controlada por una empresa estadounidense, que posteriormente pasó a estar controlada por una empresa holandesa, motivo por el cual se sometieron las actuaciones del Estado boliviano al arbitraje del CIADI, al amparo de un TBI entre Países Bajos y Bolivia (Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3).

privados locales que ocuparon su lugar<sup>23</sup>. La crisis financiera internacional que se inicia en 2008 ha devuelto el protagonismo a las APP, alentadas por la necesidad de que los servicios públicos sean debidamente atendidos, de que las infraestructuras de las que carecen sean construidas y se proceda a una consolidación fiscal. Estos aspectos han impulsado reformas legislativas importantes en el conjunto de Estados de la región con la finalidad de atender a estas necesidades<sup>24</sup>.

Esto podrá tener consecuencias sobre las inversiones extranjeras que fluyan hacia estos Estados en proyectos concretos, pero delimitadas por contextos normativos en los que inciden de forma determinante componentes internacionalizados. No es este el lugar para abordarlo, pero debe tenerse presente que el ámbito de la contratación con actores privados extranjeros puede quedar comprendido en lo que se ha identificado como “Derecho administrativo global”, que de forma creciente genera un acervo de principios e instituciones que influyen sobre las inversiones, no sólo otorgando seguridad jurídica a los inversores, sino también garantías sobre los derechos individuales y de los propios Estados en la protección de sus intereses fundamentales<sup>25</sup>.

ii) La realidad latinoamericana, en la perspectiva del cumplimiento de los ODS, se impone: la financiación pública resulta insuficiente para alcanzar estos objetivos. Por ello, la combinación de recursos públicos y privados aparece hoy como un desafío para la región. Existe un esfuerzo por identificar colectivamente los problemas más relevantes y señalar eventuales soluciones a través de la concertación regional. Como expresión de la adhesión de los Estados a estos objetivos, en abril de 2017 se celebra la Primera reunión del Foro de los Países de América Latina y el Caribe sobre el Desarrollo sostenible en Ciudad de México. La CEPAL, organizadora de este Foro, desempeña un papel relevante porque introduce un componente internacionalizado para constatar las dificultades y avances en la región; pero interesa destacar la contribución que realiza para subrayar la importancia de las alianzas público privadas en la

---

<sup>23</sup> Las causas de esta situación han sido analizadas por DUCCI, J., *Salida de operadores privados internacionales de agua en América Latina*, BID, 2007.

<sup>24</sup> Como señala FRIGERIO, G.; GÓMEZ KORT, M., *Asociaciones público-privadas en el sector de agua y saneamiento en América Latina*, Inter-American Development Bank, 2018.

<sup>25</sup> NAVARRO RODRÍGUEZ, P., “El nuevo Derecho Administrativo global como lex administrativa en el arbitraje internacional de inversiones”, *Revista General de Derecho Administrativo*, N°. 42, 2016.

consecución de los objetivos de la Agenda 2030<sup>26</sup>. Implicar en el desarrollo sostenible a un conjunto amplio de actores resulta fundamental para la CEPAL, por lo que promueve la participación en el mismo no sólo de los Estados, sociedad civil y sector privado, sino también los bancos de desarrollo, organismos de Naciones Unidas y los diferentes mecanismos de integración regional existentes.

Sin embargo, en materia de inversiones internacionales, el sector del agua y el saneamiento ha mantenido un declive importante en los últimos años. Las asociaciones público-privadas se centran mayoritariamente en el ámbito de la energía y el transporte, lo que debe ser tomado en consideración a la luz de las elevadas tasas de renegociación que se ha producido en momentos anteriores, y que se estiman en un 92% en los proyectos relacionados con el agua<sup>27</sup>. Al margen de las dificultades que llevan implícitas estas situaciones, su origen puede encontrarse en las deficiencias en la preparación de los proyectos y su financiación, unido a contratos o normativas incompletas o deficientes. El resultado, en estas condiciones, no es acorde con los riesgos que se asumen. Por esta razón, es destacable la labor desarrollada por los bancos multilaterales, especialmente el BID, que destina particularmente recursos a generar entornos propicios, que llevan a reformas en algunos sectores, el fortalecimiento institucional y la mejora de los marcos normativos con la finalidad explícita de fomentar que los operadores privados participen en el ámbito de las infraestructuras.

Por otra parte, en este contexto regional se hace evidente la ausencia de un tratamiento singularizado a las posibilidades que abre la cooperación público-privada dentro de los diferentes procesos de integración existentes. Ciertamente es que los resultados de la incorporación del sector privado a la gestión del agua y el saneamiento son muy dispares entre los Estados latinoamericanos, incluso las regulaciones nacionales pueden fundarse en criterios diferentes, pero ello no debería constituir un obstáculo insalvable para que en el ejercicio de sus competencias adoptaran algunas medidas. La conveniencia de que haya una actuación sobre las mismas debe ser contemplada a la luz de los usos que se dan al agua como recurso natural, tradicionalmente vinculado no sólo al consumo humano, sino también a otros destinos como la energía o la agricultura, ámbitos en los que los requerimientos de infraestructuras y modelos de gestión de los

---

<sup>26</sup> *Financiamiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe Desafíos para la movilización de recursos*. Foro de los Países de América Latina y el Caribe sobre Desarrollo Sostenible, Ciudad de México, 26 a 28 de abril de 2017.

<sup>27</sup> BID, *Evaluación de asociaciones público-privadas en infraestructura*, Marzo 2017.

aprovechamientos pueden tener un alcance transnacional<sup>28</sup> o incidencia sobre el ámbito de las competencias sobre las que se extienden estos procesos de integración. Aunque esta percepción general exista, el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), como organismo regional intergubernamental, ha tomado interés en vincular su actuación con los ODS, especialmente en lo relativo a las alianzas público-privadas<sup>29</sup>.

En este contexto, la realización de las APP en el marco latinoamericano queda en buena medida condicionada por unas regulaciones estatales en transformación y sometida, en el ámbito internacional, a las disposiciones de Acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, que suscitan problemas particulares que serán señalados más adelante, pero que han contado con fuertes rechazos en algunos Estados con posicionamientos políticos abiertamente contrarios a la sumisión de las controversias al arbitraje internacional<sup>30</sup>.

iii) Por otra parte, hay que tomar en consideración la complejidad que adquiere esta materia de la cooperación entre el sector público y privado en relación con la gestión del agua cuando se desglosan las atribuciones entre los diferentes niveles (estatal y local). Ciertamente, se trata de una materia vinculada a los diferentes modelos de organización territorial de los Estados; sin embargo, en el espacio latinoamericano estas cuestiones suscitan problemas de particular importancia a la vista de que se trata de una región en la que la población ha ido creciendo de forma muy destacable en el espacio urbano. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible (Hábitat III)<sup>31</sup>, aunque vinculada más estrechamente con el ODS 11, tiene una significativa incidencia sobre las cuestiones relacionadas con la

---

<sup>28</sup> Alcance transnacional que podría implicar también la participación de los órganos de gestión transfronteriza de recursos hídricos, como los dispuestos en el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní. A este respecto, el Senado brasileño tramita el *Projeto de Lei do Senado n° 495*, de 2017, que modifica la legislación de este Estado para introducir los mercados de agua como instrumento de promoción de una asignación más eficiente de los recursos hídricos.

<sup>29</sup> Como señala el documento “Objetivos y prioridades del Programa de Trabajo del SELA y su vinculación con la agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, Reunión de Reflexión entre las Secretarías de los Mecanismos Regionales Intergubernamentales Santiago, Chile - Abril de 2018 (SELA-CEPAL/Di No. 1-18).

<sup>30</sup> Posicionamientos que llevaron a que los países del ALBA (Bolivia, Ecuador, Venezuela y Nicaragua) acordaran en la V Cumbre ALBA-TCP de 2 de mayo de 2007 retirarse del Convenio CIADI. Aunque el cumplimiento de lo acordado fue disperso, algunos Estados más expresaron posiciones críticas con este modelo de arbitraje por las consecuencias negativas que tenía para sus economías y modelos constitucionales y sociales.

<sup>31</sup> Celebrada en Quito, Ecuador, el 20 de octubre de 2016. La Asamblea General de las Naciones Unidas refrendó la Nueva Agenda Urbana a través de la Resolución 71/256, de 23 de diciembre de 2016. Puede destacarse que fue la primera Conferencia Mundial celebrada tras la aprobación de la Agenda 2030.

participación plural en el cumplimiento de la Agenda 2030. Sin duda, el entorno urbano constituye un medio en el que el acceso al agua potable y el mantenimiento de una red de saneamiento adecuada presenta problemas específicos de gran importancia para sus poblaciones, que se hacen crecientes en la medida en que aumentan sus habitantes<sup>32</sup>.

La Nueva Agenda Urbana acordada en 2017 contiene a este respecto aportaciones relevantes al expresar el compromiso de promover el acceso equitativo y asequible a las infraestructuras (punto 34), a fortalecer la gestión sostenible de recursos y adoptar medidas destinada a su sostenibilidad, incluyendo la planificación integrada de los recursos hídricos con la participación de todos los interesados y a conservar y utilizar de forma sostenible el agua, junto a las medidas necesarias de saneamiento (puntos 70 a 73). Igualmente se manifiesta la necesidad de promover inversiones en infraestructuras necesarias para el cumplimiento de estos compromisos bajo un prisma de sostenibilidad, saneamiento higiénico y cuidado medioambiental (puntos 119 y 120).

Aquí, el sector privado constituye un actor fundamental para que los servicios y bienes urbanos sean atendidos debidamente, en un marco de sostenibilidad, de modo que las estrategias de desarrollo urbano deben contar con su participación (punto 82). Su importancia debe ser puesta en relación con las exigencias de financiación de servicios que presentan costes elevados para el conjunto de las sociedades, y cuya individualización por el consumo suscita importantes problemas de solidaridad en el seno de las sociedades. Las tradicionales técnicas de financiación de estos costes a través de tarifas, tributos o transferencias son empleados también en el ámbito latinoamericano con desiguales resultados, pero confluyen de forma generalizada en la insuficiencia de la financiación de los servicios de suministro de agua y saneamiento, de modo que “Cerrar la brecha de financiamiento requiere que los países y sus municipalidades se movilicen para obtener fondos de una variedad de fuentes”<sup>33</sup>.

Ahora bien, centrándonos en este ámbito infraestatal, no debe desconocerse que las técnicas de participación de las ciudades en la formación de APP son muy variables.

---

<sup>32</sup> Desde la CEPAL se ha identificado la gestión del agua y la gestión urbana como uno de los principales desafíos a los que se enfrenta América Latina (*La sostenibilidad del desarrollo en América Latina y el Caribe: desafíos y oportunidades*, CEPAL - PNUMA, Santiago de Chile, julio de 2002). Ya en el contexto de los ODS, ha propiciado facilitar la colaboración privada con actuaciones como el *Diálogo público-privado para la sostenibilidad urbana en América Latina y el Caribe*, enmarcado en la Conferencia de las Ciudades celebrada el 4 y 6 de octubre de 2017.

<sup>33</sup> Como concluye el análisis de COX, A. and PETER BÖRKEY, P. “Desafíos y opciones de política pública para financiar el agua y el saneamiento urbanos”, en AGUILAR BARAJAS, I.; MAHLKNECHT, J. KALEDIN, J. KJELLÉN, M. MEJÍA-BETANCOURT, A. (eds.), *Agua y ciudades en América Latina: Retos para el desarrollo sostenible*, Inter-American Development Bank, 2018, p. 65.

Esto va a depender no sólo de los sistemas normativos dispuestos en cada Estado, sino también de las capacidades administrativas, el diseño de los contratos y las capacidades financieras, a lo que debe sumarse la variable voluntad de las autoridades para adoptar esta técnica de colaboración entre el sector público y el privado<sup>34</sup>. Por esta razón, es interesante observar cómo el fenómeno de la progresiva relación de las ciudades en contextos internacionales, fundamentalmente mediante la formación de redes a nivel regional, tiene interés para el tratamiento de problemas comunes como la gestión del agua y el saneamiento. Pero las soluciones eventuales que se aporten con participación del sector privado van a estar condicionadas esencialmente por los modelos organizativos que se disponen en cada Estado.

#### **4. Componentes normativos internacionales sobre la gestión del agua y el saneamiento.**

Hay que tener presente que cualquier tratamiento que se dé a la participación de empresas en el sector del agua, siendo objeto de una importante promoción dentro de la Agenda 2030, plantea algunas cuestiones que van más allá de los simples componentes económicos. Por una parte, la asociación estricta entre el agua y los derechos humanos y, por otra parte, la necesidad de proteger las legítimas pretensiones de rentabilidad de los inversores son aspectos esenciales para abordar la relación entre el sector privado y el público sobre los recursos hídricos. Aunque pudiera entenderse que se trata de ámbitos materiales diferenciables, sometidos a regulaciones de dispar origen y contenido, la práctica internacional obliga a su interrelación por su relevancia fundamental, especialmente porque los proyectos quedan sometidos normalmente al derecho internacional de las inversiones, que no siempre resulta armonioso con la protección efectiva de los derechos humanos.

---

<sup>34</sup> *Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe*, Infrascopio 2014, BID. Como se destaca en el documento, las experiencias más amplias de APP a nivel subestatal se desarrollan en Brasil y México, facilitada por unos sistemas federales que otorgan amplia autonomía para la celebración de este tipo de contratos.

i) Es evidente que la aproximación a los ODS toma como base principal los derechos humanos, como establece la propia Agenda 2030<sup>35</sup>. Conseguir el acceso universal a este recurso vital es parte de estos objetivos, lo que exige tomar en consideración que el Objetivo 6 constituye también un medio para hacer efectivo estos derechos. Aunque aún en nuestros días la caracterización de un derecho humano al agua es objeto de debate, con base en diferentes instrumentos internacionales la Asamblea General de Naciones Unidas ha proclamado que se “reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”<sup>36</sup>. Esta proclamación como derecho humano pretende no tener un efecto meramente programático, sino que se ha intentado especificar por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales un conjunto de obligaciones que han de asumir los Estados para dar cumplimiento al mismo<sup>37</sup>.

En estas condiciones, la conciliación entre el derecho al agua, la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para garantizarlo y la apertura de estos servicios a su prestación a través de empresas constituye en nuestros días un reto de importantes consecuencias, especialmente en orden a no desvirtuar la caracterización de aquél como un derecho humano. Es evidente que la participación de sujetos privados en las actividades relacionadas con el agua y el saneamiento no resulta incompatible por sí misma con las obligaciones estatales concernientes a este derecho; antes al contrario, en circunstancias en las que los recursos estatales resultan insuficientes para garantizar el acceso de todos los individuos al agua y al saneamiento, puede entenderse beneficiosa la instrumentalización de la cooperación con el sector privado para dar cumplimiento a las obligaciones dimanantes de los instrumentos internacionales. Sin embargo, estando en presencia de derechos humanos, esta participación privada debe quedar sometida a una regulación suficientemente estricta para poderle imponer “obligaciones de los servicios públicos”, especialmente aquellos que están relacionados con la universalidad de la

---

<sup>35</sup> Como se subraya en la Res. 70/1, “No es posible realizar todo el potencial humano y alcanzar el desarrollo sostenible si se sigue negando a la mitad de la humanidad el pleno disfrute de sus derechos humanos y sus oportunidades” (par. 20).

<sup>36</sup> Doc. A/RES/64/292 “El derecho humano al agua y el saneamiento”, de 28 de julio de 2010, Punto 1.

<sup>37</sup> Observación general N° 15 (2002). El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (E/C.12/2002/11).

cobertura del servicio, la continuidad del servicio, la fijación de precios, el mantenimiento de la calidad y la participación de los usuarios<sup>38</sup>.

Sin duda, constituyen importantes condicionantes que requieren unos marcos normativos internos transparentes y estables en los Estados, así como una participación en los riesgos con los proveedores, que haga de las inversiones privadas puedan concertar los intereses en presencia con la protección adecuada de este derecho humano. Cierta prevención ha realizado al respecto la UNCTAD al señalar que “private sector operations in infrastructure such as water and sanitation are particularly sensitive because of the basic-needs nature of these sectors”<sup>39</sup>.

Indudablemente, no puede generalizarse una relación entre los derechos humanos y las inversiones. Además del impreciso alcance que en ocasiones tienen los derechos económicos, sociales y culturales, el tipo de inversión, las motivaciones que subyacen en ella o las responsabilidades que asumen los gobiernos son determinantes para resolver la existencia de vulneraciones de los derechos humanos. Pero sí resulta pertinente que las medidas destinadas a liberalizar algunos sectores económicos deben presentar un equilibrio suficiente de derechos y obligaciones para Estados e inversores, de modo que no queden menoscabadas las responsabilidades de los Estados sobre la protección de estos derechos<sup>40</sup>. En relación con servicios públicos como el agua, las situaciones que se deducen de su privatización no constituyen un fundamento suficiente para que el Estado quede eximido de la responsabilidad de proteger y promover los derechos que se vinculan a estos servicios, lo que puede llevar a plantear conflicto por la carencia de mecanismos de coordinación en el plano internacional entre los órganos destinados a los derechos humanos y los que tienen como finalidad la protección de los derechos de los inversores<sup>41</sup>. A este respecto, puede traerse la posición expresada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que expresa con nitidez la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos frente a eventuales contravenciones que puedan producirse por ello en la aplicación de acuerdos internacionales de naturaleza

---

<sup>38</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales (E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017).

<sup>39</sup> UNCTAD: *Investing in Sustainable Development Goals Action Plan for Private Investments in SDGs* (UNCTAD/OSG/2015/3).

<sup>40</sup> Report of the High Commissioner for Human Rights, *Human rights, trade and investment. Report of the High Commissioner for Human Rights*, 2 de julio de 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/9.

<sup>41</sup> KRIEBAUM, U., “Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights”, in A. Reinisch / U. Kriebaum (Eds.), *The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, 2007, 165-189.



comercial. Y así ha declarado que “la Corte considera que la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados”<sup>42</sup>.

Por ello, los diferentes instrumentos internacionales que se han establecido en estos campos plantean algunos problemas de relevancia fundamental para comprender las dificultades a que se somete la cooperación entre Estados y actores privados en el sector del agua.

ii) Los Estados latinoamericanos no han sido una excepción en la tendencia marcada ya en el siglo XX a facilitar las inversiones privadas en sectores tradicionalmente vinculados al sector público. A los innegables beneficios que en ocasiones han generado la asociación público-privada, la experiencia acumulada ha puesto de relieve que los límites de las obligaciones asumidas por los Estados en relación con los derechos humanos pueden entrar en colisión con las que se fundamentan en los acuerdos de promoción y protección de inversiones. La naturaleza internacional de estos acuerdos toma como elemento central la protección del inversor que no es nacional frente al Estado destinatario de las inversiones. Habiendo proliferado de forma espectacular en las últimas décadas<sup>43</sup>, es una potencial fuente de conflictos con cauces particulares de solución, generalmente a través del arbitraje. Es evidente que los Estados se ven restringidos en sus capacidades regulatorias y judiciales para llegar a convertirse en espacios atractivos para el inversor foráneo; éste deposita su confianza en el cumplimiento de ciertos estándares mínimos de conducta por el Estado y obtiene garantías de ello a través del mecanismo arbitral<sup>44</sup>.

Ciertamente, no es el agua y el saneamiento el único sector en el que se pueden producir tensiones entre la protección del inversor y los poderes regulatorios del Estado para dar amparo al interés general o dotar de efectividad a los derechos humanos.

---

<sup>42</sup> Sentencia de 29 de marzo de 2006, Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*.

<sup>43</sup> En 2017 el número de tratados bilaterales de inversión y tratados con disposiciones relativas a la inversión ascendía a 3,322 acuerdos (UNCTAD, World Investment Report 2018).

<sup>44</sup> VAN AAKEN, A., “Perils of success? The case of international investment protection”, *European Business Organization Law Review*, Vol. 9, 2008.

Aunque los eventuales problemas tengan un alcance más amplio, en el ámbito latinoamericano se han suscitado algunas importantes controversias sobre recursos hídricos derivadas de la intervención estatal<sup>45</sup>. El punto de partida está en la habitual consideración del agua como una simple materia prima o como un servicio cuando le es de aplicación un acuerdo de protección de inversiones. El arbitraje del CIADI ha mantenido una posición que hace primar la protección del inversor frente a las medidas que puedan adoptar los Estados en ejercicio de sus funciones soberanas si de ello se desprende como resultado una expropiación<sup>46</sup>. Ahora bien, si en un contexto de fragmentación de las normas internacionales en sectores formalmente inconexos estos pronunciamientos parecen indiscutibles, suscitan problemas de gran significación cuando el resultado real conduce la vulneración de derechos que los Estados deben garantizar a las personas.

A este respecto, resulta de interés comprobar las condiciones en las que los Estados no incurren en responsabilidad cuando se enfrentan a los inversores por actos que pueden tener un alcance expropiatorio, pero que se justifican en la protección de los derechos humanos. Tal fue el caso de Argentina, cuando ha invocado en el marco del arbitraje del CIADI la eximente de necesidad y la obligación de dar cumplimiento al derecho humano al agua<sup>47</sup>. Las circunstancias por las que pasaba Argentina de grave crisis financiera fueron alegadas para justificar el incumplimiento de los acuerdos bilaterales de protección aplicables por la ineludible necesidad de garantizar a las personas el acceso al agua. Ello era así porque la situación económica no permitía otorgar subsidios para el abastecimiento de agua a la ciudad de Buenos Aires. Sobre

---

<sup>45</sup> Además de los citados particularmente, pueden verse *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3); *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/17); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/19); *Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/18).

<sup>46</sup> En el *asunto Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/96/1), el tribunal arbitral apreció que las expropiaciones que realicen los Estados con la finalidad de protección medio ambiental no alteran ni la naturaleza de la medida ni la obligación de compensar por estas medidas, siendo indiferente que el origen de las mismas esté en el cumplimiento de normas internacionales.

<sup>47</sup> Desde los primeros años 90, Argentina facilitó la entrada del sector privado en la prestación de diferentes servicios públicos, incluida el suministro de agua y el saneamiento en las ciudades, a fin de garantizar el abastecimiento a sectores más amplios de población. Amparados por diferentes TBI, se privatizaron algunos servicios. Cuando la crisis financiera se agudizó, las autoridades adoptaron medidas como la congelación de las tarifas que pagaban los consumidores, lo que provocó el desacuerdo con los inversores en el sector, que demandaron a Argentina por vulnerar sus derechos a modificar los precios del agua en caso de inflación o devaluación de la moneda, que obstaculizaba el equilibrio económico de las inversiones realizadas.

este aspecto concreto, los laudos arbitrales que han tenido que resolver las demandas de los inversores no aportan una conclusión contundente sobre la eximente de necesidad invocada.

Sintéticamente, puede señalarse que las invocaciones al estado de necesidad por parte de Argentina motivado por la grave crisis económica ha oscilado entre la desestimación de los argumentos por considerarse que disponía de alternativas regulatorias menos lesivas para el inversor<sup>48</sup> a apreciar la exención de responsabilidad por atender a necesidades de orden público e intereses esenciales en materia de seguridad, así como evitar el colapso del Estado<sup>49</sup>. Incluso, se puede entender como un avance significativo el hecho de que otro laudo arbitral haya reconocido la invocación de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales para fundamentar la necesidad señalada<sup>50</sup>. Más recientemente, el 8 de diciembre de 2016, en el marco del CIADI se ha abordado con una amplitud sobresaliente las relaciones del derecho al agua con las inversiones, abordándose, más allá de la exoneración de responsabilidad del Estado por actos regulatorios destinados a protegerlo, las implicaciones que tiene el reconocimiento de este derecho sobre los sujetos privados. En concreto, subraya que “si bien es correcto afirmar que la obligación del Estado se fundamenta en su obligación de hacer valer el derecho humano al agua de todas las personas dentro de su jurisdicción, ello no es así en el caso de los inversores que persiguen, es cierto, el mismo objetivo, sino que se fundamenta en la Concesión y no en una obligación derivada del derecho humano al agua”<sup>51</sup>.

Las tendencias marcadas en algunos laudos a interpretar expansivamente los derechos de los inversores pueden tener ciertos efectos disuasorios sobre los Estados por tener que afrontar litigios internacionales, lo que anima a practicar cierta contención regulatoria que puede comprometer la efectividad del derecho al agua. Así, se ha señalado que la ausencia de homogeneidad en las soluciones arbitrales provoca problemas de enfriamiento regulatorio y de riesgo moral tanto para inversores como

---

<sup>48</sup> *CMS Gas Transmission Company vs. Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/8), *Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets vs. Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/3), *Sempra Energy International vs. Argentina* (ICSID Case No. ARB/02/16).

<sup>49</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .vs. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1).

<sup>50</sup> *Continental Casualty Company vs. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/9).

<sup>51</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/26).

para Estados<sup>52</sup>. Sin embargo, no puede desconocerse que hacer primar los intereses de los inversores sobre las actuaciones estatales destinadas a establecer políticas que garantizan los derechos humanos tiene sus orígenes en los TBI que, generalmente, especifican los derechos del inversor y las obligaciones para los Estados.

Excede las pretensiones de este trabajo intentar dar un tratamiento completo a esta materia, y especialmente posibles avances en la conciliación de intereses que están presentes en estas inversiones. No obstante, puede señalarse que “the core problem is not identifying the rights and norms which need to be upheld and protected under international law, but rather seeking enforcement of those norms”<sup>53</sup>. La caracterización formal de las normas protectoras a través del *soft law* constituye un avance insuficiente en el plano internacional, y su evolución a través de normas convencionales de alcance universal puede entenderse aún improbable. Por esta razón, a pesar de los todavía limitados intentos por introducir una protección singular de las potestades regulatorias de los Estados como régimen de excepción en los TBI<sup>54</sup>, existe una falta de concreción normativa en el plano internacional acerca de cómo conciliar los esfuerzos nacionales por dar cumplimiento a los ODS con el mantenimiento de un derecho de inversiones aislado de la necesaria protección de los derechos humanos por parte de los Estados. Algunos avances pueden ser destacados, como ocurre con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, que han impulsado la elaboración de planes nacionales de acción, en los que se persigue asegurar el cumplimiento de los derechos humanos cuando se concluyan acuerdos aplicables por las empresas. A pesar de que no constituye una solución a todos los problemas que se suscitan, cuando menos se pueden observar como guías para que haya coherencia política e instrumentos para evitar regulaciones que conduzcan a retrocesos en este ámbito.

## 5. Conclusiones.

---

<sup>52</sup> BOHOSLAVSKY, J. P., *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, CEPAL, 2010.

<sup>53</sup> O'NEILL, T., “Water and Freedom: The Privatization of Water and Its Implications for Democracy and Human Rights in the Developing World”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 17, 2006, pp. 357-383.

<sup>54</sup> Por ejemplo, el Investment Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Chile, de 18/11/2016.

La introducción en el ámbito internacional de objetivos para el desarrollo sostenible constituye una oportunidad transformadora para los Estados y las sociedades, en la que no pueden estar ausentes los actores privados. Con independencia de la función de promoción que se ha realizado a través de los ODS, la participación del sector privado en la consecución de estos objetivos se hace imprescindible, no sólo por las aportaciones de carácter financiero o de conocimientos, sino también por constituir uno de los pilares sobre los que se construirán los resultados, lo que exige su participación activa en los procesos nacionales e internacionales que se están siguiendo para hacer efectivos estos objetivos.

En un sector de relevancia fundamental como es el agua y el saneamiento, en América Latina se han desarrollado experiencias que arrojan tanto resultados positivos como negativos. A pesar de los fracasos en varias concesiones que han tenido una amplia repercusión en toda la Región, la Agenda 2030 ha impulsado un renovado interés por estas formas de cooperación que está conduciendo a un análisis de las legislaciones nacionales para facilitar alianzas entre el sector público y privado que permitan dar cumplimiento al Objetivo 6. No obstante, la confluencia de acciones normativas internas e internacionales continúa generando importantes interrogantes sobre las posibilidades de evolución de los modelos de cooperación público-privados, así como el influjo que puede tener el desarrollo sostenible sobre ellos.

La adopción progresiva de normas en los Estados latinoamericanos que establecen el derecho al agua para todas las personas constituye un factor que condiciona el interés de los inversores. En un contexto internacional, los inversores han encontrado en los TBI tradicionales un mecanismo de protección frente a las potestades estatales de intervención en un sector concebido como un servicio público que atiende a los intereses fundamentales de las poblaciones. Sin embargo, la falta de atención prestada en ellos a la consideración del agua como un derecho humano y la interpretación que se ha dado de ellos por los tribunales arbitrales obstaculiza en gran medida que puedan generalizarse las asociaciones público privadas en la prestación de estos servicios en América Latina. Facilitar que los Estados puedan cumplir con sus obligaciones nacionales e internacionales sobre el derecho al agua y la necesidad de que actores privados participen en la gestión de estos recursos constituye uno de los principales desafíos a los que se enfrenta la Región.

Al margen de consideraciones ideológicas, la eficiencia y eficacia de la gestión debe constituir el criterio que inspire la introducción de la cooperación del sector público con el privado en esta materia. Los esfuerzos de análisis y concertación que estamos conociendo en nuestros días están orientados fundamentalmente a construir marcos de relación que permitan a los Estados acomodar sus legislaciones, instituciones y contratos a las exigencias que impone la prestación de estos servicios públicos con un adecuado reparto de riesgos con los inversores con los que se pueda desarrollar este tipo de alianzas. Además, la interrelación de los recursos hídricos con otros sectores económicos importantes como la energía o la producción de alimentos constituye un campo para la exploración de la cooperación público-privada acorde con la sostenibilidad.