



Asamblea General

Distr. general
21 de julio de 2020
Español
Original: inglés

Septuagésimo quinto período de sesiones

Tema 72 b) del programa provisional*

**Promoción y protección de los derechos humanos:
cuestiones de derechos humanos, incluidos otros
medios de mejorar el goce efectivo de los derechos
humanos y las libertades fundamentales**

Los derechos humanos y la privatización de los servicios de agua y saneamiento

Nota del Secretario General

El Secretario General tiene el honor de transmitir a la Asamblea General el informe del Relator Especial sobre los derechos humanos al agua potable y al saneamiento, Sr. Léo Heller, de conformidad con la resolución [42/5](#) del Consejo de Derechos Humanos.

* [A/75/150](#).



Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos al agua potable y al saneamiento, Sr. Léo Heller

Resumen

El discurso común de la comunidad de derechos humanos sostiene que los derechos humanos son neutrales en cuanto al tipo de proveedores y prestación de servicios de agua y saneamiento. El presente informe se opone a ese argumento. En él, el Relator Especial sobre los derechos humanos al agua potable y al saneamiento, Sr. Léo Heller, parte de la premisa de que existen riesgos específicos para el disfrute de los derechos humanos al agua y al saneamiento en los casos de privatización, y que es necesario y pertinente analizar las dimensiones jurídicas, teóricas y empíricas de esos riesgos. El Relator Especial los examina basándose en una combinación de tres factores relacionados con el suministro privado de agua y saneamiento: la maximización de los beneficios, el monopolio natural de los servicios y los desequilibrios de poder. Mediante este marco analítico, identifica diferentes riesgos, entre ellos, la no utilización del máximo de recursos disponibles, el deterioro de los servicios, el acceso inasequible, la inobservancia de la sostenibilidad, la falta de rendición de cuentas y la desigualdad. También ofrece recomendaciones a los Estados y otros agentes para abordar y mitigar los riesgos identificados.

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción.....	4
II. Antecedentes	7
III. Riesgos de la privatización para los derechos humanos: justificación	9
IV. Riesgos de la privatización para los derechos humanos.....	11
A. Uso del máximo de los recursos disponibles	11
B. Asequibilidad	13
C. Falta de mejora o deterioro de los servicios	15
D. Sostenibilidad	17
E. Acceso a la información, participación y rendición de cuentas.....	18
F. No dejar a nadie atrás	19
V. Abordar los riesgos y establecer salvaguardias.....	20
A. Estados.....	21
1. Antes de adoptar la privatización	21
2. Elaboración de contratos	22
3. Etapa operacional	23
4. Fase de renegociación o terminación	23
B. Entidades del sector privado	24
C. Instituciones financieras internacionales.....	26

I. Introducción

1. La prestación de servicios de agua y saneamiento es una responsabilidad que han asumido principalmente los Gobiernos y las entidades públicas que operan bajo su control. Sin embargo, desde la década 1980, la privatización ha comenzado a extenderse, pues las instituciones financieras internacionales la han promovido activamente. A través de diversos instrumentos jurídicos, arreglos contractuales y distintos medios, se les ha otorgado a las entidades del sector privado una mayor presencia en el sector del agua y el saneamiento y, como consecuencia, sus actuaciones han acabado afectando al resultado de la prestación de servicios que abastecen a una parte de la población mundial.

2. La comunidad de derechos humanos ha expresado diversas opiniones sobre la privatización de los servicios de agua y saneamiento. En un extremo del espectro, los movimientos contra la privatización han sido muy categóricos al afirmar que el suministro público es el modelo más adecuado para hacer efectivos los derechos humanos al agua y, más recientemente, al saneamiento¹. En el otro extremo, una formulación común es la de la “neutralidad” o “agnosticismo” del marco de derechos humanos en lo que respecta al tipo de proveedor. Esta postura defiende que lo que importa son los resultados de la prestación de servicios, que son independientes del modelo de prestación², y que el marco de derechos humanos no exige que los Estados adopten ningún modelo en particular (A/HRC/15/31, párr. 15). Sin embargo, este discurso ha abierto la puerta a la idea acrítica de que la prestación pública y privada son equivalentes en lo que se refiere a la observancia de los derechos humanos.

3. La redacción de la observación general núm. 15 (2002) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa al derecho al agua, reflejó la polarización del debate acerca de la privatización de los servicios de agua y saneamiento. En sus versiones iniciales, el texto instaba a que se aplazara la privatización hasta que se establecieran sistemas normativos eficaces³. Finalmente, se adoptó un planteamiento más matizado. Al referirse a los proveedores tanto públicos como privados, el Comité señaló en el párrafo 11 de la observación general que “el agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico”. En el párrafo 24, el Comité también subrayó la obligación del Estado de proteger “el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable” del abuso cuando los servicios de suministro de agua sean explotados o estén controlados por terceros mediante un sistema normativo eficaz que debe prever una supervisión independiente, participación pública y la imposición de multas por incumplimiento. A pesar de estas directrices, el significado y las consecuencias de tratar el agua como un bien social y cultural en lugar de un bien económico, un principio clave de esta observación fundacional, todavía requieren una interpretación y un desarrollo más claros.

¹ Maude Barlow, *Whose Water Is It, Anyway?: Taking Water Protection into Public Hands* (Toronto, ECW Press, 2019); y Sharmila L. Murthy, “The human rights(s) to water and sanitation: history, meaning and the controversy over privatization”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 31, núm. 1 (2013).

² Un ejemplo de ello se observa en una comunicación de la Iniciativa para la Gobernanza del Agua de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), en la que se afirma que la cuestión fundamental que subyace a la consecución del derecho humano al agua y el saneamiento no es si la prestación de servicios debe gestionarse de forma pública o privada, sino qué resulta más eficaz en cada contexto...

³ Malcolm Langford, “Privatization and the right to water”, en *The Human Right to Water: Theory, Practice and Prospects*, Malcolm Langford y Anna F. S. Russell, eds. (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2017).

4. En el presente informe, el Relator Especial sobre los derechos humanos al agua potable y al saneamiento, Sr. Léo Heller, parte de la premisa de que los procesos que subyacen a la prestación de servicios de agua y saneamiento no son neutrales y configuran el entorno social, político y económico en el que se hacen efectivos los derechos humanos. Además, considera que, dado que los debates y las preocupaciones relativas a la asociación entre la privatización y los abusos de los derechos humanos al agua y al saneamiento tienen una larga trayectoria en el sector, corresponde al Relator Especial examinar la cuestión teniendo en cuenta sus dimensiones jurídicas, teóricas y empíricas. La implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible ha creado una necesidad apremiante de abordar esta cuestión, pues ha ejercido una presión renovada sobre el aumento de la participación del sector privado, mediante la movilización de diferentes formas de financiación que complementen los fondos públicos⁴.

5. Aunque el término “privatización” se ha aplicado a diferentes situaciones de participación privada en el sector del agua y el saneamiento, en el presente informe se utiliza en un sentido amplio, abarca las distintas formas en que las autoridades públicas delegan la prestación de servicios a las entidades del sector privado y no restringe el término a la venta de activos. El uso del término con este significado es coherente con otros informes publicados por los titulares de mandatos de procedimientos especiales⁵. El presente análisis comprende diversas modalidades de organizaciones con fines de lucro que prestan servicios, entre otras, las empresas multinacionales y nacionales, y las empresas que cotizan en bolsa, que tienen una proporción importante de acciones en manos de inversores privados. Estas modalidades no incluyen a los proveedores informales y comunitarios, las organizaciones no gubernamentales ni las empresas estatales. Además, el informe se centra en las entidades del sector privado que prestan servicios directamente o participan en actividades significativas de prestación de servicios y no en aquellas que se dedican a actividades complementarias de todo el ciclo del agua y el saneamiento, como el suministro de materiales y equipos, la elaboración de diseños técnicos o la construcción de infraestructura.

6. El alcance del presente informe, aunque analiza solo algunas formas de participación privada, abarca un panorama complejo y complicado e incluye diversos tipos de agentes y formas en que estos pueden participar en la prestación de servicios. En cuanto a los tipos de privatización, el más extremo es la “desinversión total”, en la que todos los activos pertinentes de una entidad pública se transfieren íntegramente a una empresa privada, y la entidad del sector privado asume la responsabilidad de la inversión de capital, la explotación y el mantenimiento, a cambio del cobro de los servicios. Existen otros modelos, que suelen denominarse alianzas público-privadas. Una modalidad común de dichas alianzas es la concesión de la totalidad o de partes del ciclo del agua durante un período de entre 20 y 30 años, mientras que los Gobiernos conservan la propiedad de los activos. En las empresas conjuntas, una entidad privada y una pública poseen conjuntamente la propiedad de una empresa, o bien se vende una proporción importante de las acciones de una empresa pública existente en la bolsa de valores. Otros tipos son los contratos de arrendamiento (*affermage*), en que los servicios se transfieren durante un período determinado a un proveedor privado a cambio de una cuota de arrendamiento, y los contratos de construcción, explotación y transferencia, en los que la empresa construye una infraestructura, la explota durante un período determinado y luego la transfiere de nuevo a la autoridad pública.

⁴ Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Fundación Heinrich Böll, *El otro déficit de infraestructura: La sostenibilidad – Perspectivas de derechos humanos y del medioambiente* (2018), pág. 115.

⁵ Véanse, por ejemplo, [A/69/402](#) y [A/73/396](#).

7. En el presente informe, el Relator Especial no realiza un análisis comparativo exhaustivo entre el suministro privado y público, ni presupone que uno sea más o menos capaz de hacer efectivos los derechos humanos al agua y el saneamiento que el otro. El objetivo principal del Relator Especial consiste en estudiar los riesgos que son específicos de la privatización o que podrían verse exacerbados por esta y en determinar qué salvaguardias son necesarias para proteger los derechos humanos al agua y al saneamiento de tales riesgos. Si bien se reconoce que también existen riesgos para los derechos humanos en lo que respecta al suministro público de servicios de agua y saneamiento, que predomina en todo el mundo, en informes anteriores se abordaron las preocupaciones y las formas en que podría mejorarse este tipo de prestación en cuanto a la rendición de cuentas⁶, la regulación⁷, la asequibilidad⁸, la participación⁹, la planificación¹⁰, la financiación¹¹ y los derechos de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad¹². Además, es pertinente que un informe se centre específicamente en el suministro privado, ya que la privatización de los servicios de agua y saneamiento requiere un proceso de adopción de decisiones por parte de los Estados en cuanto a la conveniencia de emprender o no esta modalidad de suministro, y el Relator Especial, por medio del informe, pretende ofrecer una orientación útil para este proceso.

8. Para la elaboración del informe, el Relator Especial convocó tres consultas públicas: el 13 de septiembre de 2019 en Ginebra; el 21 de octubre de 2019 en Nueva York, y una consulta específica con los proveedores de servicios privados el 17 de octubre de 2019 en Nueva York. Además, mediante los cuestionarios dirigidos a los Estados y a las organizaciones de la sociedad civil se recibieron 109 contribuciones. También se organizaron varias consultas en línea que permitieron la participación a distancia de los interesados¹³. El Relator Especial recibió una enorme cantidad de valiosas aportaciones que sin duda contribuyeron a mejorar el contenido del informe y proporcionaron pruebas en las que basar sus argumentos. Lamentablemente, debido a las limitaciones de longitud, solo una parte de las contribuciones pudo reflejarse explícitamente en el presente documento.

9. El Relator Especial comienza presentando los antecedentes del debate, en particular en relación con la forma en que las tendencias mundiales de las economías contemporáneas llegaron a influir en la privatización de los servicios de agua y saneamiento (secc. II). A continuación, presenta una justificación conceptual que sirve de base para las secciones siguientes (secc. III). Posteriormente, basándose en experiencias de todo el mundo, enmarca el debate sobre los posibles riesgos de la privatización desde la perspectiva de los derechos humanos (secc. IV). Por último, el Relator Especial resume las respuestas y salvaguardias, así como las recomendaciones, dirigidas a garantizar el debido cumplimiento, la protección y el respeto de los derechos humanos al agua y al saneamiento cuando se valora o se establece el suministro privado (secc. V).

⁶ Véase [A/73/162](#).

⁷ Véase [A/HRC/36/45](#).

⁸ Véase [A/HRC/30/39](#).

⁹ Véase [A/69/213](#).

¹⁰ Véase [A/HRC/18/33](#).

¹¹ Véase [A/66/255](#).

¹² Véanse los documentos [A/HRC/21/42](#), [A/HRC/33/49](#), [A/HRC/39/55](#) y [A/HRC/42/47](#).

¹³ Disponible en www.ohchr.org/EN/Issues/WaterAndSanitation/SRWater/Pages/PrivateSectorParticipation.aspx.

II. Antecedentes

10. No debe interpretarse el ejercicio efectivo de los derechos humanos al agua y al saneamiento en situaciones en que predomina la participación privada en la prestación de servicios como un fenómeno aislado, que no guarda relación con la economía política que ha impulsado la política mundial y nacional desde el siglo XX. En este contexto, la privatización de los servicios públicos, aunque se suele presentar como una solución técnica, “en realidad forma parte integral de una filosofía de la gobernanza económica y social”¹⁴. La delegación de los servicios públicos se ha justificado con argumentos como el desempeño superior del sector privado y la incapacidad del sector público para prestar servicios adecuados debido a una combinación de ineficiencia, corrupción y escasa rendición de cuentas. Sin embargo, la privatización de los servicios públicos no se ha producido sin una notable oposición social y política, cimentada en la evidencia de que trae consigo más desigualdad y pobreza¹⁵ y, por lo tanto, pone en peligro el ejercicio efectivo de los derechos humanos¹⁶.

11. La promoción de la privatización está relacionada con las presiones para que se reduzca el papel del Estado, a fin de que el sector privado pueda prosperar y ofrecer prestaciones sociales. A la inversa, e irónicamente, las crisis periódicas que ponen en peligro la estabilidad social de las economías han requerido que el Estado vuelva a prestar servicios y a proteger a los que se encuentran en las situaciones más vulnerables. La pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) de 2020 ha sido una situación emblemática que pone de manifiesto la necesidad de que los Estados intervengan en el sector del agua para suspender el pago de las facturas de agua, prohibir temporalmente las desconexiones y volver a ofrecer servicios a las personas a fin de garantizar agua suficiente para el lavado de manos¹⁷.

12. Las instituciones financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y los bancos multilaterales, han desempeñado un papel fundamental en los procesos de privatización al imponer condiciones a los Estados que solicitan préstamos, alivio de la deuda y ayuda para sectores específicos. En el sector del agua y el saneamiento, por mencionar algunos casos, el Banco Central Europeo, el FMI y la Comisión Europea indujeron a los Gobiernos de Portugal¹⁸ y Grecia a acelerar un programa de privatización como condición para la financiación del rescate financiero. En los Estados en desarrollo, la privatización como condición para las reformas sectoriales basadas en enfoques neoliberales ha sido una práctica generalizada de las instituciones financieras internacionales desde la década de 1980.

13. Durante la década de 1990, las autoridades locales de varios países llevaron a cabo procesos de privatización del suministro de agua y saneamiento con la expectativa de que el sector privado aportara más inversiones, mejorara la tecnología, aumentara la eficiencia y facilitara el acceso a los pobres. No obstante, las expectativas de privatización eran demasiado altas y la realidad parecía en cierta medida diferente a principios de la década del 2000: no solo no se amplió la participación del sector privado como se había previsto, sino que se rescindieron prematuramente varias concesiones o no se renovaron¹⁹. Las fuentes sugieren que la

¹⁴ A/73/396, resumen.

¹⁵ Joseph Stiglitz, *Globalization and Its Discontents Revisited: Anti-Globalization in the Era of Trump* (Nueva York, W.W. Norton and Co., 2017).

¹⁶ A/73/396, párr. 36.

¹⁷ Muchos titulares de mandatos hicieron llamamientos para que se aplicaran estas medidas: véase www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25746&LangID=E.

¹⁸ A/HRC/36/45/Add.1, párrs. 5 y 6.

¹⁹ Según la contribución de AquaFed, entre 2000 y 2019, el 75 % de los contratos no se renovaron, el 11 % se rescindieron anticipadamente y el 14 % se prorrogaron.

proporción de personas abastecidas por empresas privadas se situaba entre el 10 % y el 13 % en 2016²⁰. Sin embargo, la privatización sigue figurando en el programa político de muchos países. En el Brasil, por ejemplo, en un proyecto de ley aprobado recientemente por el Parlamento se revisó la Ley de Agua y Saneamiento de 2007 y se alentó categóricamente a los municipios a transferir los servicios al sector privado²¹. Además, los intereses comerciales internacionales en el sector del agua se han desplazado de América Latina y África hacia Asia y Europa Oriental. China por sí sola representa más de la mitad de todos los proyectos de suministro privado de los últimos 30 años y alrededor del 25 % de la inversión total²². Por otra parte, los formatos como los contratos de construcción, explotación y transferencia, más centrados y menos arriesgados para las empresas, van en aumento (829 proyectos de 2001 a 2018)²³.

14. En muchos Estados, el péndulo de la prestación de servicios volvió a pasar a manos públicas. Entre 2000 y 2019, se produjeron al menos 311 casos de desprivatización²⁴ en todo el mundo, a pesar de la oposición y los litigios, con frecuencia favorables, de empresas multinacionales en arbitrajes internacionales, en los que se alegaba el incumplimiento de contratos²⁵. Un caso significativo de remunicipalización ocurrió en París, donde las autoridades de la ciudad decidieron no renovar los contratos con Veolia y Suez debido a la preocupación por la subida de las tarifas y la falta de transparencia y rendición de cuentas. Sin embargo, se informó de que las empresas habían obstaculizado la aplicación de esta decisión de diferentes maneras²⁶.

15. En los últimos decenios, ha surgido otra modalidad de privatización, que consiste en la adquisición por parte de los fondos de inversión de acciones o la titularidad plena de las empresas de agua y saneamiento. Para los agentes financieros, esa modalidad constituye una estrategia de inversión atractiva, ya que podría asegurar beneficios a largo plazo, diversificar el riesgo y generar nuevas oportunidades de inversión, manteniendo al mismo tiempo una combinación de inversiones relativamente flexible y equilibrada²⁷. Desde la perspectiva de los derechos humanos, la financierización del sector del agua y el saneamiento crea una desconexión entre los intereses de los propietarios de las empresas y el objetivo de hacer efectivo el derecho humano al agua y al saneamiento.

²⁰ Aquafed, *Private Operators Delivering Performance for Water-Users and Public Authorities: Examples from Across the World* (París, 2015), pág. 6; y Ben Taylor, "Private sector involvement in water – global lessons", *The Springfield Centre* (2016).

²¹ Proyecto de ley núm. 4162/2019, art. 7, por el que se modifica la Ley núm. 11445/2007, art. 10.

²² Kate Bayliss, "Moving the goalposts: reconfiguring the role of the private sector in the provision of water", en *PPPs: A Critical Guide*, J. Gideon y E. Unterhalter, eds. (Londres, Routledge, 2020) (próxima publicación).

²³ Contribución de Aquafed.

²⁴ Satoko Kishimoto, Lavinia Steinfort y Olivier Petitjean, eds., *The Future is Public - Towards Democratic Ownership of Public Services* (Ámsterdam, Transnational Institute, 2019).

²⁵ Lavinia Steinfort, "The 835 reasons not to sign trade and investment agreements", en *Reclaiming Public Services - How Cities and Citizens Are Turning Back Privatisation*, Satoko Kishimoto y Oliver Petitjean, eds. (Ámsterdam, Transnational Institute, 2017).

²⁶ Anne Le Strat, *Una victoria contra las multinacionales: la batalla por el agua de París* (Barcelona, Icaria, 2019).

²⁷ Véase Erik Swyngedouw, "Troubled waters: the political economy of essential public services", en *Water and Sanitation Services: Public Policy and Management*, José Estaban Castro y Léo Heller, eds. (Londres, Zed Books, 2009).

III. Riesgos de la privatización para los derechos humanos: justificación

16. La prestación de servicios de agua y saneamiento por parte de operadores privados propicia un conjunto particular de riesgos para los derechos humanos, basado en una combinación de tres factores: la maximización de los beneficios, el monopolio natural que caracteriza el suministro de agua y saneamiento, y los desequilibrios de poder. Estos factores se combinan para crear un marco conceptual que permite evaluar la privatización en relación con los riesgos para los derechos humanos. Establecer una relación causal entre los procesos de privatización y la repercusión para los derechos humanos suele plantear un reto metodológico, ya que rara vez es posible construir escenarios hipotéticos (es decir, posibles situaciones alternativas en las que no se haya implantado la privatización). La utilización del marco de tres factores en el presente informe permite superar esas dificultades metodológicas.

17. En primer lugar, el objetivo de la realización de beneficios, típico del sector privado, suele expresarse como la maximización de los beneficios, en la que los proveedores intentan extraer las máximas ganancias netas de la prestación de servicios, ya sea reduciendo los costos, aumentando los ingresos o ambas cosas. En efecto, los costos pueden reducirse mediante un aumento de la eficiencia y la ampliación de los servicios podría traducirse en un aumento de los ingresos sin que ello suponga necesariamente una subida de los precios ni la exclusión de las personas que viven en la pobreza. No obstante, las pruebas empíricas no siempre validan la idea de que los precios de la prestación privada estén relacionados con una mayor eficiencia²⁸ y la maximización de los ingresos puede dar lugar a preocupaciones sobre la asequibilidad desde la perspectiva de los titulares de derechos. Para aumentar los ingresos, los proveedores privados podrían ejercer presión sobre las autoridades públicas para que revisen las tarifas, aumenten o impongan costes de conexión o autoricen nuevas fuentes de beneficios, con frecuencia mediante servicios no solicitados²⁹.

18. En segundo lugar, como el alcance de la competencia en el sector del agua y el saneamiento es limitado debido a los elevados costos anticipados, los organismos reguladores están más expuestos al riesgo de captura por parte de los proveedores al tratarse de un monopolio natural, en el que opera un único proveedor³⁰. Cuando se trata de proveedores privados, especialmente empresas internacionales, hay otras cuestiones relacionadas con el arbitraje internacional que pueden influir negativamente en la capacidad de los organismos reguladores para proteger de manera efectiva los intereses de los titulares de derechos³¹.

19. En tercer lugar, los desequilibrios de poder entre los proveedores privados y las autoridades públicas son habituales y pueden dar lugar a preocupaciones en materia de derechos humanos. Este factor también puede exacerbar las repercusiones de los otros dos factores mencionados anteriormente. Las concesiones suelen estar firmadas por autoridades locales que carecen de conocimientos técnicos e información precisa

²⁸ Isaac W. Wait y William Adam Petrie, "Comparison of water pricing for publicly and privately owned water utilities in the United States", *Water International*, vol. 42, núm. 8 (diciembre de 2017).

²⁹ José Luis Guasch y Stéphane Straub, "Corruption and concession renegotiations: evidence from the water and transport sectors in Latin America", *Utilities Policy*, vol. 17, núm. 2 (junio de 2009).

³⁰ [A/HRC/36/45](#), párr. 26.

³¹ Véase, por ejemplo, el arbitraje del caso de Buenos Aires por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones en Luke Eric Peterson, "Bilateral investment treaties and investment arbitration", en *The Human Right to Water: Theory, Practice and Prospects*.

para redactar cláusulas contractuales que establezcan obligaciones contundentes para los proveedores a largo plazo. Además, es muy común que los organismos públicos, que no disponen de recursos ni personal suficientes, asuman la función de supervisar y vigilar al proveedor privado³². También puede suceder que estas autoridades carezcan de la fortaleza política y financiera necesaria para negociar condiciones favorables con las empresas transnacionales o para ganar litigios complejos y prolongados cuando surgen conflictos. Las cláusulas de los tratados internacionales de inversión y la solución de controversias entre inversionistas y Estados suelen estar desconectadas de las normas internacionales de derechos humanos y ofrecen a las empresas extranjeras instrumentos para proteger sus inversiones, con lo cual dejan a los Estados en una posición de debilidad y a los derechos de las comunidades afectadas desprovistos de protección³³.

20. Otra cara de la asimetría de poder es la posición que ocupan las entidades del sector privado en los foros de decisión, también en el plano internacional, la cual les facilita el acceso a las autoridades decisorias pertinentes y les brinda oportunidades para ejercer presión sobre ellos³⁴. Según afirmó un comentarista anónimo en una consulta realizada para este informe, en las Naciones Unidas, estamos siendo testigos de lo que se denomina “captura corporativa”; las Naciones Unidas han permitido que las empresas tengan una gran influencia en los debates y decisiones. En particular en el sector del agua y el saneamiento, la fuerte presencia de los representantes de las empresas en los organismos internacionales se manifiesta en que muestran más capacidad para defender sus intereses y opiniones que otros representantes de la sociedad civil³⁵. Por ejemplo, la participación de Suez, una de las mayores empresas hídricas transnacionales, en los debates que precedieron a la redacción de la observación general núm. 15 fue considerada “desconcertante” por un miembro de la comunidad académica, que se sentía incómodo por una posible influencia en el contenido de esta que podría beneficiar a la empresa como consecuencia de la consolidación económica relacionada con el ajuste estructural del sector del agua³⁶. El fenómeno de la “puerta giratoria” en el sector del agua y el saneamiento también es bien conocido, pues quienes desempeñan los cargos de ejecutivos de grandes empresas son las mismas personas que se encargan de la formulación de políticas de alto nivel³⁷.

21. Todos estos factores relacionados con la asimetría de poder, de manera simultánea, otorgan capacidades a las entidades del sector privado, pueden dar lugar a un conflicto de intereses y permiten la influencia excesiva de los grupos de presión empresariales en la regulación de lo que debería ser un bien social y cultural en lugar de un bien económico.

³² Eric Gutiérrez, Belinda U. Calaguas, Joanne Blanche Green y Virginia Roaf, *New Rules, New Roles: Does PSP Benefit the Poor? – synthesis report* (Londres, Water Aid y Tearfund, 2003).

³³ Carta de los Relatores Especiales a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Disponible en www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/OL_ARM_07.03.19_1.2019.pdf.

³⁴ David A. McDonald, “Remunicipalization: The future of water services?”, *Geoforum*, vol. 91 (2018).

³⁵ Cristy Clark, “Of what use is a deradicalized human right to water?”, *Human Rights Law Review*, vol. 17, núm. 2 (2017).

³⁶ Stephen Tully, “A human right to access water? A critique of general comment No. 15”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 23, núm. 1 (2005).

³⁷ Véase Anne Le Strat, *Una victoria contra las multinacionales*, en referencia a un caso en Francia.

IV. Riesgos de la privatización para los derechos humanos

22. El marco conceptual que se presentó en el apartado anterior sienta las bases para afirmar que la privatización del sector del agua y el saneamiento conlleva un conjunto singular de riesgos para el ejercicio efectivo de los derechos humanos. Las formas concretas en que esos riesgos pueden afectar a los titulares de derechos merecen un análisis exhaustivo a fin de evaluar si podrían estar incumpliendo las obligaciones de los Estados de abstenerse de adoptar medidas regresivas y de impedir a terceros interferir negativamente en los derechos humanos al agua y el saneamiento. Como se define claramente en el derecho de los derechos humanos, un retroceso injustificado en el ejercicio efectivo de los derechos humanos constituye una violación de los derechos humanos³⁸. En esta sección, se abordan los riesgos más importantes, así como sus causas y consecuencias.

A. Uso del máximo de los recursos disponibles

23. En virtud del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados partes tienen la obligación de hacer realidad de forma progresiva los derechos que en él se enuncian utilizando el máximo de los recursos de que dispongan³⁹. Teniendo en cuenta que las deficiencias en el acceso a los servicios públicos afectan sobre todo a las personas que viven en condiciones de vulnerabilidad, esta obligación debe interpretarse en relación con el principio de igualdad y no discriminación, que exige que los Estados identifiquen, movilicen todos los recursos disponibles y los destinen a los que se encuentran en peores condiciones. El incumplimiento de esta obligación puede deberse tanto a que no se cumple el principio de asignación de recursos, por ejemplo, a causa de un presupuesto insuficiente, como a la no utilización de esos recursos. El hecho de no utilizar el máximo de los recursos disponibles, en un contexto de privatización, puede ser resultado, entre otras cosas, de cuatro factores: la transferencia de los beneficios del sector del agua sin la eficiencia y la mejora del acceso correspondientes; la inversión limitada por parte de las empresas de sus propios recursos, en particular en las zonas en que hay personas que viven en situaciones de vulnerabilidad; prácticas corruptas, y el otorgamiento de concesiones en que no se utilice el pago de un arrendamiento en el sector del agua y el saneamiento.

24. Con frecuencia, los ingresos excedentarios derivados de la prestación de servicios se distribuyen casi en su totalidad entre los propietarios o accionistas de empresas privadas en forma de beneficios y dividendos. Esta práctica tiene repercusiones negativas en la inversión en mantenimiento y en la ampliación de los servicios a las poblaciones desatendidas o subatendidas, lo cual puede generar una necesidad continua de inversión pública⁴⁰. Por ello, se ha fomentado la opinión de que el derecho de los derechos humanos no debe ser “neutral” en cuanto a la privatización: si las empresas privadas obtienen enormes beneficios..., las autoridades públicas competentes no han adoptado las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, como exige el párrafo 1 del artículo 2 [del Pacto], para poner este bien público a disposición de su población⁴¹.

³⁸ [A/HRC/27/55](#), párrs. 46 y 48.

³⁹ [A/HRC/45/10](#).

⁴⁰ [A/HRC/24/44](#), párr. 44.

⁴¹ Véase Manfred Nowak, *Human Rights or Global Capitalism: The Limits of Privatization* (Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2017).

25. El segundo factor se refiere a la medida en que los proveedores privados aportan recursos financieros externos a los servicios y subsanan las deficiencias de inversión. Aunque la inversión de fondos externos es una de las principales razones que se esgrimen para justificar la privatización⁴², la realidad muestra un panorama diferente. Durante la década de 1990, las inversiones mundiales en agua y saneamiento representaron el 5,4 % del total invertido en infraestructura privada⁴³; sin embargo, las inversiones no se destinaron a las regiones donde más se necesitaban, sino a países de ingresos medianos más estables⁴⁴. Además, los operadores privados suelen recurrir a fondos públicos, a menudo en forma de préstamos con bajos tipos de interés, para ampliar el acceso o mejorar la infraestructura. En lugar de aportar dinero nuevo, las empresas compiten con los operadores públicos por los escasos fondos estatales⁴⁵. Cuando los Estados destinan fondos de los contribuyentes a subsanar las deficiencias resultantes de no recurrir a las inversiones privadas previstas, mientras que los excedentes económicos se transfieren a las empresas, los bienes y recursos públicos se utilizan en beneficio de las empresas privadas, lo que significa que no se utilizan al máximo para cumplir las obligaciones en materia de derechos humanos. Esto no solo afecta a los derechos humanos al agua y al saneamiento, sino también a otros derechos económicos y sociales.

26. En tercer lugar, la corrupción obstaculiza la capacidad del Estado para utilizar el máximo de sus recursos disponibles⁴⁶. Cuando las entidades del sector privado participan en prácticas de corrupción, se crea otra cadena de entidades y una capa adicional de posibles actos de corrupción, entre otros, el soborno de funcionarios públicos o incluso la recepción de sobornos⁴⁷. De hecho, se han documentado casos de corrupción en los que estaban implicados proveedores privados en varios lugares, como Atlanta (Estados Unidos de América), Sofía y Tarragona (España)⁴⁸. En Grenoble (Francia), por ejemplo, un tribunal determinó que una empresa privada había ganado una licitación pública porque había sobornado a las autoridades públicas que, a cambio, aceptaron proporcionar a la empresa más ingresos de los que recibía el operador público⁴⁹.

27. Por último, existe también el riesgo de que se agoten los recursos del sector del agua y el saneamiento y se utilicen en otros sectores, mediante el pago de arrendamientos cuyo destino podría no ser fácilmente localizable. En Rialto (Estados Unidos), por ejemplo, alrededor de un 20 % del total de la inversión anticipada del proveedor privatizado recientemente se destinó a pagos de arrendamientos al municipio, que se utilizaron en otros proyectos⁵⁰. Aunque los gastos son pertinentes para el ejercicio efectivo de otros derechos económicos, sociales y culturales, se puede considerar que la situación menoscaba las obligaciones estatales en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya que el Estado no utiliza el máximo de los recursos disponibles para realizar progresivamente los derechos humanos al agua y el saneamiento.

⁴² Contribución de Brazilian Association of Private Concessionaires of Public Water and Sewage Services.

⁴³ Philippe Marin, *Public-Private Partnerships for Urban Water Utilities: A Review of Experiences in Developing Countries*, Tendencias y opciones de políticas, núm. 8 (Washington D. C., Banco Mundial, 2009).

⁴⁴ Eric Gutiérrez *et al.*, *New Rules, New Roles*.

⁴⁵ José Esteban Castro, "Neoliberal water and sanitation policies as a failed development strategy: lessons from developing countries", *Progress in Development Studies*, vol. 8, núm. 1 (2008).

⁴⁶ A/HRC/28/73, párr. 20 c).

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 8.

⁴⁸ Contribuciones de Food & Water Watch, de Eulalio e Italian Forum.

⁴⁹ Tribunal de Casación, sala de lo penal (Francia), sentencia del 8 de abril de 1999, recurso núm. 060 98-84539.

⁵⁰ Contribución de Food & Water Watch.

B. Asequibilidad

28. Cuando se espera que la privatización mejore el nivel de los servicios ofrecidos, se supone que suben los precios que se cobran a los usuarios para hacer frente al aumento de los costos. Además, parte de la tendencia al alza de los precios tras la privatización puede atribuirse a un contexto anterior en que los valores que se cobraban por los servicios eran bajos⁵¹. Sin embargo, el marco de los derechos humanos plantea importantes cuestiones al respecto. En primer lugar, se trata de determinar si los nuevos precios son compatibles tanto con los costos en que se incurre como con la obligación del Estado de utilizar el máximo de sus recursos disponibles. Una segunda cuestión se refiere a la medida en que las poblaciones más desfavorecidas se ven financieramente afectadas y se respetan y protegen sus derechos humanos. En tercer lugar, se plantea la cuestión de cómo se desempeña el papel independiente de la administración pública, como garante de derechos, en cuanto a la adopción de decisiones sobre la fijación de tarifas en relación con el nivel de influencia de las entidades del sector privado.

29. Especialmente cuando se opera bajo la premisa de la recuperación total de gastos a través de las tarifas, el tipo de proveedor (público o privado) puede no ser neutral en cuanto a la repercusión sobre la asequibilidad, y el servicio prestado por los operadores privados, en particular los impulsados por la lógica de la maximización de los beneficios, suscita preocupación. En Guayaquil (Ecuador), el precio del agua aumentó un 180 % después de la privatización⁵²; en Yakarta, los precios aumentaron un 135 % en los primeros 10 años del contrato de concesión⁵³; y en Cochabamba (Estado Plurinacional de Bolivia), poco después de la privatización los precios aumentaron en promedio un 43%⁵⁴. Además, las conclusiones que indican que, en los países en que prevalece la prestación de servicios privados, como Francia, no hay diferencia de precios independientemente del plan de gestión⁵⁵ deben interpretarse con cautela⁵⁶.

30. El aumento de los precios puede derivarse de diferentes mecanismos. Los reglamentos o las cláusulas contractuales pueden atribuir a los operadores privados la obligación de invertir en la ampliación del servicio y la mejora de la infraestructura, cuyos costos se traducen en un aumento de las tarifas⁵⁷. Sin embargo, esto también puede ocurrir cuando los contratos asignan obligaciones de inversión a las autoridades públicas, pero los ingresos de las empresas no se reducen proporcionalmente. Una de las preocupaciones es que la normativa contable no logre identificar los niveles de beneficios netos reales. Por ejemplo, en Burdeos (Francia) no se detectó que los beneficios netos se habían subestimado hasta que se realizó una auditoría del operador

⁵¹ Emanuele Lobina, “Problems with private water concessions: a review of experiences and analysis of dynamics”, *International Journal of Water Resources Development*, vol. 21, núm. 1 (2005).

⁵² “Observatorio ciudadano planea demandar a Interagua ante Corte Interamericana”, *El Universo* (Guayaquil, Ecuador), 15 de abril de 2008.

⁵³ Abdul Badeges, “The ownership of water services company in Indonesia: an Islamic economics perspective”, tesis doctoral, Universidad de Malaya, 2013. Disponible en www.academia.edu/4098585/The_Ownership_of_Water_Services_Company_in_Indonesia_An_Islamic_Economics_Perspective.

⁵⁴ John P. Mulreany, Sule Calikoglu, Sonia Ruiz y Jason W. Sapsin “Privatización del agua y salud pública en América Latina”. *Revista Panam Salud Pública*, vol. 19, núm. 1 (2006).

⁵⁵ Contribución de Aquafed.

⁵⁶ Emanuele Lobina, “Commentary on the European Commission’s ‘Study on water services in selected member States’”, informes de la Unidad de Investigación de la Internacional de Servicios Públicos, 2018. Disponible en http://gala.gre.ac.uk/19211/7/19211%20LOBINA%20European_Commission%E2%80%99s_Study_on_Water_Services_2018.pdf.

⁵⁷ ECE/CECI/2019/5, pág. 5.

municipal y su empresa matriz⁵⁸. También se informó del uso de tecnologías más costosas, que daba lugar a la subida de las tarifas para compensar el aumento de los costos⁵⁹. Además, se notificó que los proveedores privados cobraban precios más altos como consecuencia de la adquisición de materiales y servicios a filiales del mismo grupo empresarial⁶⁰. Estos ejemplos demuestran la tensión entre el carácter lucrativo de las empresas y su repercusión en las tarifas, así como la limitada capacidad de las autoridades públicas para garantizar que los precios no se eleven de manera desproporcionada, lo que en definitiva puede afectar a la asequibilidad del acceso a los servicios.

31. Los usuarios que viven en la pobreza pueden verse muy afectados por la subida de las tarifas, en particular cuando no existe apoyo financiero, como tarifas reducidas o un piso de protección social. Por ejemplo, existen pruebas de que en América Latina la recuperación total de gastos puede acarrear problemas de asequibilidad para uno de cada cinco hogares de la región; En países como el Estado Plurinacional de Bolivia, Honduras, Nicaragua y Paraguay, esta política puede afectar a casi la mitad de la población⁶¹. En un estudio realizado en 2005, se determinó que la asequibilidad era un problema importante en el 70 % de los hogares de África Subsahariana⁶². Unas tarifas de abastecimiento hídrico más elevadas pueden llevar a la gente a buscar fuentes de agua alternativas que no son seguras. En Kwazulu-Natal (Sudáfrica), el acceso al agua mediante un sistema de mediciones prepago, aplicado por el proveedor privado, se relacionó con un brote de cólera en 2000, cuando 120.000 personas se contagiaron y 300 fallecieron⁶³. En Yakarta, como alternativa a la calidad inadecuada del agua suministrada, las personas que viven en la pobreza recurrieron a aguas subterráneas de bajo nivel (contaminadas), mientras que las personas acomodadas utilizaron agua de calidad más segura procedente de pozos profundos, lo que causó un hundimiento del suelo y tuvo repercusiones en la sostenibilidad ambiental⁶⁴.

32. Aunque la definición de las tarifas es una tarea que generalmente llevan a cabo las autoridades públicas, los proveedores privados tienen un interés intrínseco en aumentar los ingresos mediante las tarifas y los honorarios que se cobran a los usuarios, y suelen ejercer una influencia significativa en los procesos de adopción de decisiones conexos. En muchos casos, las empresas disponen de conocimientos técnicos y recursos para evaluar las revisiones de las tarifas que eclipsan a los de las autoridades públicas encargadas de este análisis, en particular a nivel local. La asimetría de la información y la captura del regulador aumentan los riesgos de que los precios sean inasequibles para los pobres, especialmente cuando no existen planes de subsidios⁶⁵. Además, una parte importante de las tarifas corresponde a la remuneración del capital. Dado que los organismos reguladores rara vez intervienen en las decisiones de inversión, no tienen otra alternativa que aceptar las subidas de las tarifas y la sostenibilidad económica de los contratos en esas situaciones. Cuando

⁵⁸ Anne Le Strat, *Una victoria contra las multinacionales*.

⁵⁹ Contribución de Coalición Eau.

⁶⁰ Anne Le Strat, *Una victoria contra las multinacionales*.

⁶¹ Vivien Foster y Tito Yepes, "Is cost recovery a feasible objective for water and electricity? the Latin American experience", *Documento de trabajo sobre investigaciones relativas a políticas* núm. 3943 (Washington D. C., Banco Mundial, 2006).

⁶² *Ibid.*

⁶³ Dale T. McKinley. "The struggle against water privatisation in South Africa", en *Reclaiming Public Water: Achievements, Struggles and Visions from Around the World*, 2ª ed., Belén Balanyá, Brid Brennan *et al.*, eds. (Ámsterdam, Transnational Institute and Corporate Europe Observatory, 2005). Disponible en www.tni.org/files/publication-downloads/second_edition.pdf.

⁶⁴ Emanuele Lobina *et al.*, "Water justice will not be televised: moral advocacy and the struggle for transformative remunicipalisation in Jakarta", *Water Alternatives*, vol. 12, núm. 2 (2019).

⁶⁵ A/HRC/36/45, párr. 26.

los servicios volvieron a manos públicas, en algunos municipios, como París, se produjo una reducción de los niveles de tarifas⁶⁶.

33. Las empresas privadas tienden a aplicar una política de desconexión de los usuarios que no pueden pagar sus facturas, como en Francia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. En Inglaterra y Gales, en los cinco primeros años tras la privatización, el número de desconexiones de hogares se triplicó, lo que dio lugar a la Ley del Agua de 1999, que prohíbe la desconexión de usuarios por impago y el uso de medidores prepago como respuesta a los peligros asociados con los cortes para la salud pública⁶⁷. En Yakarta, las dos empresas a las que se adjudicaron contratos de agua y saneamiento fueron acusadas de negar los servicios de acceso al agua a los residentes que no podían pagar sus facturas, lo que llevó a los usuarios a comprar agua potable cara a los vendedores ambulantes y a bañarse en pozos públicos contaminados⁶⁸. Del mismo modo, el proveedor mexicano Aguas de Saltillo aumentó drásticamente el número de desconexiones e introdujo una tarifa de reconexión⁶⁹. En Mbombela (Sudáfrica), la empresa cortó los servicios relacionados con el agua después de emitir advertencias sobre los impagos, con lo cual puso en peligro el acceso de miles de usuarios. Esto también ocurrió en zonas empobrecidas de Dolphin Coast, en Sudáfrica, donde se llevaron a cabo desconexiones cuando la subida de las facturas del agua hizo que fueran imposibles de pagar⁷⁰. Por otra parte, el Relator Especial, durante sus visitas oficiales a los países, fue testigo de que, incluso cuando la normativa autoriza las desconexiones, los proveedores públicos suelen ser menos estrictos, no las aplican automáticamente y permiten que se mantenga el suministro de los usuarios que se encuentran en situación de pobreza⁷¹. Esta misma norma se ha notificado en relación con los proveedores de los Estados Unidos⁷². Es más probable que los proveedores públicos sean más receptivos a considerar a los usuarios como titulares de derechos y no los desconecten tan fácilmente como en las situaciones en que la prestación está orientada a la obtención de beneficios.

C. Falta de mejora o deterioro de los servicios

34. El paso de la prestación pública a la privada se suele promover como una forma de lograr una mejor calidad y unos servicios más seguros y disponibles, ya que se considera que las entidades privadas son más eficientes y tienen más conocimientos especializados. Sin embargo, las pruebas indican que la privatización no es la panacea para la mejora y la ampliación de los servicios. Las tensiones entre los intereses económicos de las empresas y los resultados sociales de los servicios suelen favorecer a los primeros. Además, si el proceso de privatización se pone en práctica de un modo inadecuado y las inversiones no llegan de acuerdo con los compromisos contraídos,

⁶⁶ Véase Anne Le Strat, *Una victoria contra las multinacionales*, y contribución de Aquafed.

⁶⁷ Emanuele Lobina, “UK – strong and weak lock-in of water governance outcomes in England”, in *Facing the Challenges of Water Governance*, Simon Porcher y Stéphane Saussier, eds. (Nueva York, Palgrave Macmillan, 2019).

⁶⁸ Andreas Harsono, “Indonesia’s Supreme Court upholds water rights”, Human Rights Watch, octubre de 2017. Disponible en www.hrw.org/news/2017/10/12/indonesias-supreme-court-upholds-water-rights.

⁶⁹ Contribución de la Asociación de Usuarios del Agua de Saltillo.

⁷⁰ David Hall y Emanuele Lobina, “Pipe dreams: the failure of the private sector to invest in water services in developing countries”, informes de la Unidad de Investigación de la Internacional de Servicios Públicos, 2006.

⁷¹ Según se notificó al Relator Especial durante sus visitas a Portugal y México.

⁷² George Homsy y Mildred Warner, “Does public ownership of utilities matter for local government water policies?”, *Utilities Policy*, vol. 64 (abril de 2020).

el sector público termina por asumir la carga de subsanar las deficiencias⁷³, ya que los Estados siguen siendo garantes de derechos ante los titulares de derechos cuando los servicios se delegan en terceros.

35. Las empresas pueden considerar que los servicios de agua y saneamiento de los Estados en desarrollo son negocios poco atractivos. Entre las razones de ello figuran el aumento del riesgo país, del riesgo financiero y del riesgo contractual, así como las limitaciones contractuales irrazonables y el poder y la participación irrazonables de los organismos reguladores, y también se han mencionado los estrictos requisitos, como niveles de servicio poco realistas y normas de calidad del agua muy rigurosas⁷⁴. La falta de voluntad de los Gobiernos a la hora de hacer cumplir la desconexión de los servicios también se ha citado como un problema para los inversores en algunos contextos⁷⁵. Esta mentalidad favorece las estrategias que dan prioridad a la minimización de los riesgos empresariales frente a las inversiones encaminadas a mejorar y ampliar los servicios, lo que, a su vez, afecta a los derechos humanos. Por consiguiente, los Estados podrían sentirse presionados a crear un entorno atractivo para las empresas, por ejemplo, al reducir las normas de prestación de servicios y centrarse en las poblaciones acomodadas, limitar la capacidad de supervisión y regulación de los Estados, o provocar un aumento de los precios por encima de los niveles asequibles. Esta postura se basa en una combinación de coacción, por ejemplo, mediante la imposición de condicionalidades de préstamo, y de emulación, como los llamamientos a cumplir las estrategias de gestión, por ejemplo, el nuevo enfoque de gestión pública⁷⁶.

36. Las preocupaciones relacionadas con la disponibilidad y la accesibilidad del agua y el saneamiento pueden aumentar después de los procesos de privatización. En el Estado Plurinacional de Bolivia, los estudios revelaron que la privatización no condujo a mayores niveles de acceso al agua⁷⁷. En Zambia, se observó un deterioro de las tasas de acceso tras la privatización de los servicios: el proceso de comercialización no solo no logró invertir la tendencia negativa de las tasas de acceso, sino que estas disminuyeron en promedio más de un 20 % entre 2001 y 2005. Aumentaron los hogares que necesitaron recurrir a los grifos y pozos perforados y tradicionales públicos en lugar de al agua transportada por tubería⁷⁸. Por otra parte, el sector privado informó acerca de mejoras en los servicios después de la privatización, incluidos logros en la continuidad de los servicios, en países como el Ecuador, el Senegal y Filipinas⁷⁹.

37. Aunque algunas fuentes mencionan mejoras en la calidad del agua en Inglaterra y Gales después de la privatización⁸⁰, debido en parte a la necesidad de cumplir las directivas de la Unión Europea, las pruebas muestran un deterioro de la calidad del

⁷³ Radhika Balakrishnan, Diane Elson, James Heintz y Nicholas Lusiani, *Maximum Available Resources & Human Rights: Analytical Report* (New Brunswick, Nueva Jersey, Center for Women's Global Leadership, Rutgers, 2011).

⁷⁴ Erik Swyngedouw, "Troubled waters".

⁷⁵ Banco Mundial, "Project appraisal document, Third National Urban Water Sector Reform Project", 26 de marzo de 2014. Disponible en <http://documents1.worldbank.org/curated/en/736591468098978156/pdf/PAD3960P123513010Box385166B00OU090.pdf>.

⁷⁶ Klaas Schwartz, "The New Public Management: the future for reforms in the African water supply and sanitation sector?", *Utilities Policy*, vol. 16, núm. 1 (marzo de 2008).

⁷⁷ John P. Mulreany *et al.*, "Water privatization and public health in Latin America".

⁷⁸ Hulya Dagdeviren, "Waiting for miracles: the commercialization of urban water services in Zambia", *Development and Change*, vol. 39, núm. 1 (enero de 2008).

⁷⁹ Véase la contribución de Aquafed y Chris Heymans, Rolfe Eberhard, David Ehrhardt y Shannon Riley, *Providing Water to Poor People in African Cities Effectively: Lessons from Utility Reforms* (Washington D. C., Banco Mundial, 2016).

⁸⁰ Philippe Marin, *Public-Private Partnerships for Urban Water Utilities*.

agua potable en otros contextos. En la provincia de Tucumán (Argentina), después de la privatización, los usuarios informaron de la existencia de agua no potable durante muchas semanas⁸¹. En Buenos Aires, el Gobierno nacional decidió rescindir el contrato de concesión en parte debido a la mala calidad del agua⁸². Las preocupaciones relacionadas con la calidad no son exclusivas de la privatización en los países en desarrollo. En Atlanta (Estados Unidos), los usuarios se quejaron con vehemencia de la calidad del agua y la ciudad informó de un aumento en el número de alertas de hervir el agua⁸³. Además, en Pittsburgh (Estados Unidos), una filial de Veolia tenía un contrato que incentivaba la reducción de gastos al vincularla a la remuneración de la empresa, lo que dio lugar a la sustitución de un producto químico utilizado para el control de la corrosión y para evitar la contaminación por plomo por un producto más barato en 2014, al tiempo que se redujo considerablemente el personal de laboratorio. Posteriormente, se detectaron altos niveles de plomo en el sistema de abastecimiento de agua, el cual presta servicios a decenas de miles de hogares⁸⁴.

D. Sostenibilidad

38. La participación del sector privado repercute en la sostenibilidad de los servicios de agua y saneamiento cuando el deseo de aumentar la rentabilidad reduce las inversiones, con lo que se ponen en riesgo aspectos del contenido normativo de los derechos humanos al agua y el saneamiento a largo plazo⁸⁵. Las renegociaciones de contratos después de la privatización en América Latina con frecuencia retrasaron o redujeron los niveles de inversión, ya que las empresas no obtienen beneficios inmediatos mediante ajustes de tarifas por las inversiones⁸⁶. Especialmente en los países en desarrollo, las demandas de capital privado a corto plazo no son compatibles con la inversión sostenible en infraestructura, ya que se necesitan muchos años para recuperar los costos y garantizar los beneficios⁸⁷. Como parte de las estrategias financieras de las empresas, los proveedores dependen de la financiación pública como principal fuente de recursos, lo que frena sus propias inversiones. En el Senegal, por ejemplo, el proveedor privado, durante un contrato de 10 años, se comprometió a

⁸¹ International Institute for Sustainable Development, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Republic of Argentina*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), caso núm. ARB/97/3 (18 de octubre de 2018). Disponible en www.iisd.org/itn/2018/10/18/vivendi-v-argentina/.

⁸² Bernard de Gouvello, Emilio J. Lentini y Federica Brenner, "Changing paradigms in water and sanitation services in Argentina: towards a sustainable model?" *Water International*, vol. 31, núm. 2 (2012).

⁸³ Frank L. K. Ohemeng y John K. Grant, "Has the bubble finally burst? an examination of the failure of privatization of water services delivery in Atlanta (USA) and Hamilton (Canada)", *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, vol. 13, núm. 3 (2011).

⁸⁴ Julia Lurie, "How one company contaminated Pittsburgh's drinking water", *Wired*, 28 de octubre de 2018. Disponible en www.wired.com/2016/10/pittsburghs-drinking-water-got-contaminated-lead.

⁸⁵ Janice A. Beecher, "Privatization, monopoly, and structured competition in the water industry is there a role for regulation", *Journal of Contemporary Water Research and Education*, vol. 117, núm. 1 (2000).

⁸⁶ Antonio Estache, José-Luis Guasch y Lourdes Trujillo, "Price caps, efficiency payoffs, and infrastructure contract renegotiation in Latin America", documento de trabajo sobre investigaciones relativas a políticas, núm. 3129 (Washington D. C., Banco Mundial, 2003).

⁸⁷ Kate Bayliss, "Privatization and poverty: the distributional impact of utility privatization", *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol. 73, núm. 4 (diciembre de 2002).

invertir menos de una décima parte de la cantidad invertida por el sector público y los donantes⁸⁸.

39. Los problemas de sostenibilidad son considerables en los contratos de duración determinada que no tienen garantía de renovación, ya que los proveedores privados pueden tener pocos incentivos para garantizar unos servicios adecuados después del período de concesión. Definir las necesidades de inversión para la renovación de la infraestructura durante la vigencia del contrato y garantizar su cumplimiento puede resultar complejo para las autoridades públicas. En Inglaterra y Gales, donde no existen contratos de duración determinada, el organismo regulador interviene directamente⁸⁹, pero los organismos reguladores de muchos países no realizan esa tarea⁹⁰. En Zambia, tras una concesión que finalizó en 2005, se observó que gran parte de la infraestructura hídrica existente, que se había construido en la década de 1970, no se había renovado ni rehabilitado desde entonces. La falta de inversión privada tuvo graves consecuencias para la sostenibilidad de los servicios⁹¹.

40. La escasez de agua, cada vez más frecuente, y otros acontecimientos relacionados con el cambio climático han exigido una planificación y unas inversiones estratégicas que anticipen esas situaciones. Durante la crisis del agua de 2014 que asoló la región metropolitana de São Paulo (Brasil), la empresa encargada sabía desde al menos 2009 que para 2015 se necesitarían nuevas fuentes de agua para garantizar la continuidad del servicio. Sin embargo, la empresa no invirtió de manera preventiva en infraestructura para la seguridad hídrica, lo que afectó a millones de usuarios⁹². No obstante, los dividendos pagados a los accionistas durante ese período siempre fueron superiores al umbral mínimo establecido por la ley (el 25 % del superávit anual) y alcanzaron un máximo del 43,9 % en 2011⁹³.

E. Acceso a la información, participación y rendición de cuentas

41. La falta de transparencia en los procesos de privatización suele comenzar incluso antes del proceso oficial de adopción de decisiones. Existen casos de delegaciones de servicios adjudicadas a puerta cerrada y negociaciones secretas entre empresas y autoridades públicas. En Nigeria, las autoridades de Lagos mostraron una preferencia por la privatización, pero, aunque las organizaciones de la sociedad civil pidieron a las autoridades públicas en múltiples ocasiones que garantizaran la transparencia y un proceso participativo que permitiese, en particular, la participación de las mujeres, las peticiones se ignoraron y los debates continuaron sin el escrutinio público⁹⁴. Sin embargo, la divulgación de información por sí sola no siempre es suficiente para lograr decisiones participativas. Los acuerdos contractuales y las adquisiciones públicas son procesos muy complejos. Para las personas no expertas, la información en términos técnicos sobre las metas, los costos y las metodologías de

⁸⁸ Clarissa Brocklehurst y Jan G. Janssens, “Innovative contracts, sound relationships: urban water sector reform in Senegal”, documento de debate de Water Supply and Sanitation Sector Board, núm. 1, (Washington D. C., Banco Mundial, 2004).

⁸⁹ Michael Rouse, *Institutional Governance and Regulation of Water Services: The Essential Elements* (Londres, IWA Publishing, 2007).

⁹⁰ Oscar Pintos, Presidente de la Asociación Federal de Entes Reguladores de Aguas y Saneamiento, en una entrevista para el presente informe.

⁹¹ Hulya Dagdeviren, “Waiting for miracles”.

⁹² Laura Alves Martirani e Isabela Kojin Peres, “Crise hídrica em São Paulo: cobertura jornalística, percepção pública e o direito à informação”, *Ambiente & Sociedade*, vol. 19, núm. 1 (marzo de 2016).

⁹³ Mario G. Schapiro y Sarah M. M. Marinho, “Conflito de interesses nas empresas estatais: uma análise dos casos Eletrobrás e Sabesp”, *Revista Direito & Práxis*, vol. 9, núm. 3 (2018).

⁹⁴ Véase AL NGA 1/2020. Disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=25024>.

ajuste de las tarifas no basta para una participación informada. Por ejemplo, en Katmandú, los documentos relacionados con el proceso de privatización se publicaron en inglés y ni siquiera se tradujeron al nepalés⁹⁵. En los Estados Unidos, los gobiernos estatales restringieron el acceso público a la información sobre las licitaciones para la privatización antes de la firma de un contrato, y las empresas de abastecimiento de agua tratan activamente de modificar las leyes estatales para excluir a los participantes del proceso de adopción de decisiones⁹⁶.

42. La supervisión de la actuación de los proveedores se ve a veces comprometida en los servicios prestados por empresas privadas debido a la asimetría de la información. En Sudáfrica, las organizaciones de la sociedad civil se quejaron de que no sabían si el consorcio de agua y saneamiento de Sudáfrica estaba supervisando la calidad del agua, y también sostuvieron que no se divulgaron las cláusulas fundamentales del contrato de concesión⁹⁷.

43. La reducida transparencia financiera y comercial también puede resultar problemática. En Sofía, las organizaciones de la sociedad civil recogieron firmas para evaluar un contrato privado con Sofiyska Voda, filial de Veolia, debido a su falta de transparencia, sus salarios desproporcionados y sus pérdidas financieras⁹⁸. En España, cuando se produjo la crisis económica de 2008, supuestamente se desconectó a unas 500.000 personas, pero en realidad se consideró que esa cifra estaba subestimada, porque el proveedor privado se resistió a revelar la información⁹⁹.

44. La falta de transparencia y de rendición de cuentas también da lugar a dificultades para las iniciativas de desprivatización. En Terrassa (España), al proveedor se le otorgó una concesión durante 75 años y el municipio decidió retomar los servicios antes de la terminación del contrato. Después de la remunicipalización, las autoridades locales se dieron cuenta de que todos los datos almacenados en las computadoras habían sido eliminados, lo que dificultó la búsqueda y el uso de información fiable para gestionar de forma adecuada las operaciones técnicas y la gestión financiera¹⁰⁰.

F. No dejar a nadie atrás

45. La participación del sector privado puede obstaculizar la disponibilidad y la accesibilidad de los servicios para los grupos o lugares que ofrecen menos posibilidades de obtener un beneficio económico. Con frecuencia, el sector privado, respaldado por el organismo público contratante, adopta un enfoque de “línea roja” que excluye los asentamientos informales o las zonas rurales de su zona de cobertura¹⁰¹. En estos casos, normalmente la obligación de prestar servicios a esas poblaciones sigue dependiendo del sector público, que, por lo general, no dispone de los recursos necesarios para cumplir con esta obligación, en particular porque la capacidad técnica de las autoridades públicas se ve mermada después de la

⁹⁵ Eric Gutiérrez *et al.*, *New Rules, New Roles*.

⁹⁶ Véase la contribución de Food & Water Watch.

⁹⁷ Greg Ruiters y Patrick Bond, “Contradictions in municipal transformation from apartheid to democracy: the battle over local water privatization in South Africa”, Background Research Series, Municipal Services Project (2010).

⁹⁸ Satoko Kishimoto y Olivier Petitjean, eds., *Reclaiming Public Services – How Cities and Citizens Are Turning Back Privatisation* (Ámsterdam, Transnational Institute, 2017).

⁹⁹ Contribución derivada de la consulta nacional en España.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Tony Ballance y Sophie Trémolet, “Private sector participation in urban water supply in sub-Saharan Africa”, estudio para KfW Bankengruppe, 2005.

delegación¹⁰². En Francia, por ejemplo, algunos municipios no podían obligar a las empresas privadas a realizar las inversiones necesarias en las zonas rurales y, por lo tanto, tenían que formar entidades municipales como forma de ampliar las redes de abastecimiento de agua¹⁰³. En los países de África Subsahariana, la ola de privatización de los servicios de agua y saneamiento en la década de 1990 y su enfoque en la recuperación total de costos ha “aumentado (...) las desigualdades en la prestación de dichos servicios en detrimento de los hogares con menos ingresos”¹⁰⁴.

46. Otros derechos de las personas que viven en condiciones de vulnerabilidad también pueden verse afectados cuando la accesibilidad corre peligro, por ejemplo, debido a subidas de las tarifas o a desconexiones. En Madagascar, un estudio reveló que los cambios leves en los precios del agua que se produjeron tras la privatización podían inducir a las personas en situación de pobreza a recurrir a fuentes alternativas e inseguras, con el consiguiente aumento de los riesgos para la salud¹⁰⁵. En Mbombela (Sudáfrica), se produjeron desconexiones por parte de la empresa privada incluso durante una epidemia de cólera¹⁰⁶. Durante la pandemia de COVID-19, las asociaciones de proveedores de servicios de agua del Brasil y de España, impulsadas en gran medida por empresas privadas, expresaron su preocupación por la sostenibilidad económica de las empresas y su derecho a mantener prácticas de desconexión en los casos de impago de sus facturas¹⁰⁷. En cambio, los operadores públicos aprobaron en general la protección necesaria de las personas en situaciones de vulnerabilidad mediante el suministro de agua para todos, independientemente de la capacidad económica de cada uno, y las organizaciones de la sociedad civil abogaron por ella¹⁰⁸.

V. Abordar los riesgos y establecer salvaguardias

47. En virtud del derecho internacional de los derechos humanos, las obligaciones de respetarlos, protegerlos y darles efectividad se aplican a los Estados a todos los

¹⁰² Oscar Pintos, Presidente de la Asociación Federal de Entes Reguladores de Aguas y Saneamiento, en una entrevista para el presente informe.

¹⁰³ David Hall y Emanuele Lobina, “The past, present and future of finance for investment in water systems”, Public Sector International Research Unit, documento presentado en la conferencia del IRC titulada “Pumps, pipes and promises”, La Haya (Países Bajos), noviembre de 2010.

¹⁰⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre el seguimiento de la Iniciativa Ciudadana Europea Right2Water (2014/2239(INI)), párr. N. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0294_ES.html.

¹⁰⁵ Bart Minten *et al.*, “Water pricing, the new water law, and the poor: an estimation of demand for improved water services in Madagascar”, informe S12 (Programa Ilo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) y Universidad de Cornell, 2002).

¹⁰⁶ Julia Brown, “Water service subsidies and the poor: a case study of Greater Nelspruit Utility Company, Mbombela Municipality, South Africa”, documento de trabajo núm. 112 del Centre on Regulation and Competition (Manchester (Reino Unido), Universidad de Manchester, 2005).

¹⁰⁷ Asociación Española de Empresas Gestoras de los Servicios de Agua, “Medidas adoptadas por el Real Decreto-ley 11/2020 en materia de garantía de suministro de agua”; y Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (ABCON) y Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento (AESBE), “O fornecimento de água não pode parar - posicionamento do setor de saneamento sobre medidas de controle da expansão do COVID-19 e decorrentes medidas de proteção social”.

¹⁰⁸ Aqua Publica Europea, “Joint statement: European public water operators commit to the continuity of water services in response to COVID-19 emergency”, 19 de marzo de 2020, disponible en www.aquapublica.eu/article/news/joint-statement-european-public-water-operators-commit-continuity-water-services; y Observatório Nacional dos Direitos à Água e ao Saneamento (ONDAS), “Sustentabilidade financeira dos serviços públicos de água e esgoto é importante, mas a prioridade deve ser salvar vidas”, 26 de marzo de 2020, disponible en <https://ondasbrasil.org/sustentabilidade-financeira-dos-servicos-publicos-de-agua-e-esgoto-e-importante-mas-a-prioridade-deve-ser-salvar-vidas/>.

niveles y en todas las etapas del proceso de privatización. Cuando una empresa presta servicios en el extranjero, estas obligaciones se aplican tanto a los Estados de origen como a los Estados anfitriones¹⁰⁹. La obligación de respetarlos requiere que los Estados determinen los posibles conflictos entre las obligaciones en materia de derechos humanos y los tratados o contratos comerciales con entidades privadas, y que se abstengan de adherirse a tratados y de firmar contratos si se detectan esos conflictos. En este contexto, el derecho mercantil, el derecho internacional de las inversiones y los arbitrajes internacionales deben cumplir con el derecho de los derechos humanos, no prevalecer sobre este. La obligación de protegerlos requiere que los Estados consideren la posibilidad de imponer sanciones y multas, y permite la interposición de acciones civiles por parte de las víctimas y la revocación de licencias y contratos públicos, entre otras actuaciones, en los casos en que las actividades empresariales den lugar a vulneraciones de los derechos humanos al agua y el saneamiento¹¹⁰. La obligación de darles efectividad requiere que los Estados orienten la labor de las entidades comerciales a la realización progresiva de los derechos humanos al agua y el saneamiento, y que impidan que las empresas violen los derechos humanos al agua y el saneamiento en otros países¹¹¹. Estas obligaciones exigen que los Estados adopten varias medidas antes, a lo largo y después de los procesos de privatización.

48. La delegación de los servicios de agua y saneamiento a entidades del sector privado implica que los Estados dependerán de un tercero para cumplir sus obligaciones jurídicas de hacer efectivos los derechos humanos al agua y el saneamiento. Si bien no prohíbe que las empresas privadas desempeñen una función en la prestación de servicios, el marco de derechos humanos exige a los Estados que establezcan medidas preventivas para evitar que se vea afectada su capacidad de cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Al reconocer que la prestación de servicios es una actividad fundamental para el ejercicio efectivo de los derechos al agua y el saneamiento, el Relator Especial considera que la decisión de privatizar o no los servicios debe formar parte de una estrategia general para dar efectividad a esos derechos y debe dar prioridad al acceso de las personas desatendidas y garantizar que los servicios sean asequibles para todos. Por consiguiente, los Estados deben evaluar plenamente los riesgos descritos en la sección IV y establecer las salvaguardias adecuadas para garantizar que se aborden adecuadamente. En la sección V, el Relator Especial formula recomendaciones a los Estados, las empresas y las organizaciones internacionales que intervienen en los procesos de privatización, sobre la base de las obligaciones y responsabilidades establecidas.

A. Estados

1. Antes de adoptar la privatización

49. Al plantearse la adopción de un modelo privado para la prestación de servicios, los Estados deben fomentar unos mecanismos transparentes y una rendición de cuentas clara para respaldar la adopción de decisiones y examinar abiertamente las alternativas con la sociedad civil y las comunidades potencialmente afectadas. Con demasiada frecuencia, los procesos de privatización se llevan a cabo de manera opaca, lo que restringe la capacidad de los titulares de derechos de intervenir adecuadamente y a su debido tiempo en la toma de decisiones. Entre las salvaguardias necesarias

¹⁰⁹ A/73/162, párr. 6.

¹¹⁰ 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, párr. 15.

¹¹¹ *Ibid.*, observación general núm. 24, párr. 24, y observación general núm. 15, párr. 33.

durante la etapa de adopción de decisiones figuran los procesos de adquisición transparentes y bien diseñados que impidan a las empresas ejercer presión sobre las autoridades públicas para que establezcan condiciones sesgadas o participen en licitaciones tácticas insuficientes¹¹². Los garantes de derechos deben permitir el escrutinio público de todos los documentos oficiales durante el proceso y tener en cuenta las opiniones de los titulares de derechos.

2. Elaboración de contratos

50. Si un Estado opta por la privatización, la redacción del contrato constituye una etapa crucial para mitigar los riesgos relativos al deterioro del servicio, la discriminación y la asequibilidad. Las cláusulas contractuales no deben limitar en modo alguno la capacidad del Estado para supervisar, vigilar y sancionar a los proveedores privados por cualquier vulneración de los derechos humanos. Los contratos deben redactarse cuidadosamente de manera que los derechos humanos al agua y el saneamiento triunfen sobre los imperativos comerciales en caso de conflicto, fomentando así las obligaciones internacionales del Estado.

51. Aunque los partidarios de la privatización creen que los contratos pueden contrarrestar los fallos del mercado y velar por que se respete el interés público, en realidad es necesario que en ellos se reflejen diversas precauciones avanzadas. Un miembro de la comunidad académica, sobre la base de la experiencia de Yakarta, afirmó que un proceso de privatización solo podrá resultar eficaz si el contrato se puede licitar entre empresas competidoras, cuando la incertidumbre es convertible en riesgo, cuando el servicio contratado se puede especificar con precisión y cuando la primera parte puede rescindir el contrato sin sufrir grandes repercusiones¹¹³. Sin embargo, estas condiciones rara vez se dan, en particular en los países en desarrollo.

52. Los contratos deben establecer claramente las funciones y responsabilidades, así como las metas, y otorgar especial prioridad a los grupos desatendidos y subatendidos y a las consecuencias de los incumplimientos¹¹⁴. Deben definir las metas relacionadas con la calidad, la accesibilidad, la aceptabilidad, la asequibilidad y la seguridad. Los indicadores y parámetros de referencia para la vigilancia de las normas de derechos humanos se deben formular y conceptualizar de manera que puedan desglosarse según los ámbitos de discriminación prohibidos¹¹⁵. En este contexto, son cuestiones delicadas las normas claras para la fijación de tarifas, incluidas en particular las medidas encaminadas a garantizar la protección financiera de los más desfavorecidos mediante el uso de medios eficaces para identificar a los necesitados y establecer tarifas asequibles. Además, la inclusión en las cláusulas de los contratos de una prohibición de las medidas regresivas, como la desconexión de los usuarios que no puedan pagar sus facturas, es un imperativo de derechos humanos. Asimismo, los Estados deben adaptar el derecho mercantil al marco de los derechos humanos y asegurarse de que, en caso de conflicto, prevalezca este último.

53. Las cuestiones vitales que se deben tener en cuenta con respecto a los contratos y otras normas son las condiciones para la retirada del proveedor privado y la vuelta de la prestación de servicios a manos públicas en caso de vulneración de los derechos humanos, incumplimiento de las metas de desempeño o conducta indebida sistemática en materia de rendición de cuentas y transparencia. Si la rescisión del contrato implica

¹¹² A/HRC/15/31, párr. 36.

¹¹³ Okke Braadbaart, "Privatizing water – the Jakarta concession and the limits of contract", en *A World of Water: Rain, Rivers and Seas in Southeast Asian Histories*, Peter Boomgaard, ed. (Leiden (Países Bajos), Brill, 2007). Disponible en www.jstor.org/stable/10.1163/j.ctt1w76vd0.15?seq=1#metadata_info_tab_contents.

¹¹⁴ OCDE, *Private Sector Participation in Water Infrastructure: OECD Checklist for Public Action*. Disponible en www.oecd.org/env/resources/42350657.pdf.

¹¹⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 15, párr. 53.

una carga financiera para el Estado, puede comprometer la obligación de este de utilizar los máximos recursos disponibles para hacer efectivos los derechos humanos. Los efectos de esas cláusulas podrían ser especialmente negativos si una decisión de un determinado organismo público limita las decisiones de las futuras autoridades competentes, que podrían estar dispuestas a recuperar los servicios para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos, pero que no pueden permitirse las compensaciones derivadas de los contratos.

3. Etapa operacional

54. Durante la etapa operacional del proveedor privado, el Gobierno central debe promover la capacidad y el desarrollo institucional de los encargados de supervisar la prestación de servicios. A los organismos reguladores se les deben conceder no solo las condiciones jurídicas y los recursos necesarios para supervisar y hacer cumplir debidamente las obligaciones contractuales, sino también aquellos necesarios para trabajar en un entorno institucional sólido y en un marco jurídico robusto, de conformidad con el derecho de los derechos humanos. Los organismos reguladores deben estar abiertos al escrutinio público y deben rendir cuentas ante el marco de derechos humanos y regirse por este¹¹⁶.

55. La rendición de cuentas y el acceso a recursos efectivos también son esenciales, ya que los proveedores de servicios y los Estados deben rendir cuentas por el deterioro de los servicios, el incumplimiento de las normas de rendimiento, los aumentos injustificados de las tarifas, las políticas sociales inadecuadas u otras infracciones¹¹⁷. Deben existir mecanismos judiciales, cuasijudiciales y administrativos en vigor para la rendición de cuentas, y las personas afectadas por posibles vulneraciones deben tener acceso a ellos.

4. Fase de renegociación o terminación

56. Aunque no es lo mejor, pueden surgir situaciones en que haya que renegociar los contratos si los aspectos pertinentes de la prestación de servicios no se prevén desde el principio y no se incluyen en los contratos. No obstante, las renegociaciones no pueden entrañar medidas regresivas, que se consideren violaciones de los derechos humanos. Por el contrario, las renegociaciones deben utilizarse para adaptar los contratos a los requisitos en materia de derechos humanos.

57. La rescisión del contrato también es crítica. Si el período de concesión llega a su fin, se espera que el proveedor, en virtud del derecho de los derechos humanos, coopere con las autoridades públicas y garantice una transición sólida, con transparencia y pleno acceso a la información.

58. **Conforme a estos elementos, el Relator Especial recomienda a los Estados lo siguiente:**

a) **Cuando se aprueben leyes que permitan la privatización, declarar explícitamente que el agua y el saneamiento son derechos humanos, establecer la obligación de los proveedores privados de cumplir el mismo nivel de obligaciones que los proveedores públicos y especificar que la decisión de privatizar los servicios debe estar precedida de una evaluación de los derechos humanos;**

b) **Llevar a cabo una evaluación de los derechos humanos que incluya las alternativas disponibles antes de optar por la privatización de los servicios y, al hacerlo, elegir el tipo de prestación más adecuado y adaptado a las condiciones**

¹¹⁶ A/HRC/36/45, párr. 39.

¹¹⁷ A/HRC/15/31, párr. 56.

locales a fin de promover el ejercicio efectivo de los derechos humanos al agua y el saneamiento para todos;

c) Establecer recursos y mecanismos eficaces y transparentes para la rendición de cuentas y la aplicación de la ley a fin de garantizar que se investiguen y se sancionen debidamente las presuntas vulneraciones de los derechos humanos cometidas por los proveedores privados;

d) Promover la participación activa, libre y significativa de la sociedad civil y las comunidades afectadas durante todo el proceso de decisión sobre el tipo de proveedor, y velar por que se tengan debidamente en cuenta las opiniones de las comunidades;

e) Determinar los posibles conflictos entre el derecho mercantil y de las inversiones y la legislación en materia de derechos humanos, y abordarlos para que el Estado cumpla sus obligaciones básicas mínimas y la obligación de utilizar el máximo de sus recursos disponibles en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;

f) Definir las obligaciones contractuales de acuerdo con el contenido normativo de los derechos humanos al agua y el saneamiento, dando prioridad a las personas desatendidas y subatendidas, estableciendo funciones y responsabilidades claras y definiendo metas relacionadas con la calidad, la accesibilidad, la aceptabilidad, la asequibilidad, la seguridad y la prohibición de medidas regresivas, como la desconexión de los usuarios que no puedan pagar sus facturas;

g) Incluir, en las cláusulas contractuales, condiciones y procedimientos que permitan a los Estados emprender un proceso de desprivatización sólido, transparente y eficaz en función del costo cuando el proveedor infrinja el contrato, especialmente en los casos de vulneración de los derechos humanos o de incumplimiento de las condiciones del contrato sobre la base de los derechos humanos al agua y el saneamiento;

h) Establecer entidades autónomas para vigilar y hacer cumplir las obligaciones contractuales y proporcionar a esas entidades los recursos humanos y financieros suficientes para que cumplan con su mandato y logren una participación significativa de la sociedad civil como parte esencial de su labor;

i) Aplicar la legislación que exige que las empresas que prestan servicios en el extranjero cumplan las normas de derechos humanos;

j) Abstenerse de establecer, como condición para la cooperación bilateral, que los países anfitriones participen en la privatización de los servicios de agua y saneamiento.

B. Entidades del sector privado

59. El instrumento internacional más notable que armoniza la participación privada con las normas de derechos humanos son los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Señala que los “Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas” mediante la provisión de “políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”. También establece que los Gobiernos deben “ejercer una supervisión adecuada (...) cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal fin, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos”. Si bien, como “derecho indicativo”, el cumplimiento de esos principios y marcos es voluntario, su existencia

sigue siendo útil para la creación de normas y, desde una perspectiva jurídica pluralista, como ley para quienes las suscriben. En lo que respecta a la relación entre los Estados que delegan y las empresas, los Principios Rectores sientan las bases para lo que debería esperarse de las empresas y los tipos de mecanismos de cumplimiento que deberían existir.

60. En el marco actual del derecho internacional, han surgido controversias sobre las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos¹¹⁸. En 2018, el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, creado por el Consejo de Derechos Humanos, publicó un “borrador preliminar” de un nuevo tratado sobre un “instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos”¹¹⁹. En el documento se establecen varias obligaciones que se impondrán a los Estados para que promulguen leyes y reglamentos que velen por que las empresas privadas respeten debidamente los derechos humanos, lo que es sumamente importante para la privatización de los servicios de agua y saneamiento. Aunque todavía no está operativo, este documento proporciona un marco adicional para definir las obligaciones de los proveedores de servicios privados en el plano nacional.

61. Aunque las entidades del sector privado no están directamente sujetas al derecho internacional de los derechos humanos, las leyes, los contratos y los reglamentos nacionales definen un conjunto de obligaciones que son vinculantes para las empresas y que pueden incorporar obligaciones internacionales de derechos humanos. Sobre la base de un marco jurídico e institucional que incorpore los derechos humanos al agua y el saneamiento, las cláusulas contractuales deberían imponer a las empresas obligaciones de derechos humanos a través del sistema jurídico nacional. Además, las empresas tienen la responsabilidad de abstenerse de actuar haciendo caso omiso del marco de los derechos humanos al prohibir medidas como las desconexiones y al actuar de conformidad con el ejercicio efectivo de esos derechos. Por consiguiente, deben identificar y abordar de manera proactiva las preocupaciones en materia de derechos humanos en los procesos de adquisición y los contratos, y evitar la complicidad con situaciones que puedan afectar negativamente al disfrute de esos derechos. También deben responder a las quejas de los usuarios de manera oportuna y proporcionar información relacionada con las presuntas vulneraciones de los derechos humanos, incluso aunque las cláusulas contractuales no les obliguen a hacerlo. Si bien las principales empresas multinacionales han apoyado el reconocimiento de los derechos al agua y el saneamiento¹²⁰, todavía hay carencias que suplir en lo que respecta a la función activa de las empresas en la promoción y el cumplimiento de la realización de los derechos humanos mediante la conciliación de sus intereses comerciales con las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.

¹¹⁸ Andrés Felipe López Latorre, “In defence of direct obligations for businesses under international human rights law”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 5, núm. 1 (enero de 2020). Disponible en www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/EEB34BECDE016C2E6BC1F18BFE2F10A5/S2057019819000270a.pdf/in_defence_of_direct_obligations_for_businesses_under_international_human_rights_law.pdf.

¹¹⁹ Véase www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf.

¹²⁰ Contribución de Aquafed.

62. **Por consiguiente, el Relator Especial recomienda a las entidades del sector privado que prestan servicios de agua y saneamiento:**

- a) **Incorporar obligaciones de derechos humanos, independientemente de si esas obligaciones están establecidas en la legislación nacional, que cumplan con las normas del derecho internacional de los derechos humanos;**
- b) **Identificar y abordar de manera proactiva las preocupaciones en materia de derechos humanos, y evitar la complicidad con situaciones que puedan afectar negativamente al disfrute de esos derechos;**
- c) **Comunicar al público las formas en que la empresa garantiza que sus intereses comerciales están en consonancia con el ejercicio efectivo de los derechos humanos al agua y el saneamiento;**
- d) **Abstenerse de actuar haciendo caso omiso del contenido normativo en materia de derechos humanos al agua y el saneamiento, como desconectar a los usuarios que no pueden pagar sus facturas o prestar servicios e invertir en infraestructura de forma selectiva para los sectores de la sociedad que tienen mayor capacidad de pagar las tarifas;**
- e) **Divulgar información financiera y operacional al público de manera accesible, de modo que los organismos públicos y la sociedad civil puedan supervisar exhaustivamente el desempeño de los servicios.**

C. Instituciones financieras internacionales

63. Varias organizaciones internacionales han desempeñado una función esencial en la promoción de la privatización de los servicios de agua y saneamiento como parte de sus políticas de desarrollo o como condicionantes de las subvenciones, los préstamos y la asistencia técnica a los países en desarrollo, como fue el caso del FMI y el Banco Mundial en la década de 1990 y principios de 2000¹²¹. Al Relator Especial le preocupa que sigan existiendo esa clase de presiones y también opina que se deberían prohibir terminantemente los incentivos dirigidos a que los Estados privaticen los servicios. Las instituciones financieras internacionales tienen obligaciones específicas en materia de derechos humanos¹²² que deben aplicarse en las situaciones en que sus operaciones impliquen la prestación privada de servicios de agua y saneamiento.

64. **El Relator Especial recomienda a las instituciones financieras internacionales:**

- a) **Participar activamente en la incorporación del marco de los derechos humanos al agua y al saneamiento, y fomentar su difusión entre los Estados asociados cuando decidan el tipo de proveedor;**
- b) **Prohibir las condicionalidades que exigen a los Estados participar en la privatización de los servicios de agua y saneamiento al otorgar subvenciones, préstamos y asistencia técnica;**
- c) **Adoptar un marco de derechos humanos al decidir si se presta apoyo a las operaciones públicas o privadas en determinados países, y al optar por la promoción de reformas institucionales y organizativas.**

¹²¹ Contribución del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

¹²² A/71/302, párr. 13.