

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Administrativo

**El derecho fundamental al agua dentro del marco del servicio público
de agua potable en el Ecuador**

William Jhonny Núñez Chávez

Tutora: Eddy De La Guerra

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derecho de publicación de monografía

Yo, William Jhonny Núñez Chávez, autor de la tesis intitulada “El derecho fundamental al agua dentro del marco del servicio público de agua potable”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho, mención en Derecho Administrativo, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en Internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 03 de enero de 2018.

William Jhonny Núñez Chávez

Resumen

El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable, patrimonio estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado y constituye un elemento vital para la naturaleza y la existencia de los seres humanos. La Constitución de la República de 2008, en el artículo 318 determina que se prohíbe toda forma de privatización del agua.

Esta norma jurídica marca una dicotomía en el ámbito del derecho administrativo en relación a la institución jurídica de la prestación del servicio público de agua potable cuando éste es prestado por particulares. Estos criterios y enfoques serán abordados con el propósito de observar que a nivel de la comunidad internacional existe una dualidad marcada, por una parte de quienes proclaman la defensa del derecho fundamental al agua cuya norma ha sido desarrollada en instrumentos internacionales, y por otra parte, la existencia de grandes corporaciones a nivel internacional para interferir en las legislaciones de los países denominados en vías de desarrollo con la intención de forjar normas encaminadas a consagrar las privatizaciones y buscar mecanismos legales para obtener beneficios de orden lucrativo.

Este escenario se ha dado en el contexto nacional, por una parte se ha consagrado que el derecho humano al agua es fundamental y por otro lado la prestación del servicio público de agua potable cuando es prestado por particulares, para lo cual se ha seleccionado el caso de la concesión del servicio público de agua potable y alcantarillado en la ciudad de Guayaquil, por existir mecanismos administrativos que se asemejan a la privatización de este servicio público, lo cual se contrasta literalmente con la norma constitucional que garantiza el derecho fundamental al agua y la prohibición de privatización.

El derecho humano al agua es fundamental y no puede ser quebrantado ni soslayado bajo ningún argumento, el agua es sinónimo de vida y esencial para la existencia de los ciudadanos quienes deben tener acceso al líquido vital, sin que se mermen las necesidades básicas del servicio público que debe ser asumido responsablemente por el Estado ecuatoriano, en el nivel de gobierno competente, permitiendo que los ciudadanos ejerzan sus derechos sin que sean afectados.

Dedicatoria

A mis padres

José (+) e Imelda, quienes con su amor me han apoyado permanentemente para perseverar en las dificultades de la vida.

Para Nicolás, Joaquín y Sofy por ser una entrañable inspiración para volar como un cometa y alcanzar los sueños.

A mis hermanos y familiares que me han apoyado toda la vida.

Agradecimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar, docentes y en especial a la doctora Eddy de la Guerra, por la orientación y guía permanente en la elaboración de esta investigación.

Tabla de Contenidos

| | |
|--|----|
| Capítulo I. El derecho fundamental al agua..... | 10 |
| 1.1 NOCIONES INTRODUCTORIAS | 10 |
| 1.1.1. El Agua..... | 14 |
| 1.1.2. El agua como elemento de la naturaleza | 15 |
| 1.1.3. El agua como elemento indispensable para la vida..... | 16 |
| 1.1.4. El agua como recurso público. | 16 |
| 1.1.5. El agua como recurso hídrico..... | 19 |
| 1.1.6. El agua como recurso estratégico | 20 |
| 1.2. EL AGUA COMO DERECHO | 22 |
| 1.2.1. Antecedentes | 22 |
| 1.2.2. Evolución de los instrumentos internacionales que reivindican el derecho fundamental al agua..... | 24 |
| 1.2.3. El agua como derecho fundamental | 30 |
| 1.2.4. El agua como mercancía..... | 35 |
| Capítulo II. La prestación del servicio público de agua potable..... | 37 |
| 2.1. EL SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE | 37 |
| 2.1.1. Nociones del servicio público | 38 |
| 2.1.2. La prestación de los servicios públicos | 41 |
| 2.1.3. División de los servicios públicos | 42 |
| 2.1.4. Definiciones de servicios públicos de agua potable en la legislación ecuatoriana..... | 43 |
| 2.2. COMPETENCIAS EXCLUSIVAS EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE AGUA POTABLE..... | 46 |
| 2.3. MECANISMOS PARA LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS DEL ESTADO A LOS PARTICULARES | 49 |
| 2.3.1. La delegación como mecanismo de transferencia de competencias | 51 |
| 2.4. LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE AGUA POTABLE..... | 54 |
| 2.4.1. La privatización de los servicios públicos..... | 57 |
| 2.5. PROHIBICIÓN DE PRIVATIZACIÓN DEL AGUA | 58 |
| 2.5.1. Argumentos para la privatización del agua | 63 |
| 2.5.2. La guerra del agua en el Estado boliviano | 65 |
| 2.5.3. Conflictos del agua en el Estado de Uruguay..... | 67 |
| 2.5.4. Reflexiones sobre el derecho fundamental al agua y su privatización entre el Estado ecuatoriano y el Estado Plurinacional de Bolivia..... | 68 |
| Capítulo III. Casuística contrato de concesión de los servicios públicos de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil..... | 70 |
| 3.1. ANTECEDENTES AL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE GUAYAQUIL | 72 |
| 3.2. ELEMENTOS PRINCIPALES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE LOS SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO DE LA CIUDAD DE GUAYAQUIL CELEBRADO ENTRE ECAPAG E INTERNACIONAL WATER SERVICES (GUAYAQUIL) INTERAGUA CÍA. LTDA. | 74 |
| 3.2.1. Concedente y concesionaria | 74 |
| 3.2.2. Cláusulas generales | 76 |
| 3.2.3. Renegociación del Contrato de Concesión de Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento de la Ciudad de Guayaquil suscrito entre Ecapag con Internacional wáter services (Guayaquil) Interagua C. Ltda 3) | 79 |

| | |
|--|----|
| 3.2.4. Renuncia de soberanía o cláusula sometida al arbitraje internacional | 80 |
| 3.3. ADECUACIÓN DE REGLAMENTO INTERNO DE MANEJO DE LOS SERVICIOS DE AGUA POTABLE | 83 |
| 3.4 DEFENSA DE LOS USUARIOS EN LA CONCESIÓN | 84 |
| 4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES | 88 |
| 4.1. Conclusiones generales | 88 |
| 4.2. Conclusiones específicas y recomendaciones | 89 |

Introducción

La investigación que se propone tiene como objetivo realizar un análisis jurídico partiendo desde la perspectiva consagrada en la Constitución de la República de 2008 que señala que el derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable y efectuar aproximaciones a la institución jurídica de la prestación del servicio público de agua potable cuando éste es prestado por particulares.

La presente investigación hace una aproximación a través del método dogmático descriptivo analizando un caso que ha sido seleccionado para demostrar desde un punto de vista crítico que el derecho humano al agua prescrito como fundamental e irrenunciable, queda en entredicho cuando el servicio público de agua potable es prestado por entidades privadas, bajo este contexto se ha seleccionado el caso del contrato de concesión del servicio público de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil, cuyo mecanismo de participación del sector privado se contrasta con la norma constitucional que prohíbe la privatización del agua.

En la primera parte se efectúa un enfoque sobre la evolución del derecho fundamental al agua, recabando opiniones, criterios y puntos de vista sobre la importancia del líquido vital en la vida del planeta, focalizando estas circunstancias en la región andina y nuestro país. Por otra parte, se analiza las intenciones de las grandes corporaciones a nivel internacional para interferir en las legislaciones de los países con el ánimo de implementar normas encaminadas a consagrar las privatizaciones y obtener beneficios de orden lucrativo. Por ese motivo se recaban los criterios de Vandana Shiva, Pedro Arrojo, Aniza García, Boaventura de Sousa Santos, Roberto Dromi, entre otros doctrinarios.

En el segundo capítulo se analiza la prestación del servicio público de agua potable de acuerdo a nuestra legislación, las nociones, competencias, y los mecanismos e instrumentos jurídicos que fueron utilizados para que el servicio público no sea asumida por el nivel de gobierno del Estado Ecuatoriano, sino por una entidad privada; se focalizará un estudio crítico del marco constitucional y normativo que regía en la Constitución Política del Ecuador de 1998, contrastando el derecho fundamental al agua y la prohibición de privatización incorporada en la Constitución de la República del año 2008.

Para realizar un ejercicio demostrativo sobre lo planteado se ejemplifica una casuística del contrato de concesión de servicios públicos de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil, donde se evidencia que dicha contratación no se enmarca al sistema constitucional y jurídico vigente, por lo cual se determina la necesidad que de el servicio público de agua potable sea asumido por el Estado ecuatoriano, a través del nivel de gobierno que prevén las disposiciones vigentes con el objeto de reivindicar el ejercicio pleno del derecho fundamental al agua, además la privatización del agua. Por último se determinan conclusiones y se plantean alternativas a esta situación.

Capítulo I

El derecho fundamental al agua

Desarrollar un tema relacionado al derecho fundamental al agua es apasionante por la diversidad de enfoques que han sido puestos en el debate por investigadores, estudiosos y aportes generados desde la doctrina por colectivos y grupos sociales pretendiendo reivindicar que el derecho humano al agua es fundamental, es así que, desde tiempos inveterados el líquido vital ha sido permanentemente detentado por los grupos económicamente poderosos, hasta el hecho de producirse conflictos entre estados, naciones y particulares.

Dentro del contexto internacional, regional y local se han promovido múltiples conferencias, pactos, tratados y convenciones con el anhelo de que el agua tenga la categoría de un derecho fundamental y pueda ser proclamado y protegido para los habitantes de todos los confines del planeta. El agua ha sido de vital importancia en el desarrollo cultural de los pueblos porque ha marcado la diferencia en la calidad de vida y en muchos casos se ha constituido en el eje esencial para el progreso de las naciones.

Las necesidades que han padecido los sectores marginados a lo largo de la historia han evidenciado situaciones muy precarias para la vida, la salud y el medio ambiente, por otro lado, quienes han sido víctimas por la falta de acceso al agua han pregonado propuestas sustentadas en la posibilidad de encontrar alternativas para replantear una nueva cultura en la gestión en el manejo al agua.

1.1. Nociones introductorias

El agua es la fuerza conductora de la naturaleza y ha estado presente siempre como elemento vital para la existencia de toda la humanidad, de igual manera ha sido enfocado desde el marco filosófico, es así que, en el siglo V aC., “Tales de Mileto, uno de los siete sabios de Grecia”, decía “el agua está en el origen y en el fundamento de todas las cosas. Esta penetrante idea le asaltó cuando buscaba un vínculo causal entre los fósiles marinos aprisionados en las rocas de una colina y el océano que probablemente los había acuñado antaño”.¹ Esta meditación profunda efectuada por uno de los filósofos más importantes dan fe de la trascendencia e importancia del agua en

¹ Mohamed Larbi Bouguerra, *Las batallas del agua: Por un bien común de la humanidad* (Madrid: Editorial Popular, 2005), 21.

todas las épocas, el líquido vital mantiene una conexión absoluta con la naturaleza, la vida y la existencia de todos los seres que habitan el planeta, éste hecho es innegable y ha perdurado a lo largo del tiempo.

Es necesario remarcar que el agua es el elemento principal en el desarrollo de todas las culturas, en muchas de ellas ha sido venerada, por ejemplo: en la cosmovisión de la región andina, se dice que “entre los indios del Altiplano, los dioses creadores salieron del lago Titicaca. Para los Aztecas, el lugar de la génesis son los manantiales adorados bajo el nombre de “pacarina” y, para los incas, el agua es un don del cielo. Estos últimos llegaron a realizar grandes trabajos hidráulicos cuyos vestigios son muy visibles”.² La cita explica la relevancia que tuvo el agua en estas culturas, por ejemplo, los canales de riego, las presas y los acueductos que fueron edificados demuestran la importancia que tiene el agua para la existencia de las sociedades.

En el caso de los aztecas los suntuosos jardines flotantes que fueron creados por ellos, esto dicho desde los historiadores que impresionaron al propio Cortez en México³; por otra parte, son extraordinarios los estudios de aquella época en ciencia hidráulica cuyos trabajos de ingeniería de riego son impresionantes. Es incuestionable la importancia que tiene el agua como elemento trascendente que impulsa como dínamo al desarrollo en la calidad de vida de las personas.

El interés por controlar el agua, ha fecundado una serie de conflictos entre estados por pretender acaparar el líquido vital, por ejemplo, en Norteamérica la disputa entre Estados Unidos y México por las aguas del río Colorado, ocasionó que en 1944, se suscriba un tratado que asignaba 1220 metros cúbicos de agua del Colorado a México⁴. Otro conflicto que se puede narrar es el surgido entre israelís y palestinos, el río en disputa es el Jordán, utilizado por Israel, Jordania, Siria, Líbano y la Ribera Occidental. Si bien solo 3% de la cuenca del Jordán se encuentra en Israel, el río satisface 60% de sus necesidades de agua”.⁵ Este último además de las fricciones de orden cultural y político se agrega el conflicto por el agua.

² *Ibíd.*, 27, 28.

³ *Ibíd.*, 28.

⁴ En 1961, este país protestó porque el agua que fluía desde Estados Unidos llegaba muy salinizada debido a las presas en el cañon Glen, el lago Mojave, el lago Mavasu y la presa Hoover. Vandana Shiva, *Las guerras del agua, privatización, contaminación y lucro* (México D.F.: siglo veintiuno editores, 2003), 82.

⁵ Los conflictos por el agua comenzaron en 1948 cuando Israel inició el proyecto Nacional de Transporte de Agua, que implicó un gigantesco ducto de agua que corre desde el río Jordán hasta el desierto de Naveg para regar cultivos. Este proyecto condujo a una disputa con Siria. [...] En 2000, 50%

La causa de estos conflictos ha sido el mantener el control del agua entre los estados, acentuándose sus fricciones en muchos casos por situaciones de índole religioso y cultural, como el denominado apartheid hídrico en el caso Palestino.

En nuestra región se han fraguado varios intentos para tratar de apropiarse del líquido vital, así lo advirtió Adolfo Pérez Esquivel Premio Nobel de la Paz en 1985, quien dentro del marco del Foro Social de las Américas mencionó que el Departamento de Estado y el Pentágono “quieren militarizar la Triple Frontera de Brasil, Argentina y Paraguay porque tienen interés en desarrollar un proyecto de infraestructura financiado por el Banco Mundial y que será ejecutado por las transnacionales norteamericanas en la zona del acuífero Guaraní, el cual constituye la reserva de agua dulce más importante del mundo”.⁶ Es necesario advertir que las reservas de agua dulce en el mundo serán los motivos por los cuales los conflictos se agudicen y de persistir una actitud sinuosa de quienes pueden evitar las ficciones, esto será un hecho con efectos indescritibles por la codicia al agua a nivel mundial.

A propósito de la discusión surgida por el tema relacionado a los conflictos por el control del agua dentro de nuestra región, se han generado un sin número de alternativas, así, un documento que extraen los denominados Amigos de la Tierra, América Latina y el Caribe hacen relación a “300 casos de conflictos ambientales, gran parte de ellos relacionados con afectaciones, usos del agua y sobre las concepciones del líquido vital”.⁷ Esta es una realidad que merece ser resuelta buscando mecanismos idóneos que conlleven a superar las posiciones antagónicas y consecuentemente enfocar una cohesión ciudadana empoderada en el cual prime el respeto y garantía del derecho fundamental al agua.

En este sentido se han ido sumando voces para argumentar que la “privatización de las aguas en América Latina no sólo se realiza a partir del control de la gestión del agua, cuando de manos públicas o comunitarias pasan a manos de corporaciones y/o empresas privadas, sino también tiene lugar a través de diversas formas de apropiaciones y acaparamientos del líquido vital”.⁸ De esta manera han quedado en

de la superficie total cultivada en Israel se irrigaba; en contraste, los poblados en Palestina consumían sólo 2% de la cantidad de agua utilizada por Israel. El apartheid hídrico, demarcado con líneas étnicas y religiosas, alimenta el ya acalorado conflicto entre Israel y Palestina. *Ibíd.*, 87.

⁶ Fernando Arellano, *Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo*, PIDHDD, (Quito: Abya-Yala, 2005), 30.

⁷ Diego Martínez, compilador Informe: “Estado del agua en América Latina y el Caribe” (“s.l” Ediciones Antropos, 2016), 9.

⁸ *Ibíd.*, 9, 10.

indefensión los ciudadanos para que puedan hacer efectivo el goce del derecho fundamental al agua.

Según la información recabada se señala que al año 2016, “en América Latina, el mayor número de casos de conflicto documentados por el atlas están en: Colombia (72), Brasil (58), Ecuador (48), Argentina (32), Perú (31) y Chile (30)”.⁹

Esta información exterioriza la situación de precariedad y vulnerabilidad en lo atinente a la salud y las condiciones vida de los ciudadanos que conviven diariamente alrededor de estos conflictos.

Mireya Castillo Daudi indica que: “Los seres humanos necesitamos agua; sin ella apenas podemos sobrevivir unos días. Sin embargo, según el informe conjunto de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), «Joint Monitoring Programme for Water Supply and Sanitation», relativo al año 2000, 1.100 millones de personas en el mundo no disponen de agua potable y 2.400 millones carecen de condiciones sanitarias dignas”.¹⁰

Las cifras proporcionadas por los organismos internacionales del cual el Ecuador es país signatario son altas y han sido planteadas con el objeto de concientizar y sensibilizar a los gobernantes la construcción del derecho fundamental al agua sin restricciones con el objeto de evitar las consecuencias de desamparo en la calidad de vida que se generarán en los próximos años si no se toman las medidas adecuadas y conscientes para corregir estas circunstancias que serán insostenibles, por ejemplo se estima que un tercio de la población a nivel mundial padecerá los efectos por falta del líquido vital.

En el Estado ecuatoriano, la Secretaría Nacional de Planificación del Estado-SENPLADES al abordar la problemática del recurso hídrico ha determinado que pese a los esfuerzos que se han generado por parte del “gobierno nacional en materia de planificación y gestión de recursos hídricos, aún persisten problemas en garantizar el derecho humano al agua limpia, segura y permanente, para el consumo humano. En este sentido, el 28% de los hogares en el Ecuador no tiene acceso a agua potable por red pública (INEC, 2010).¹¹

⁹ *Ibíd.*, 9.

¹⁰ Mireya Castillo Daudí, “El derecho humano al agua en el derecho internacional: aspectos generales”, *El Derecho al Agua*, Antonio Embrid Irujo, Dir, (Navarra: Edit. Aranzadi, 2006), 57, publicado en http://www.who.int/docstore/water_sanitation_health/Globalassessment/GlobalTOC.htm.

¹¹ Ecuador, Consejo Nacional de Planificación, “*Plan nacional del buen vivir, 2013- 2017, Resolución 2*”, Registro Oficial Suplemento No. 78 de 11 de septiembre de 2013, 211.

Estos datos que han sido citados tanto en el ámbito internacional, regional y nacional son motivos que son enfocados en la presente investigación con el propósito de sostener la necesidad de cristalizar el derecho fundamental al agua como elemento sustancial en el convivir cotidiano de la sociedad ecuatoriana.

1.1.1. El agua

Philip Ball investiga al agua desde muchos puntos de vista y espacios vinculados a la conservación, al medio ambiente, al uso, al aprovechamiento, en una de las múltiples apreciaciones que ensaya agrega que: “El agua es el medio único y verdadero de la vida. Sin agua la vida simplemente no podría sostenerse. Es el fluido que lubrica los mecanismos de la célula, el que transporta los materiales y la maquinaria molecular de un lugar a otro y facilita las reacciones químicas que nos mantienen vivos”.¹²

Como lo afirma Ball, en su trabajo científico cuyo enfoque lo vierte en un contexto amplio sobre el agua, argumentando que es el fluido del sustento y la limpieza, lleva los nutrientes hasta donde son necesarios y elimina los desechos. Es un agente estructural de las plantas, permite a las flores mantener sus corales en alto.¹³ Logra dar varios criterios y sostener científicamente la importancia del agua en muchos ámbitos que él lo aborda.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, refiriéndose al agua señala, (Del lat. *aqua*) f. sustancia cuyas moléculas están formadas por la combinación de un átomo de oxígeno y dos de hidrógeno, líquida, inodora, insípida e incolora. Es el componente más abundante de la superficie terrestre y, más o menos puro, forma la lluvia, las fuentes, los ríos y los mares; es parte constituyente de todos los organismos vivos y aparece en compuestos naturales.¹⁴

Vandana Shiva teórica ambientalista y galardonada con el Premio Nobel de la Paz Alternativo en 1993, señala: “la etimología de la palabra urdú *abadi*; asentamiento humano, es *ab*, agua, lo cual refleja la formación de asentamientos humanos y civilizaciones a lo largo de las fuentes de agua”.¹⁵ Afirmación irrefutable ya que el agua

¹² Phillip Ball, *H2O: Una biografía del agua*, (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2010), 262.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, 2001, (Madrid: ESPASA, 2001), 45.

¹⁵ Vandana Shiva, *Las guerras del agua, privatización, contaminación y lucro* (México D.F.: siglo veintiuno editores, 2003), 33.

constituye en un elemento necesario para el bienestar material y cultural de todas las sociedades en el mundo cuyo enfoque orienta al lector a avistar el nexo profundo que primó en los asentamientos de los seres humanos con el agua el medio ambiente y la vida.

1.1.2. El agua como elemento de la naturaleza

Para los pensadores de Grecia como Heráclito, Pitágoras, Empédocles y Demócrito, toda materia está hecha de cuatro elementos fundamentales: tierra, aire, fuego y agua. Pero, con las especulaciones alquímicas de Newton, el agua pasa al primer lugar, sin ningún otro competidor. En el Renacimiento, Leonardo Da Vinci afirmaba que el agua es la fuerza conductora de la naturaleza.¹⁶ El agua ha sido el elemento fundamental en toda la materia eso es indiscutible, incluso artistas que han trascendido por su aporte a la cultura universal se han referido a este elemento.

El agua como elemento de conexión entre el hombre y la naturaleza es indiscutible, desde la educación inicial hemos tenido estos conocimientos que concientizan los elementos más significativos, sobresaliendo en este caso el agua, cuyo elemento ha sido custodiado desde antaño en el pensamiento occidental; por ejemplo: en el imperio romano la protección al agua era muy estricta y se castigaba gravemente su contaminación, aunque no por el valor intrínseco de esta, sino por su utilidad e importancia para la sobrevivencia del imperio.¹⁷ El agua es un eje importante en el desarrollo y el bienestar ligado a la salud tiene una remarcada importancia por ese motivo su cuidado era extremadamente riguroso.

Para ilustrar dentro de nuestro contexto lo concerniente a la imposición de sanciones en la época colonial se puede tomar en cuenta que el cabildo Quiteño prohibió en 1537 que los vecinos desviasen el curso del agua que corría por las acequias, por ejemplo: los españoles que infringían esta disposición podían ser condenados al pago de 30 pesos de multa y los indios podían ser sometidos a la mutilación de las narices¹⁸, con respecto a este tema se puede señalar que la imposición de sanciones para quienes transgredían las ordenanzas eran implacables en la legislación romana y las receptadas en el tiempo de la colonia.

¹⁶ Mohamed Larbi Bouguerra, *Las batallas del agua: Por un bien común de la humanidad*, 22.

¹⁷ Julio Marcelo Prieto Méndez, *Derechos de la naturaleza, fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, (Quito: CEDEC, 2013), 32.

¹⁸ Julio Zary, *El agua y Quito* (Quito: El Conejo, 2010), 39.

Dentro de la investigación es imprescindible despejar varias dudas y poner en la mesa algunas reflexiones para conceptualizar el agua como recurso, como un recurso público y referirse al dominio del recurso público por parte del Estado ecuatoriano lo que conlleva a determinar la diversidad de enfoques que han sido debatidos ampliamente por doctrinarios.

1.1.3. El agua como elemento indispensable para la vida

Aunque resulta tan amplio profundizar este aspecto, es importante referirse a dos hechos indiscutibles, el primero sobre tiene que ver con la constitución del cuerpo humano, por ejemplo, el agua forma el 75% del cuerpo humano y al igual que se observa respecto al clima terrestre, controla nuestra temperatura interna. En el caso del cuerpo de un adulto de 80 kg., encierra de 50 a 60 litros de agua. Al igual que para las plantas y los animales, nuestra vida depende de las funciones biológicas que asume el agua,¹⁹ por ese motivo resulta indudable el hecho de pensar, qué sucede cuando se deshidrata una persona, en ese caso los síntomas son inmediatos porque comienza a tener complicaciones de salud, porque el agua transporta alimentos y carburantes (energía), a través de nuestro organismo y nuestras vías metabólicas.²⁰

El agua es sinónimo de vida y esta situación es irrefutable si tomamos en cuenta que un desabastecimiento de agua en una población puede desencadenar una situación de riesgo para la salud y la vida de los ciudadanos, más aún cuando el servicio de agua potable es deficiente.

1.1.4. El agua como recurso público

Los recursos naturales y específicamente el agua han sido pretendidos por las élites mundiales, regionales, y locales como se ha mencionado en esta investigación, motivo por el cual se han producido fricciones entre pueblos, naciones y estados, por esta razón es imprescindible conceptualizar al agua como recurso público.

Continuando el hilo conductor de lo planteado Rodrigo Borja Cevallos señala que “los recursos económicos son los elementos de diversa naturaleza que sirven a la sociedad para su desarrollo y sustento. Estos elementos son de distinta clase: humanos, naturales, financieros y tecnológicos. La concurrencia de todos ellos posibilita el

¹⁹ Mohamed Larbi Bouguerra, *Las batallas del agua: Por un bien común de la humanidad*, 55.

²⁰ *Ibíd.*

desarrollo”.²¹ Criterio que lo comparto en el sentido de que en dicha definición hace alusión al tema de los recursos económicos, y se destaca dentro de ellos a los recursos naturales, en este sentido estaría categorizado a los recursos hídricos.

Dentro de dicha definición, también se señala que “los recursos naturales constituyen el entorno físico de la sociedad: son las tierras, las aguas, el aire, la energía solar, las minas y los bosques”.²² En consecuencia no se puede eludir que estos recursos naturales son no renovables y están en proceso de agotamiento, de ahí la importancia de establecer políticas públicas para la conservación del agua, de los ecosistemas y el tratamiento de agua servidas y los desechos sólidos para que sean reconducidos a la agua luego de que reciban un tratamiento.

Héctor Villegas, señala que “actualmente, los ingresos públicos son obtenidos por el Estado de muy diversas maneras, explotando sus propios bienes patrimoniales empleando su poder coactivo y contratando empréstitos, recibiendo ayudas y donaciones, aplicando penalidades, etc.”.²³ Este mecanismo utilizado por el Estado ha suscitado el origen de diversas opiniones, con la finalidad de acrecentar el patrimonio estatal.

Es necesario repasar varios conceptos, sobre este tema trascendental y polémico: Gustavo Ingrassio entrelaza el concepto de gasto, y lo define como el “recurso del Estado como el dinero que llega a poder del Estado para atender la necesidad financiera de los servicios públicos”.²⁴ Criterio que tiene como punto de partida al Estado y su financiamiento esta focalizado para solventar una de las finalidades primordiales del Estado, en esa línea es importante señalar otros criterios, por ejemplo para Carlos Giuliani Fonrouge: “Los recursos públicos se debe definir, en un sentido lato, como los ingresos que se obtiene el Estado preferentemente en dinero, para la atención de las erogaciones determinadas por exigencias administrativas o de índole económico-social”.²⁵

Conceptos a los cuales esta investigación se adhiere y no disiente, tomando como principio que el Estado es quien debe generar y obtener los ingresos como

²¹ Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la política*, 819.

²² *Ibíd.*

²³ Héctor Villegas, *Manual de Finanzas Públicas, la economía jurídicamente regulada del sector público en el mundo globalizado*, (Buenos Aires: Depalma, 2000), 153.

²⁴ *Ibíd.*, 154.

²⁵ *Ibíd.*

consecuencia de la comercialización de los recursos públicos, que son de su dominio y propiedad.

Dino Jarach respecto a los bienes públicos teoriza, “el paso siguiente en el proceso de la actividad financiera consiste en producir o hacer producir los bienes materiales o inmateriales capaces de satisfacer las necesidades públicas. Tales bienes se llamarán, en consecuencia, bienes públicos”.²⁶ En este sentido nos proporciona otros insumos al financiamiento y agrega un componente relativo a la producción de los bienes para hacer efectiva las insuficiencias públicas y culmina su enfoque denominando bienes públicos, criterio que comparte el investigador considerando la finalidad estatal.

Con respecto a los recursos del Estado, señala que “constituyen recursos del Estado los procedimientos mediante los cuales el mismo logra el poder de compra necesarios para efectuar las erogaciones propias de su actividad financiera”.²⁷ Esto constituye un refuerzo al enfoque que ha vertido, en el cual el rol que tiene el Estado se singulariza al cumplimiento de sus fines lo cual es loable distinguirlo, sin embargo, en el campo doctrinario existen ciertas discrepancias por las connotaciones que cada una podría tener.

Jarach resalta que los recursos pueden distinguirse por situaciones de diferente naturaleza: “ora económicas, ora políticas, ora jurídicas y ora técnicas, lo cual contribuye a la complejidad del problema de la clasificación de los recursos”.²⁸ De esta manera el tratadista diferencia entre los recursos originarios, y señala: “esta clasificación distingue los recursos obtenidos por el Estado de su propio patrimonio o del ejercicio de actividades comerciales, industriales, minerales, agrícola-ganaderas, bancarias. De seguros, los que –por proceder de los bienes o de las empresas propias del Estado– se consideran originarios de aquellos que son extraídos del patrimonio ajeno por el poder de imperio del Estado y que se denominan derivados”.²⁹

Y resulta lógico que el Estado como una organización políticamente organizada debe cumplir los fines inherentes a su existencia propendiendo asumir sus cometidos esenciales.

²⁶ Dino Jarach, *Finanzas Públicas: Esbozo de una teoría general*, (Buenos Aires: CANGALLO, 1978), 56.

²⁷ *Ibíd.*, 221.

²⁸ *Ibíd.*, 222.

²⁹ *Ibíd.*, 223.

Los recursos originarios o patrimoniales, “son estos recursos obtenidos por el Estado mediante el aprovechamiento económico de su patrimonio. Pueden encuadrarse en estos recursos: el producto de tierras de propiedad del Estado a través de su explotación directa o por arrendamiento o aparcería, como también el resultado de la venta de tierras públicas tanto rurales como urbanas”.³⁰

Desde el punto de vista financiero Jarach vierte un criterio contundente al conceptualizar los recursos originarios o patrimoniales y señala que es el Estado quien tiene que beneficiarse de los recursos de su pertenencia en cuyo caso el agua es un bien originario perteneciente a la comunidad y concretamente al Estado, dicha categoría se circunscribe a los recursos naturales, por consiguiente, el agua constituye un recurso natural de dominio exclusivo del Estado el cual ha sido incorporado en nuestro sistema jurídico dentro de las áreas estratégicas de la economía del Estado ecuatoriano.

1.1.5. El agua como recurso hídrico

Las múltiples demandas en la comunidad internacional y los enfoques que han sido citados son muestras de la controversia surgida para que el agua sea considerada como un recurso, el agua constituye uno de los recursos más significativos que posee el planeta, de tan trascendental que sin ella la vida no sería posible.³¹ Se puede afirmar que la vida del planeta depende del agua. La mayor parte de la superficie del planeta está cubierta de agua, al igual que los seres humanos, estamos constituidos de agua.

Desde el punto de vista financiero como lo señala Jarach, se construye una postura indiscutible sobre el recurso público, sobre los bienes públicos y lo concerniente a los recursos naturales en el cual se encuentra el agua y se lo categoriza como un recurso hídrico, en nuestra legislación se incluyó en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, lo siguiente:

Naturaleza jurídica. Los recursos hídricos son parte del patrimonio natural del Estado y serán de su competencia exclusiva, la misma que se ejercerá concurrentemente entre el Gobierno Central y los Gobiernos Autónomos Descentralizados, de conformidad con la Ley.

³⁰ *Ibíd.*, 225.

³¹ *El agua el recurso natural máspreciado*, <https://elblogverde.com/el-agua-como-recurso-natural/> consultado el 10 de diciembre de 2017.

El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida, elemento vital de la naturaleza y fundamental para garantizar la soberanía alimentaria.³²

En la definición legal respecto a la naturaleza jurídica de los recursos hídricos, se ha incluido al patrimonio natural del Estado y su competencia se plantea que se canalice de manera concurrente entre el gobierno central y los gobiernos autónomos descentralizados.

Por otro lado, se categoriza como patrimonio nacional estratégico lo cual concuerda y guarda armonía con lo prescrito por la Constitución de la República respecto al dominio inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida y vinculado para garantizar la soberanía alimentaria.

1.1.6. El agua como recurso estratégico

Los recursos naturales estratégicos son vitales e importantes en el desarrollo de las sociedades y las naciones, por ese motivo se han constituido en el eje del progreso de los pueblos, esto ha motivado la disputa por controlar la gestión de los recursos hídricos y se han evidenciado varias posturas en torno a pretender el control y el manejo de los recursos estratégicos, en nuestro país queda marcado esta situación en las constituciones de 1998 y de 2008.

En el artículo 318 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, se establece que “el agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua”.³³ La norma constitucional invocada clarifica de manera incuestionable que el agua es patrimonio nacional y estratégico, en este primer plano se incorpora de manera irrefutable la importancia que el constituyente le otorgó al recurso hídrico, además se señala que es de uso público y de dominio inalienable, es decir, que la propiedad es permanente para el Estado ecuatoriano, así también se ha legislado en la importancia que tiene para la naturaleza y la vida.

Además se incluyó expresamente la prohibición de privatización del agua, lo cual se contrasta de manera evidente con lo que se prescribió en la Constitución Política

³² Ecuador, *Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 305, art. 1 (Quito, 6 de agosto de 2014).

³³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], Capítulo II, “Derechos del Buen Vivir”, art. 318 ([Quito] Asamblea Nacional) 29. En adelante Constitución de la República de 2008.

de Ecuador del 1998, en la cual se dejó abierta la posibilidad de que dichos recursos puedan ser manejados o transferidos al sector privado, la cual señalaba la posibilidad de “explotar los bienes de su dominio exclusivo directamente o con la participación del sector privado”.³⁴ Esta es una de las diferencias con respecto al manejo de la política económica del Estado ecuatoriano en las constituciones de 1998 y 2008, por una parte, la apertura al libre mercado y por otra la prohibición de privatización de este recurso.

Con una visión avanzada respecto al manejo de los recursos hídricos, Pedro Arrojo ha señalado que en el caso de la Unión Europea, la nueva Directiva Marco de las Aguas, aprobada en el año 2000, viene promoviendo tanto la elaboración de planes integrados a nivel de cuenca como la creación de instituciones transnacionales a este nivel territorial, como única forma de promover una gestión sostenible de los ecosistemas fluviales y reitera que “es necesario cambiar nuestra visión patrimonialista de ríos y acuíferos, inspirada por la valoración del agua como simple recurso económico, para pasar a asumir una visión ética presidida por el principio de equidad intergeneracional”.³⁵

Cuando plantea esa idea contundente respecto a la equidad intergeneracional, llama la atención respecto de lo cuidadoso que debe ser el tema de la gestión del agua no solamente haciéndose eco del tema económico y mercantilista que ha sido promovido por varios sectores, sino también encaminado a la conservación del agua para las futuras generaciones, cuya propuesta es imprescindible porque pretende evitar daños y mermar los riesgos y garantizar la vida de las futuras generaciones.

Adicionalmente, señala que se han generado discrepancias cuando plantea que “los ríos, y en general los ecosistemas acuáticos continentales, como tantos otros ecosistemas que sustentan la vida en el planeta, no pueden ser considerados como nuestros, ni siquiera desde una visión de patrimonio común o público”.³⁶ Sobre este tema han existido discrepancias para determinar quien tiene competencia para controlar el manejo de los recursos hídricos.

En la legislación ecuatoriana el artículo 604 del Código Civil, señala que: “se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes

³⁴ Ecuador, *Asamblea Nacional Constituyente*, Acta No. 71, (Quito, sesión vespertina de 28 de abril de 1998), 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74.

³⁵ Pedro Arrojo, *El reto ético de la nueva cultura del agua, funciones, valores y derechos en juego*, (Barcelona: Paidós Ibérica, 2006), 20, 21.

³⁶ *Ibíd.*

y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales o bienes o públicos”.³⁷ En el caso concreto del agua, el artículo 621 del Código Civil señala que “los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, así como los lagos naturales, son bienes nacionales de usos público”.³⁸

Por último el agua considerada como un recurso estratégico de dominio del Estado ecuatoriano, debe ser prestado por el Estado en sus distintos niveles de gobierno, no hacerlo, se omite un mandato constitucional y legal, tal como se sostiene en la presente investigación y da lugar a que los mecanismos propuestos desde quienes mantienen intereses en el manejo del recurso hídrico puedan alcanzar sus.

1.2. El agua como derecho

En este aspecto propongo lo que señala Vandana Shiva quien menciona con que “el agua se ha considerado desde siempre como un derecho natural, un derecho que se deriva de la naturaleza, las condiciones históricas, las necesidades fundamentales o la idea de justicia. Los derechos sobre el agua como derechos naturales no surgen con el Estado; evolucionan en un contexto ecológico dado de la existencia humana”.³⁹ Comparto este criterio, el sincretismo que tiene el ser humano con la naturaleza es indiscutible, ya que todos los seres humanos dependen de este recurso para su existencia, permanencia y desarrollo de las sociedades, pero en la realidad existen quienes han sido marginados a lo largo de la historia para acceder al agua, por ello se observan disputas, y las reivindicaciones que se han generado permanentemente.

1.2.1. Reivindicación del derecho al agua

En nuestro país la configuración del derecho fundamental al agua ha sido el resultado de varias reivindicaciones inspiradas en procesos sociales, lo que ha generado debates en algunos casos con posturas irreconciliables, por una parte quienes proclaman la privatización y por otro lado quienes han levantado la voz de protesta sosteniendo una postura más humana cuyo argumento ha sido la reivindicación de este derecho, eso ha dado lugar a que se originen un sin número de reuniones a nivel internacional en la

³⁷ Ecuador, *Codificación del Código Civil, II libro*, artículo 604, en Corporación de Estudios y Publicaciones: Suplemento del Registro Oficial No 46 de 24 de junio de 2005.

³⁸ *Ibíd.*, Art. 612.

³⁹ Vandana Shiva, *Las guerras del agua, privatización, contaminación y lucro*.

cual los estados se han alineado con la finalidad de buscar el bienestar a sus connacionales y que ellos tengan acceso al agua.

Son válidos los aportes científicos, académicos, sociales y culturales que conlleven a reflexionar sobre este cometido esencial de los Estados y la comunidad internacional para que asuman un rol protagónico e incisivo para diezmar los impactos generados por el escaso acceso al líquido vital.

Por otro lado, han existido también las posturas a nivel internacional de quienes son defensores de la privatización de los recursos hídricos, y por otra parte de quienes han planteado la reivindicación de ese derecho, y para referirse a esta temática se puntualiza lo manifestado por Boaventura de Sousa Santos quien señala: por una parte están quienes son precursores de la globalización neoliberal, y por otro lado, quienes se alinean a la denominada la globalización contrahegemónica.⁴⁰

Criterio doctrinario que se propone con el objeto de contrastar ideas y obtener un discernimiento más sólido en los análisis que serán enfocados jurídicamente, por ese motivo, se toman como referencia varios hitos que se consideran relevantes por su contribución en el anhelo de consagrar al agua como un derecho fundamental, sin que ello deseche la diversidad de criterios y reivindicaciones sobre esta temática.

Partiendo del planeamiento propuesto por Boaventura están quienes defienden las teorías neoliberales con respecto al recurso hídrico y de las cuales nuestro país no fue la excepción, y por otra parte quienes han contribuido con ideas fuertes contraponiendo opciones en mejorar la calidad de vida desde una gestión más humana y solidaria, en el cual se permita asumir al ciudadano el rol de participación en las decisiones concernientes a la gestión, porque dejarle sin voz, sin agua y sin la opción de tener formas de participación a las personas es atentar a la construcción y el respeto al derecho fundamental sobre el agua.

María Isabel Hofer en un trabajo académico señala que: “El agua dulce es un recurso finito, imperativo para el desarrollo sostenible, el crecimiento económico, la estabilidad política y social, la salud y la erradicación de la pobreza. Aunque las cuestiones de agua han estado en la agenda internacional por mucho tiempo, la discusión de cómo responder a la creciente demanda mundial del agua dulce se ha

⁴⁰ La globalización contrahegemónica, como yo la entiendo, es un vasto conjunto de redes, iniciativas, organizaciones y movimientos que luchan contra los resultados económicos, sociales y políticos de la globalización hegemónica. Boaventura de Sousa Santos, *Más allá de la gobernanza neoliberal: el Foro Social Mundial como legalidad y política cosmopolita subalternas*, El derecho y la globalización desde abajo, (México: Anthropos, 2007), 31.

intensificado en los últimos años”.⁴¹ Dentro de esta perspectiva en la comunidad internacional se ha pretendido consagrar la tendencia de la creación de un “Derecho Mundial del Agua, dotado de normas jurídicas que vinculen y obliguen a los estados al reconocimiento jurídico del derecho al agua”.⁴²

La construcción del derecho al agua debe ir hacia la postura a nivel internacional de exigir y centrarse en la demanda del derecho fundamental al agua en el contexto internacional, ello marca un discurso y una demanda más allá de la simple declaración para que esto se haga efectivo porque no debe cegarse a omitir que la vida de todos los seres del planeta dependen del agua la cual esté en condiciones de ser consumida, y no únicamente de meras enunciaciones que han dejado entrever que existen otros intereses sobre este recurso imprescindible para la vida.

Esta preocupación de parte de los estudiosos del agua ha generado propuestas que son eminentemente válidas y que pueden encaminarse si existe la voluntad política, cultural y económica de los gobiernos en el mundo. De esta manera que tener el derecho fundamental al agua es un postulado mediante el cual se tenga acceso a este derecho, accesible, asequible con el objetivo de que se declare un derecho fundamental al agua, en el cual se consagre la universalidad y por lo tanto los ciudadanos sean los titulares; dentro de ello deben garantizarse y protegerse el acceso al agua por lo que se hace imprescindible que a más de normar este derecho se creen políticas públicas que permitan hacer efectivo el derecho fundamental y no quede únicamente en un enunciado plasmado en la norma.

1.2.2. Evolución de los instrumentos internacionales que reivindican el derecho fundamental al agua

A nivel internacional existen varios referentes, por ejemplo el “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) de 1977, pone de manifiesto palmariamente que el agua potable es una necesidad humana fundamental, al prohibir atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la

⁴¹ María Isabel Hofer, *La contaminación de las aguas desde la óptica del derecho*, tomo 2, (Buenos Aires: Ediciones del País, 2009), 13.

⁴² *Ibíd.*, 15,16.

población civil, tales como... ”.⁴³ Esto parte sin lugar a dudas a raíz de los conflictos que tuvieron los Estados después de la segunda guerra mundial y es obvio que siendo el agua potable elemento estratégico para la existencia de las personas, este clamor se hizo eco en la comunidad internacional en 1949, a tal punto que se estableció una prohibición en los conflictos internacionales. Hay que resaltar la importancia y la dimensión respecto al agua potable como necesidad primordial para la existencia de la humanidad, su destrucción en los abastecimientos diezmaron y arrasaron poblaciones y ciudades, de allí que tuvieron que abordar y legislar para evitar daños inminentes cuando se contaminaban el agua a estos niveles.

A nivel de Naciones Unidas, en el año 1977, se llevó a cabo una conferencia sobre el agua que tuvo lugar en Mar del Plata entre el 14 y el 25 de marzo y muy probablemente constituye la primera reunión internacional nacional de UN con semejante impacto global, así tenemos “la Declaración que dio como resultado la Conferencia de Mar de Plata, supuso un primer llamamiento a los Estados para que realizaran evaluaciones nacionales de sus recursos hídricos y, con esta base, desarrollaran planes y políticas nacionales dirigidas prioritariamente a satisfacer las necesidades de agua potable y saneamiento de toda la población”.⁴⁴ La relevancia que tiene esta conferencia en marcar un punto de partida a nivel de Naciones Unidas es importante, pues en ella se destaca el llamado de atención a los Estados para que realicen un diagnóstico de sus recursos hídricos y busquen mecanismos para planificar políticas públicas para contribuir a mejorar y satisfacer las necesidades no únicamente del agua potable sino también del saneamiento.

En materia de medio ambiente se destaca la Conferencia celebrada en Dublín del 26 al 31 de enero de 1992. A esta Conferencia Internacional sobre el Agua y Medio Ambiente asistieron más de 500 participantes, entre los que figuraban expertos designados por los gobiernos de cien diferentes países y representantes de organizaciones internacionales, intergubernamentales y no gubernamentales.⁴⁵

Sin duda la Conferencia de UN sobre Medio Ambiente y Desarrollo que se celebró en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, constituye uno de los principales eventos sobre la materia. La también llamada Cumbre de la Tierra, daría lugar a dos

⁴³ Mireya Castillo Daudí, *El Derecho Humano al agua en el derecho internacional: aspectos generales*, El Derecho al Agua Antonio Embrid Irujo, Dir, (Navarra: Edit. Aranzadi, 2006), 63.

⁴⁴ Aniza García, *El derecho humano al agua*, (Madrid: Trotta, 2008), 149, 150.

⁴⁵ *Ibíd.*, 150.

instrumentos fundamentales: una Declaración y la Agenda 21, cuyo Capítulo 18 está expresamente reservado al tema del agua.⁴⁶

La Declaración del Milenio de Naciones Unidas celebrada en el año 2000 la comunidad internacional reafirmó su compromiso con la erradicación de la pobreza, el desarrollo y la vigencia de los derechos. Entre el 6 y el 8 de septiembre de ese año, se celebró en Nueva York la Cumbre del Milenio de las UN cuyo resultado fue la Declaración del Milenio que, precisamente, establece las metas de desarrollo de la Organización para el nuevo milenio.⁴⁷ Cuyo propósito expresamente señalaba que era necesario poner fin a la explotación insostenible de los recursos hídricos formulando para el efecto estrategias de ordenación de esos recursos en los planos regionales, nacionales y locales con el objetivo de que se promueva un acceso equitativo y un abastecimiento adecuado.

Para el año 2000, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, dio en su Informe una definición concreta del acceso al agua potable. Se trataría de la proporción de la población que emplea alguno de los siguientes tipos de suministros de agua para beber: agua procedente de tuberías, fuentes públicas, bombas, pozos (protegidos o cubiertos) o fuentes protegidas.⁴⁸

Otro dato importante al cual varios analistas en este tema se refieren es que “Desde la cumbre de la tierra en Johannesburgo (septiembre de 2002), al foro Mundial del Agua en Kyoto (marzo de 2003) y al G-8 en Evian (mayo de 2003), la cuestión del agua se ha convertido en uno de los elementos principales de debate, a nivel global, sobre el porvenir de las condiciones de vida de la humanidad”.⁴⁹ Lo señalado ha sido confirmado en la “Declaración Ministerial del Cuarto Foro Mundial del Agua, de Ciudad de México, de 22 de marzo de 2006”.⁵⁰ Lo que se ha pretendido en estas esferas a nivel internacional es el hecho de no únicamente declarar el acceso al agua como un

⁴⁶ La Protección de la calidad de agua dulce. Según lo establece el numeral 18.7, el objetivo global del programa en materia de recursos hídricos, es satisfacer las necesidades de agua dulce de todos sus países para su desarrollo sostenible. Por su parte, el párrafo 18.47 dispone que “todos los pueblos, cualquiera que sea su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derechos al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas. Aniza García, *El derecho humano al agua*, (Madrid: Trotta, 2008), 150.

⁴⁷ La Declaración señala expresamente que es necesario poner fin a la explotación insostenible de los recursos hídricos, formulando estrategias de ordenación de esos recursos en los planos regional, nacional y local que promuevan un acceso equitativo y un abastecimiento adecuado. *Ibíd.*, 154.

⁴⁸ *Ibíd.*, 157.

⁴⁹ Mohamed Larbi Bouguerra, *Las batallas del agua: Por un bien común de la humanidad*, 19.

⁵⁰ Sergio Salinas Alcega, *El derecho al agua como derecho humano: Contenido normativo y obligaciones de los Estados*, en Antonio Embid, Director, *El derecho al Agua, El Derecho al agua en el marco de la evolución del derecho de aguas* (Navarra: Aranzadi, 2006), 90.

derecho humano, sino el hecho de reducir y encaminar acciones con el objeto de reducir el número de personas que carecen de agua potable para satisfacer sus necesidades esenciales a nivel mundial.

Son varios los elementos que se han generado en favor y en contra del clamor a establecer el derecho fundamental al agua, por este motivo, se ha vuelto un tema de mucha relevancia.

A lo largo de la historia y en otros contextos sociales y culturales, el tema del agua se ha enfocado en el debate cotidiano por la necesidad básica que tenemos los seres humanos para poder sobrevivir, peor aun cuando los impactos dejan al margen a las personas más pobres y sin posibilidades de tener acceso al líquido vital.

Muchas visiones se ha tenido respecto a la evolución del derecho fundamental al agua, dentro del contexto internacional como del nacional han existido muchas propuestas para tratar de romper el paradigma que han tenido como relieve las grandes empresas transnacionales por pretender acumular el agua y que el líquido vital sea manejado desde la esfera del poder económico y mercantilizarlo en favor de ciertos sectores que han acuñado poder económico, sin embargo, esa ruptura a nivel internacional ha hecho posible que exista una corriente impulsando que se incorpore al agua como un derecho humano fundamental.

Pedro Arrojo sostiene con cifras y argumentos de fondo la necesidad de ir a “una nueva cultura del agua”, por ejemplo en una parte del texto al cual me he remitido señala: “hoy se estiman en más de 1.100 millones las personas que no tienen acceso garantizado a aguas potables, lo que conlleva más de 10.000 muertes al día, en su mayoría de niños”.⁵¹ Las cifras que se señalan son escalofrantes cuando se trata de respetar el derecho a la vida, todo ello tiene como consecuencia la falta del líquido vital, de ahí la necesidad de plantear alternativas para disminuir las situaciones de vulnerabilidad de las personas.

Luego de un estudio y análisis que abordan muchas aristas, vectores y alternativas, en esa corriente se propone garantizar la sostenibilidad de los ecosistemas, promover nuevos modelos de gestión pública participativa que garantice los derechos humanos en el marco de la globalización democrática.⁵²

⁵¹ Pedro Arrojo, *El reto ético de la nueva cultura del agua, funciones, valores y derechos en juego* (Barcelona: Paidós, 2006), 17.

⁵² *Ibíd.*, 163,164.

Las Naciones Unidas en la 29 sesión celebrada en Ginebra del 11 al 29 de noviembre de 2002, da razón de su “Observación General número 15 ejemplificativamente titulada el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) [...] El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable y asequible para uso personal y doméstico”.⁵³

Lo que se ha citado viene a ser un resumen del extenso contenido de la legislación internacional respecto al derecho humano al agua, para lo cual será necesario agregar el reconocimiento de las Naciones Unidas efectuado el 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292, mediante el cual la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos.⁵⁴ En la parte considerativa de la referida resolución se establece:

Recordando también la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949.[...] 1. 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.⁵⁵

⁵³ Antonio Embrid, *El derecho humano al agua en el marco de las evoluciones del derecho de aguas*, en *El Derecho al Agua*, (Navarra: Aranzadi. 2006), 21.

⁵⁴ Decenio Internacional para la Acción Internacional para la Acción, *El derecho humano al agua y al saneamiento*, 2005-2015, http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml, 7 de agosto de 2017.

⁵⁵ Naciones Unidas, *Resolución adoptada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010, sesión 108*. http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml, 7 de agosto de 2017.

La resolución de las Naciones Unidas con respecto a reconocer el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute del derecho a la vida y de todos los derechos humanos, tiene como precedente la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217, el 10 de diciembre de 1948⁵⁶, cuyo instrumento marca un hito histórico en la legislación internacional que venía desgastada luego de una segunda guerra mundial con efectos devastadores para quienes sufrieron directamente estas consecuencias.

Además, la motivación de Naciones Unidas cita el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, adicionalmente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General en su resolución 2200, A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.⁵⁷

También es necesario resaltar que motiva su decisión en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979 que entró en vigencia el 3 de septiembre de 1981.⁵⁸ Dentro de este contexto hay que dicha motivación reivindica por una parte lo esencial respecto a la provisión del agua potable, y por otra parte el derecho al saneamiento, cuya importancia va ligada absolutamente con el bienestar de los seres humanos, lo cual debe ser adoptado por los países que son signatarios de la Naciones Unidas y consecuentemente suscriptores de los instrumentos internacionales descritos.

⁵⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos Aprobada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, 3, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreInternationalHumanRightsTreaties_sp.pdf. 15 abril de 2018.

⁵⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Aprobado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreInternationalHumanRightsTreaties_sp.pdf. 15 de abril de 2018.

⁵⁸ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer Aprobada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979 Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreInternationalHumanRightsTreaties_sp.pdf. 15 de abril de 2018.

La preocupación a nivel internacional ha sido constante con el objeto de que toda persona en el planeta pueda tener acceso al agua potable y al saneamiento, sin que esto quede solo en un instrumento a nivel internacional, y que el mismo venga a ser un enunciado y sea solamente retórica y literatura jurídica, positivizado en los instrumentos de ámbito internacional.

1.2.3. El agua como derecho fundamental

El agua es sinónimo de vida, eso ha motivado que se generen situaciones en las cuales está de por medio la subsistencia de los seres humanos, en nuestro contexto ha sido necesario mantener una postura de reivindicación desde varios sectores de la sociedad para que el sistema normativo determine al agua como un derecho fundamental de tal manera que se establezcan mecanismos de protección y el Estado tutele este derecho sin restricciones debido a la importancia que el agua tiene para la existencia de los seres humanos.

La Constitución de la República de 2008, en el artículo 12 prescribe que: “El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”.⁵⁹ Esta disposición es trascendente porque es la única norma que positiviza al agua como un derecho fundamental e irrenunciable la cual debe ser aplicada a favor de todos los ciudadanos por ser inherente a la dignidad y condición humana, porque es necesario protegerlo de la vulneración porque ello puede poner en riesgo la vida de los ciudadanos.

Para ilustrar la génesis de la garantía constitucional relacionada al agua como un derecho fundamental, se relata lo suscitado al interior de la Asamblea Constituyente de 2008, para ello Alberto Acosta, señala:

Esta disputa por el agua en Montecristi fue permanente. Al finalizar los debates constituyentes, en la sesión del 14 de julio del 2008 de la Asamblea se había aprobado mayoritariamente en el segundo debate y en forma textual que “el derecho humano al agua es un derecho humano fundamental” (sí: 101 votos, no: 5, blanco: 0, abstención: 11) No obstante en el texto definitivo de la Constitución, elaborado por la comisión de redacción, se puso que el derecho humano al agua es fundamental.⁶⁰

⁵⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], Capítulo II, “Derechos del Buen Vivir”, art. 12([Quito] Asamblea Nacional) 29. En adelante Constitución de la República 2008.

⁶⁰ Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *El Agua un derecho humano fundamental*, (Quito: Abya-Yala, 2010), 18.

Con mucha claridad quien presidió la Asamblea Constituyente de 2008, hace alusión a ciertas fricciones que se habrían generado dentro del órgano constituyente con respecto a la diversidad de visiones, para que se incorpore al agua como un derecho fundamental, situación que logró plasmarse de forma mayoritaria si se tiene presente la votación a la cual se ha remitido esta investigación.

Dentro de las normas infra constitucionales se expidió la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento en el año 2014, en el cual se armonizó la disposición constitucional del artículo 12 en varias disposiciones con el objeto de garantizar el derecho fundamental al agua, por ejemplo:

Art. 3.- Objeto de la Ley. El objeto de la presente Ley es garantizar el derecho humano al agua así como regular y controlar la autorización, gestión, preservación, conservación, restauración, de los recursos hídricos, uso y aprovechamiento del agua, la gestión integral y su recuperación, en sus distintas fases, formas y estados físicos, a fin de garantizar el *sumak kawsay* o buen vivir y los derechos de la naturaleza establecidos en la Constitución.⁶¹

El artículo invocado de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, señala que esta normativa tiene como objeto garantizar el derecho humano al agua, y se deja pasar por alto en esta parte la definición de derecho fundamental al agua, sin embargo, se lo legisla en el inciso segundo del artículo 57 de la referida normativa la cual será abordada más adelante.

Dentro de los principios que rigen a esa normativa, el literal e, del artículo 4 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos señala que el “acceso al agua es un derecho humano”; y de forma más explícita se lo conceptualiza en la siguiente disposición:

DERECHO HUMANO AL AGUA

Art. 57.- Definición. El derecho humano al agua es el derecho de todas las personas a disponer de agua limpia, suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico en cantidad, calidad, continuidad y cobertura. Forma parte de este derecho el acceso al saneamiento ambiental que asegure la dignidad humana, la salud, evite la contaminación y garantice la calidad de las reservas de agua para consumo humano.

El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. Ninguna persona puede ser privada y excluida o despojada de este derecho.

El ejercicio del derecho humano al agua será sustentable, de manera que pueda ser ejercido por las futuras generaciones. La Autoridad Única del Agua definirá reservas de agua de calidad para el consumo humano de las presentes y futuras

⁶¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 305, (Quito, 6 de agosto de 2014).

generaciones y será responsable de la ejecución de las políticas relacionadas con la efectividad del derecho humano al agua.⁶²

Consagrar en la Constitución de la República al agua como un derecho humano fundamental y armonizarlo en la legislación interna, es muestra de razonabilidad en esta materia por parte del Estado ecuatoriano que al consagrarlo ha dado señales de un avance significativo, en esta primera parte se detalla y se conceptualiza el derecho humano al agua en el cual se singulariza la universalidad del derecho a todos los ciudadanos a acceder y disponer de agua limpia y óptima para el uso personal y doméstico.

En el segundo inciso de esta disposición se enuncia la que el agua es un derecho humano fundamental e irrenunciable, y que nadie puede ser privado de este derecho, el cual guarda armonía a lo previsto en la norma constitucional que le otorgó esa categoría.

Empatando las ideas vertidas hasta este momento se puede mencionar que los derechos humanos “son aquellos derechos inherentes al ser humano y que el Estado debe respetar, preservando su dignidad como humano y sin distinción ni discriminación alguna y los derechos fundamentales, por su parte, son las facultades que posee una persona y que son reconocidas a través del ordenamiento jurídico vigente y que le permite el gozar de un derecho”.⁶³ Por consiguiente, en nuestro sistema jurídico se ha otorgado la categoría de derecho humano; y por otra parte, ha sido declarado el derecho fundamental al agua para que sea protegido a través de los mecanismos jurisdiccionales previstos en la Constitución de la República de 2008.

Rodrigo Gutiérrez desarrolla un trabajo interesante sobre el derecho fundamental al agua en México, y al respecto señala que, “puede afirmarse que tener un derecho significa que una norma jurídica asigna a un sujeto una expectativa negativa (de omisión) o una expectativa positiva (de acción), y crea sobre otros sujetos los correspondientes deberes u obligaciones”.⁶⁴

Este análisis que parte desde un punto de vista de los derechos fundamentales, en el cual se establecen por un lado lo relacionado al derecho subjetivo y por otra parte al derecho objetivo, el primero con respecto a declararlo, y el segundo en lo relevante

⁶² *Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua, Art. 57.*

⁶³ <https://blog.handbook.es/derechos-humanos-y-derechos-fundamentales/>. 15 abril de 2018.

⁶⁴ Rodrigo Gutierrez Rivas, *El derecho fundamental al agua*, en Teoría de los servicios públicos, y otros (Perú: Grijley, 2009), 210.

es que el Estado queda obligado a considerar al agua como una prioridad que se debe proteger a otros intereses con los cuales puedan entrar en conflicto.⁶⁵ En el Estado de derechos y justicia que impera en nuestra legislación el derecho fundamental al agua debe ser tutelado en todo el sentido de la palabra, ello demanda que al haber sido declarado un derecho fundamental, el servicio público de agua potable debe garantizarse a los ciudadanos para su consumo, esto ha sido generado para ser protegido.

Se ha propuesto una teoría muy sólida sobre el derecho fundamental⁶⁶ planteado por Ferrajoli el cual señala cuatro tesis, y principalmente la que conceptualiza como derechos subjetivo que corresponde a todas las personas, sin que se lesionen sus derechos en las prestaciones de servicios de agua potable, consiguientemente, el Estado ecuatoriano debe garantizar el acceso al agua a todos los ciudadanos, por esa razón, no puede vulnerarse el acceso, la asequibilidad y la dotación; en muchas legislaciones las constituciones han incluido como norma el derecho fundamental al agua, lo cual a mi criterio debe ser lo ideal, es decir tener la rigurosidad normativa y la aplicabilidad del derecho fundamental al agua debe primar sobre todas las esferas.

Rodrigo Gutiérrez Rivas señala que: “El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible para el uso personal y doméstico. El agua debe tratarse como un bien social y cultural y no fundamentalmente como un bien económico”.⁶⁷

Concepto muy acertado, que incluso hace un análisis desde su contexto desarrollando instrumentos internacionales que han buscado la manera de positivizar en la norma fundamental del Estado, para que sea garantizado por mecanismos y garantías constitucionales de tal manera que ante una afectación a este derecho, se puedan activar los mecanismos para tutelarlos y evitar vulneraciones del derecho fundamental.

Es así que en el caso del derecho fundamental al agua, debe ser analizado no solo desde la óptica declarativa, sino más allá en el sentido que debe estar garantizado y

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ Propongo una definición *teórica*, puramente *formal* o *estructural*, de <derechos fundamentales>: son <derechos fundamentales> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <todos> los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendida por <derecho subjetivo> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”, Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edit. Antonio de Cabo, (Madrid: Trotta, 2001), 19.

⁶⁷ Rodrigo Gutierrez Rivas, *El derecho fundamental al agua*, 229.

debe hacerse efectivo y protegido en el estado “constitucional de derechos” cuya característica impera en todo el contexto del poder público y privado y su sometimiento de todas las autoridades a respetar los derechos fundamentales, garantizados en la Constitución de la República y los tratados internacionales.

En el tema de los derechos fundamentales, y en el caso singularizado es necesario adoptar la postura en la cual se coincide respecto de que el Estado, en nuestro caso, constitucional de derechos tiene la obligación de someterse al respecto irrestricto de dichos derechos.

Este análisis que parte si bien es cierto desde un punto de vista de los derechos fundamentales, en el cual se establecen por un lado lo relacionado al derecho subjetivo y por otra parte al derecho objetivo, el primero con respecto a declararlo, y el segundo en lo relevante es que el Estado queda obligado a considerar al agua como una prioridad que se debe proteger a otros intereses con los cuales puedan entrar en conflicto.⁶⁸

La construcción para elevar al rango de derecho fundamental agua en nuestro país se cristalizó en la Constitución de la República de 2008, la cual es explícita en “las demandas de las organizaciones y movimientos sociales, realizadas en la última década, entre ellas el agua como un derecho humano fundamental e irrenunciable, patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable, imprescriptible, inembargable del Estado”.⁶⁹

La construcción del derecho fundamental al agua ha sido una lucha permanente por parte de las organizaciones sociales, los colectivos de defensa de derechos humanos, grupos ecologistas, intelectuales, el sector indígena y varios ciudadanos que han tenido latente esta propuesta de reivindicar los derechos a los sectores más vulnerados.

Coincido con lo que propone Ricardo Buitrón respecto a la inherencia a todos los seres humanos inseparables de su dignidad, lo cual ha sido desarrollado en instrumentos internacionales, como en el caso del derecho humano al agua no ha sido la excepción, el mismo que luego de un historial de pugnas con los grandes mercaderes ha logrado tener esta visión en varios instrumentos internacionales.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ Ricardo Buitrón, *Derecho Humano al agua en el Ecuador, ¿Estado constitucional de Derecho?* En Informe sobre los derechos humanos, Ecuador 2009, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Programa Andino de Derechos Humanos, PADH, (Quito: AbyaYala, 2009), 148. URI: <http://hdl.handle.net/10644/938>.

1.2.4. El agua como mercancía

Durante las últimas décadas las presiones de las grandes corporaciones han estado presentes en todos los contextos por apropiarse de los recursos naturales, así lo reseña Josep Stiglitz, Premio Nobel de economía, indicando:

Yo describía las intensas batallas libradas entre el FMI y algunos responsables de los países en vías de desarrollo y de los mercados emergentes en distintos ámbitos – en las políticas de ayuda al desarrollo, en las políticas de transición desde el comunismo a una economía de mercado y en la gestión de la crisis de Asia Oriental-. Explicaba que el FMI había impuesto unas políticas de contracción a los países que afrontaban una crisis económica, y explicaba que sus políticas de «ajuste estructural» forzar la privatización y la liberalización- a menudo no había generado crecimiento, sino por el contrario dificultades económicas, sobre todo entre los pobres.⁷⁰

Stiglitz de forma sobria explica las disputas que los organismos internacionales libran en los Estados soberanos con la finalidad de interferir en los países cuyas economías han sido víctimas de las famosas recetas para mejorar las condiciones económicas y cuyo resultado fue nefasto para los países en vías de desarrollo; en concreto el planteamiento fluctúa con la finalidad de abrir las puertas al libre mercado para que a través de estos mecanismos consagrar las privatizaciones, esto incluyen las áreas estratégicas de la economía y consiguientemente, el agua, sin embargo la Constitución de la República de 2008 prohibió la privatización del agua.

Alberto Acosta puntualiza una diferencia con la Constitución Política de Ecuador de 1998, a la cual se la denominó una Constitución neoliberal, que dio luz verde a un proceso de entrega de los servicios de agua potable al sector privado, dejando claramente constitucionalizado la mercantilización del agua⁷¹, criterio que lo comparto, pues el agua de dominio público y de propiedad exclusiva del Estado como lo denominaba la Constitución del Ecuador de 1979, se puso a disposición de la codicia del mercado como será demostrado en el Capítulo III de esta tesis.

En un ejercicio crítico que marca el desarrollo de esta investigación, se deja entrever que el tema relacionado al manejo y la gestión del agua en nuestro país no fue la excepción, en la Constitución Política de 1998 se abrió camino a las privatizaciones en el cual puede afirmarse que operó quienes desde el lado neoliberal tuvieron las

⁷⁰ Joseph E. Stiglitz, *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, Ied. (Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2012), 239, 240.

⁷¹ Alberto Acosta, *El agua, un derecho humano fundamental*, 26.

herramientas para pretender, no solo en esa área, sino en los denominados sectores estratégicos de la economía tener opciones de privatizar los bienes más rentables del país, sin perjuicio de comentar que en la Constitución de la República de 2008, se estableciera la prohibición de privatización del agua y declararlo que es un derecho fundamental, en el cual se puede tener presente lo que Boaventura de Sousa Santos contrasta respecto a esta coalición del poder entre el neoliberalismo y quienes han propuesto la alternativa como corriente contrahegemónica.

Capítulo II

La prestación del servicio público de agua potable

En el presente capítulo se aborda una institución importante dentro del derecho administrativo, la temática se circunscribe a la prestación del servicio público de agua potable para ello se ha obtenido datos proporcionados por la Secretaría Nacional de Planificación del Estado, SENPLADES en el cual se pone de manifiesto la problemática del recurso hídrico en Ecuador en la que se señala que el 28% de los hogares en el Ecuador no tiene acceso a agua potable por red pública,⁷² por este motivo, es necesario realizar aproximaciones a la conceptualización del servicio público, la prestación del servicio, los principios que rigen a esta Institución, las competencias exclusivas y el análisis de las competencias concurrentes; sus limitaciones, adicionalmente, se realiza un estudio de los proponentes de las concesiones en el Ecuador, una revisión y crítica a la Ley de Modernización del Estado, la viabilidad al proceso de privatización del servicio de agua potable desde la perspectiva de la Constitución Política del Ecuador de 1998; por otra parte, se realizará varias reflexiones con el contraste generado entre el derecho fundamental al agua, la prohibición de privatización del agua prescrito en la Constitución de la República de 2008 y los diversos enfoques doctrinarios aportados por estudiosos de esta materia.

Por otra parte se realizará un análisis dentro del derecho comparado, en el cual se deja entrever las dificultades que tuvo el Estado Boliviano en el proceso de privatización, las similitudes y un estudio del derecho comparado contrastando las ideas de varios doctrinarios, por una parte, quienes han desarrollado doctrina como Roberto Dromi señalando que la privatización es una alternativa válida para desarrollar y dinamizar la economías de los países; y al otro lado quienes desvirtúan al neoliberalismo desde un enfoque de la sociología jurídica como lo ha sostenido Boaventura de Sousa Santos.

2.1. El servicio público de agua potable

El servicio público de agua potable se constituye en uno de los temas que debe trascender el simple hecho de la provisión del servicio. Detrás de esta necesidad

⁷² Ecuador, Consejo Nacional de Planificación, “*Plan nacional del buen vivir, 2013- 2017, Resolución 2*”, Registro Oficial Suplemento No. 78 de 11 de septiembre de 2013, 211.

colectiva está de por medio el derecho fundamental al agua y la prioridad que debe primar para que el Estado asuma esta competencia de manera responsable y óptima para cubrir las necesidades de los ciudadanos. Solo el hecho de pensar que se suspende temporalmente el servicio público de agua potable, genera incertidumbres por los problemas a la salud, peor aún, cuando existen lugares donde no llega el agua potable o el servicio es deficiente, por esta razón es primordial que esta temática sea abordada para buscar mecanismo y alternativas para cubrir estas necesidades ciudadanas que persisten en la actualidad.

2.1.1. Nociones del servicio público

De manera preliminar es importante referirse a los conceptos doctrinarios respecto al servicio público, dada la importancia en el tema que se analiza, para el tratadista Marienhoff: “La noción conceptual de “servicio público” es una de las más adecuadas para justificar el carácter de *ius in fieri* atribuido o reconocido al Derecho Administrativo”.⁷³ Es decir la relevancia que se le a esta institución con lo cual se coincide por la importancia que tiene para la colectividad y que debe ser asumida por el Estado para satisfacer las necesidades de la sociedad cuya institución tiene un rol fundamental ligado al derecho administrativo.

Un hecho que resalta la investigación y la cual ha generado a lo largo de la evolución del derecho administrativo como tal, es que dicha noción es harto controvertida en el terreno doctrinario donde se observan concepciones antagónicas y que a lo largo del tiempo han ido evolucionando.⁷⁴ Los tratadistas disienten desde varias corrientes doctrinarias, por ello será importante referirse a varios conceptos desde diferentes ópticas.

“El servicio público es aquella actividad que prioritariamente –pero no exclusivamente – desempeña el Estado, mediante la cual toda persona obtiene acceso a unos ciertos suministros que son indispensables para la vida común y que no deben ser interrumpidos bajo ninguna circunstancia sino, por el contrario, prestarse de manera constante y segura”.⁷⁵ Concepto que ha sido aportado por el profesor Hernández, considerando que dos puntos de vista que son relacionados a la “solidaridad” y a la

⁷³ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo II*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005), 18.

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ José Gregorio Hernández, “Los servicios públicos en la Constitución Política”, *Compi. Marco Antonio Velilla, Los Servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión del Estado*, (Bogotá: Complexus,2005), 63.

“cohesión social”, entendiendo como la cohesión al interior de la sociedad partiendo desde axiomas democráticos, participativos y pluralistas en el Estado Colombiano.⁷⁶

Hay discrepancias para analizar el concepto del servicio público, por ejemplo Sayagues Lasso, señala: “a) Servicio público es la organización estatal o bajo su control, que tiene por objeto realizar una tarea de necesidad o utilidad pública, en forma regular y continua, conforme a un régimen de derecho público”.⁷⁷

En este aspecto se pone de manifiesto en primer momento el eminentemente “orgánico”; es decir el órgano que desarrollará la actividad destinada a satisfacer los fines dentro del ámbito normativo que rija y esencialmente atribuido al derecho público.

En segundo lugar, “el servicio público es la actividad que desarrollan las entidades estatales o realizada bajo su control, conforme a un régimen de derecho público, con el objeto de satisfacer una necesidad general, en forma regular y continua”.⁷⁸

Uno de los administrativistas clásicos es citado con sus aportes, señalando, “Gastón Géze presenta como el servicio público la satisfacción regular y continua de cierta categoría de necesidades de interés general, con un régimen jurídico especial, régimen que puede ser en todo instante modificado por las leyes y reglamentos”.⁷⁹ El interés general que se lo recaba en esta conceptualización ha sido incluido en nuestro sistema normativo y constitucional.

Sin el ánimo de polemizar pero con el objeto de adentrarnos en la investigación, señalo que en otros contextos en el “Consejo de Estado de Francia, por su parte, expuso su doctrina jurídica sobre servicio público, al sostener que como estos servicios (policía, correos transporte por ferrocarril, alumbrado, agua) no pueden ser garantizados por la iniciativa privada, como constituyen necesariamente el objeto de una organización sistemática que un desorden local la perturbaría, se reserva el monopolio de los mismos el Estado o los municipios”.⁸⁰

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo I*, (Montevideo: Fundación de cultura Universitaria, 8ª. Ed., 2002), 73, 74.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ Diego Younes Moreno, *Curso de derecho administrativo*, 8ª. ed. (Bogotá: Temis, 2007) 231.

⁸⁰ *Ibíd.*

Siguiendo este criterio, le correspondería únicamente al Estado con sus órganos a quienes se las ha conferido las competencias, asumir estas obligaciones de prestación de servicios públicos para los usuarios.

Para Rodrigo Borja Cevallos los servicios públicos: “Son las prestaciones de la administración central o descentralizada del Estado para satisfacer las necesidades fundamentales de la población en forma continuada, uniforme e igualitaria”.⁸¹ En esa línea se plantea la opción de que los servicios públicos sean manejados directamente por la administración central o bajo el mecanismo de la descentralización del Estado, de igual manera, aporta respecto de la prestación del servicio señalando:

Estas prestaciones buscan la satisfacción concreta de necesidades colectivas, tales como la provisión de agua potable, electricidad, telefonía, correos, canalización, aseo de calles, alumbrado público, atención hospitalaria, servicios de salubridad, carreteras, policía y muchas otras de este estilo que entregan las entidades públicas estatales o seccionales, a cambio de las cuales exigen al usuario el pago de una tasa por ellas. La Tasa, por tanto, es la contraprestación por un servicio público; sirve para financiar la prestación del mismo, por lo cual hay siempre una proporcionalidad entre el uso del servicio y su contraprestación económica.⁸²

Con este enfoque más amplio Rodrigo Borja ha puntualizado por ejemplo, la prestación del servicio y como consecuencia de ello, el usuario debe cancelar un valor o el precio por el uso y aprovechamiento del servicio que consume, en otras palabras la Tasa, que se conceptualiza como la contraprestación o pago por el servicio público recibido.

Marienhoff, después de hacer un ilustrativo estudio sobre esta institución en un contexto mucho más amplio de varios enfoques y criterios doctrinarios que se entrelazan respecto a la institución del servicio público desde los orígenes de dicha concepción y que de ninguna manera se ha pretendido restringirla y, menos aún, a intentar suprimir el “servicio público” como institución jurídica, por ese motivo vierte su criterio señalando que “el instituto servicio público”, como medio adecuado para lograr el bienestar general, a medida que se le dé la aplicación debida, adquirirá más afianzamiento y amplitud, confirmando así su idoneidad para obtener los fines que tuvieron en vista los grandes juristas del pasado, constructores de los cimientos mismos de esta teoría, juristas cuyos nombres ha de recordarse siempre con respetuosa admiración: Gastón Jéze, Léon Duguit, Maurice Hauriou, Carlos García Oviedo,

⁸¹ Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la Política, Tomo II, HZ*, 4ta. Ed. (México D.F.: Fondo de Cultura de México, 2012), 1803,1804.

⁸² *Ibíd.*

Arnaldo de Valles”.⁸³ El criterio que vierte Marienhoff va mucho más allá de la simple conceptualización del servicio público, es una visión amplia que desde antaño hace referencia a distintas visiones e ilustra a esta institución dentro del derecho público y genera su importancia vinculada en el bienestar general.

2.1.2. La prestación de los servicios públicos

Un tema muy importante cuyo componente se refiere a las políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana, se encuentra contemplado en el artículo 85 de la Constitución de la República al señalar, que la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.
2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.⁸⁴

En la construcción de la conceptualización de los servicios públicos a nivel constitucional, se le ha dotado esta característica inherente que proporciona la doctrina al referirse al interés general, como respuesta a las necesidades estructurales que tiene que cubrir el Estado, de este modo como su realización del “interés general” se circunscribe a una organización que se materializa a través de una estructura (organizativa) y de un conjunto de reglas y principios que hacen posible, o cuando menos pretenden hacer posible, la realización de las finalidades propuestas”.⁸⁵ El criterio relacionado al interés general que en términos del derecho administrativo contribuye a rebasar el interés social o interés colectivo, sino que va ligado íntimamente a los propósitos que tiene el derecho administrativo con respecto a posibilitar los

⁸³Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo II*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005), 57,58.

⁸⁴ *Constitución de la República del Ecuador (2008)*, Art. 85.

⁸⁵ Alberto Montaña Plata, *El servicio público en el derecho administrativo*, (Bogotá: Universidad de Externado Colombia, 2002), 48.

propósitos integrando a todo el contexto que son parte del Estado constitucional de derechos.

2.1.3. División de los servicios públicos

Existe diversidad de enfoques que tienen los tratadistas, por ejemplo los servicios públicos se dividen en esenciales y no esenciales o secundarios. “Los servicios públicos “esenciales” son, ante todo, los que se vinculan a la subsistencia física del individuo; vgr: provisión de agua potable, servicio de farmacia, abastecimiento de pan, carne, leche y de otros artículos alimenticios de “primera necesidad”.⁸⁶ Como lo ha señalado el tratadista en esta categoría se circunscribe la institución de la prestación del servicio público de agua potable, en el cual existe un nexo trascendente a la existencia del ser humano, en consecuencia, dicho concepto se circunscribe a esta institución que es materia de estudio.

Por otra parte, tenemos en cambio, los servicios públicos no esenciales o secundarios, es decir “los servicios que no reúnan las precedentes condiciones respecto del individuo o respecto del Estado. Ejemplo: actividad cultural (teatros, bibliotecas, museos de arte pictórico, jardines zoológicos, etc.). La “conveniencia” de contar con estos servicios es indiscutible, pero no tanto como la de contar con los servicios considerados esenciales”.⁸⁷ En esta definición no se encuadra el servicio público de agua potable, es decir, se encuadra dentro de los requisitos que respecto del individuo y del Estado.

Marienhoff, ilustra la clasificación de los servicios públicos en “propios” e “impropios”. Partiendo de este análisis el servicio público de agua potable se circunscribe dentro de los servicios públicos propios teniendo en cuenta los argumentos que se analizan en el párrafo siguiente.

Así el “servicio público propio” es el prestado por el Estado, directamente por intermedio de sus órganos centralizados, o indirectamente a través de una entidad autárquica o de un concesionario, y el servicio público “impropio” es el prestado por personas “privadas” (“administrados”), aunque de acuerdo con disposiciones reglamentarias establecidas por la Administración Pública.⁸⁸ Siguiendo esta línea el servicio público de agua potable es propio cuando es prestado sea directamente por un

⁸⁶ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Pág. 112.

⁸⁷ *Ibíd.*, 112.

⁸⁸ *Ibíd.*, 122.

órgano del Estado, en los niveles de gobierno se establecería que en el caso específico de la prestación del servicio público de agua son los Gads municipales, o a través de un ente concesionario; y, por otra parte, el servicio público impropio, el prestado por una entidad particular.

2.1.4. Definiciones de servicios públicos de agua potable en la legislación ecuatoriana

La Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y aprovechamiento del Agua, con respecto al artículo 37 define:

Servicios públicos básicos. Para efectos de esta Ley, se considerarán servicios públicos básicos, los de agua potable y saneamiento ambiental relacionados con el agua. La provisión de estos servicios presupone el otorgamiento de una autorización de uso. La provisión de agua potable comprende los procesos de captación y tratamiento de agua cruda, almacenaje y transporte, conducción, impulsión, distribución, consumo, recaudación de costos, operación y mantenimiento.

La certificación de calidad del agua potable para consumo humano deberá ser emitida por la autoridad nacional de salud.⁸⁹

Con la definición que se ha establecido en el sistema normativo sobre el servicio público de agua potable y saneamiento ambiental, es decir se amplían este ámbito con respecto al agua. Por otro lado, se determina que la provisión se expande a los procesos de captación de recolección y almacenamiento de agua pluvial o de los embalses naturales para su utilización; el tratamiento del agua con la finalidad de purificar el agua cruda para que sea apta para el consumo humano. De igual manera se establece el otorgamiento de la autorización de su uso por parte de la autoridad competente o ente de control en esta materia.

Con respecto a los servicios públicos en la norma constitucional, se ha establecido aspectos relacionados a las políticas públicas y participación ciudadana, en la cual se establece que en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.⁹⁰

⁸⁹ *Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua*. Art. 37.

⁹⁰ *Constitución de la República del Ecuador* (2008), Art. 85.

La Constitución de la República de 2008 con respecto a las políticas públicas, tiene como eje el principio del buen vivir, que se basa en el *sumak kasay*, el cual si nos referimos a la prestación de los servicios públicos de agua potable debe tener como punto central la satisfacción de las necesidades y mejorar la calidad de vida de los ciudadanos en armonía con la naturaleza a fin de que se hagan efectivos los derechos del buen vivir tomando en cuenta el principio de solidaridad, cuya definición se encuentra en el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, que dice:

b) Solidaridad.- Todos los niveles de gobierno tienen como obligación compartida la construcción del desarrollo justo, equilibrado y equitativo de las distintas circunscripciones territoriales, en el marco del respeto de la diversidad y el ejercicio pleno de los derechos individuales y colectivos. En virtud de este principio es deber del Estado, en todos los niveles de gobierno, redistribuir y reorientar los recursos y bienes públicos para compensar las inequidades entre circunscripciones territoriales; garantizar la inclusión, la satisfacción de las necesidades básicas y el cumplimiento del objetivo del buen vivir.⁹¹

Además que se incluye otro principio que dentro de la doctrina del derecho administrativo ha sido debatido ampliamente y que se lo ha incluido en la disposición del numeral 2 del artículo 85 de la Constitución de la República que señala:

2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.⁹²

Cuando nos referimos al principio del “interés general”, que tiene un nexo dentro de la institución del servicio público debo señalar que la doctrina la “relaciona a la realización que se circunscribe a una organización jurídica que se materializa a través de una estructura (organizativa) y de un conjunto de reglas y principios que hacen posible, o cuando menos pretenden hacer posible, la realización de las finalidades propuestas.”⁹³

⁹¹ Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización*, en lo sucesivo COOTAD, (Ley s:n, Suplemento del Registro Oficial 303, 19 de octubre del 2010), 5.

⁹² *Constitución de la República del Ecuador* (2008), artículo 85.

⁹³ Alberto Montaña Plata, *El Concepto de Servicio Público, en el Derecho Administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002), 48.

Jaime Rodríguez Arana, sobre los servicios públicos y el interés general, señala: “esta reflexión se nos antoja evidente pues éstos existen y se justifican precisamente para atender mejor a los ciudadanos en sus necesidades colectivas. Por ello, la posición jurídica de los usuarios es una cuestión medular del nuevo derecho administrativo de los servicios públicos y de los servicios de interés general.”⁹⁴ El presente criterio agrega la situación fundamental del derecho de tutela a favor del ciudadano-usuario con respecto a las necesidades básicas del servicio público que son de interés colectivo.

Otro punto de vista respecto al “interés general”, lo cual ha sido debatido dentro de la doctrina ampliamente, pero para Marienhoff, dice: “No obstante, si bien las actividades de “interés” general pueden llegar a constituir servicios públicos, esto será así en tanto se trate de servicio público “propios”, o sea los prestados directamente por el Estado o indirectamente por éste a través de concesionarios”.⁹⁵

La Constitución de la República del Ecuador al referirse a la formulación de la ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos señala que garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

La participación de la ciudadanía en este tema que no ha sido debidamente concebido, con respecto a los servicios públicos de agua potable, quienes tienen competencia para normar la constitución y composición de los directorios omiten la participación de los ciudadanos y únicamente dan opción a la participación de servidores públicos, dejando de lado y omitiendo la participación de los ciudadanos, en el caso de los servicios públicos de agua potable el mandato constitucional no ha sido tomado en cuenta, sin embargo es interesante que los ciudadanos puedan empoderarse de estas disposiciones constitucionales que permiten esta posibilidad, principalmente, si el objetivo es no vulnerar el derecho fundamental al agua.

En nuestra legislación encontramos varias definiciones sobre el servicio público, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, señala la siguiente definición: “Servicios Públicos Domiciliarios.- Se entienden por servicios públicos domiciliarios los prestados directamente en los domicilios de los consumidores, ya sea por proveedores públicos o privados tales como servicio de

⁹⁴ Jaime Rodríguez Arana, *Aproximación al derecho administrativo constitucional*, (México D.F.: Editorial Liber Iuris Novum S. de R. L. de C.V., 2011), 242.

⁹⁵ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo II*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005), 34.

energía eléctrica, telefonía convencional, agua potable u otros similares”.⁹⁶ El servicio público de agua potable evidentemente es un servicio que se presta en los domicilios, en favor del usuario o consumidor.

Con respecto al tema del agua potable, la Agencia de Regulación y Control del Agua, expidió la Resolución No. 3, publicada en Registro Oficial 776 de 15 de Junio del 2016, mediante el cual se expidió la "Normativa técnica para la evaluación y diagnóstico de la prestación de los servicios públicos de agua potable y/o saneamiento en las áreas urbanas y rurales en el territorio Ecuatoriano”, en el artículo 4 se establecen las definiciones para la aplicación de la señalada Regulación, y se señala:

Agua Potable: es el agua cuyas características físicas, químicas microbiológicas han sido tratadas a fin de garantizar que ésta sea apta para consumo humano, debe estar exenta de organismos capaces de provocar enfermedades, de elementos o sustancias que puedan producir efectos fisiológicos perjudiciales y cumplir los requisitos de calidad establecidos por la Norma Técnica NTE INEN 1108 (revisión vigente) en observancia de lo que dicta el Reglamento Técnico Ecuatoriano RTE INEN 023 "Agua potable."⁹⁷

Es una contribución tener un marco normativo que describa las características que debe cumplir el agua potable, para que sea apta para el consumo humano, en este caso se cumplen los parámetros del buen vivir con respeto a la política pública de salud e higiene y calidad de vida por esa razón es necesario contar con este tipo de norma para tener presente las características físicas y que el agua tenga un tratamiento previo que cumpla los estándares de calidad y que sea apto para el consumo humano acatando las normas técnicas de calidad como lo prescribe la norma.

2.2. Competencias exclusivas en la prestación de servicios públicos de agua potable

Respecto a las competencias exclusivas sobre la obligatoriedad del Estado para cubrir la prestación de los servicios públicos la Constitución de la República de 2008, en el artículo 264 numeral 4to., dispone que son los gobiernos municipales quienes

⁹⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Art. 2 (Ley 21 Registro Oficial Suplemento 116 de 10-jul.-2000).

⁹⁷ Agencia de Regulación y Control del Agua, *Resolución No. 3 aprobar el contenido de la Regulación DIR-ARCA-RG-003-2016, "Normativa técnica para la evaluación y diagnóstico de la prestación de los servicios públicos de agua potable y/o saneamiento en las áreas urbanas y rurales en el territorio Ecuatoriano"* publicada en Registro Oficial 776 de 15 de Junio del 2016. C:\Users\Hp\ImageVisualizer\imageSearchRes.aspx?tpx=RO&spx=0&nmx=776&fcx=15-06-2016.

tendrán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de otras que determine la ley, por lo cual se cita dicha norma:

“4. Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley.”

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, regula el ámbito de la organización político-administrativa del Estado ecuatoriano en el territorio, señalando que: el régimen de los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales, con el fin de garantizar su autonomía política, administrativa y financiera. Además, desarrolla un modelo de descentralización obligatoria y progresiva a través del sistema nacional de competencias, la institucionalidad responsable de su administración, las fuentes de financiamiento y la definición de políticas y mecanismos para compensar los desequilibrios en el desarrollo territorial.

Art. 55.- Competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado municipal.- Los gobiernos autónomos descentralizados municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley; (...) d) Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley;⁹⁸

La nueva estructura del Estado determinada en la Constitución de la República de 2008, estableció una nueva organización territorial, incorporando otras competencias a los gobiernos autónomos descentralizados y se estableció un sistema nacional de competencias, en el cual se establece la obligatoriedad y el rol que deben asumir respecto a la provisión del servicio público de agua potable y saneamiento, sin embargo también se prevé un mecanismo de intervención como por ejemplo lo sucedido en la Provincia del Oro, en el cual se aplicó lo determinado en el artículo 268 de la constitución de la República que determina que la “La ley determinará los casos excepcionales, el procedimiento y la forma de control, en los que por omisión o deficiente ejecución de una competencia se podrá intervenir en la gestión del gobierno autónomo descentralizado en esa competencia, en forma temporal y subsidiaria, hasta que se supere la causa que motivó la intervención”.⁹⁹

⁹⁸ COOTAD, (2010), Art. 55.

⁹⁹ Constitución de la República del Ecuador 2008, art. 268.

Esta disposición prevé un tema importante que hay abordarlo con la finalidad de tener en cuenta el mecanismo constitucional y legal que tiene el Estado ecuatoriano respecto a la intervención en la gestión de competencias de los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

Este mecanismo de intervención se encuentra previsto en el artículo 157 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en el cual el Consejo Nacional de Competencias autorizará la intervención temporal y subsidiaria, de las competencias de un gobierno autónomo descentralizado¹⁰⁰, hasta que se superen las causas que la motivaron, en un caso que en el cual se determinó la intervención temporal y subsidiaria del “Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda – MIDUVI en la competencia exclusiva del sistema de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de aguas servidas en los Cantones de Machala, Pasaje y El guabo de la Provincia de El Oro”.¹⁰¹

En este aspecto, es necesario reflexionar si este mecanismo es utilizado con fines políticos o su finalidad es brindar un servicio adecuado y eficiente para la prestación del servicio, por este motivo, es necesario tener mucha precaución para que no pueda utilizarse como instrumento político para retirarle las competencias que deben ser asumidas por los gobiernos autónomos. En el caso que se ha citado se determinó que la prestadora de servicio (TRIPLEORO) “el sistema de distribución está vulnerable a cualquier tipo de contaminación microbiológica ya que al no tener una suficiente

¹⁰⁰ COOTAD, artículo 157.- Autorización.- El Consejo Nacional de Competencias autorizará la intervención temporal y subsidiaria, de las competencias de un gobierno autónomo descentralizado, hasta que se superen las causas que la motivaron, exclusivamente en los siguientes casos:

a) Por omisión del ejercicio de una o más competencias o la prestación de uno o más servicios del titular;

b) Por ineficacia en el ejercicio de la competencia o la prestación del servicio, debidamente comprobada por el Consejo Nacional de Competencias; y,

c) Por solicitud, expresa y voluntaria, del propio gobierno autónomo descentralizado. La intervención en la gestión de las competencias no excluye el establecimiento de sanciones por parte del órgano de control correspondiente.

Sin perjuicio de lo anterior, en casos de emergencia declarada, un nivel de gobierno podrá asumir subsidiariamente las competencias de otro sin necesidad de autorización previa del Consejo Nacional de Competencias, pero con la obligación de notificarle inmediatamente, a efectos de que éste disponga lo que corresponda.

El Consejo Nacional de Competencias adicionalmente, podrá también autorizar intervenciones parciales para la adecuada prestación y complementación de los servicios públicos.

En todos los casos el Consejo Nacional de Competencias podrá aprobar un mecanismo de recuperación de recursos con cargo al presupuesto del Gobierno Autónomo Descentralizado intervenido, precautelando su sostenibilidad financiera.

¹⁰¹ Ecuador, *Consejo Nacional de Competencias*, No. 004-CNC-2012, del Registro Oficial No. 675 (3 de abril del 2012), 22, 23.

cantidad de desinfectantes no existe una barrera eficaz para contrarrestar la presencia de bacterias contaminantes, exponiendo a la población a un riesgo innecesario de salud”.¹⁰²

Lo cual incluso guarda armonía al derecho a la salud que debe garantizar el Estado y el cual se encuentra vinculado al derecho al agua, tal como lo establece el primer inciso del artículo 32 de la Constitución de la República.

2.3. Mecanismos para la transferencia de competencias del Estado a los particulares

Previo abordar lo relacionado al tema que convoca este subtítulo es imprescindible señalar que en el contexto de la región andina, podemos señalar que se han desarrollado varias corrientes proponiendo los procesos de descentralización, lo cual surge luego de retornar a la democracia por la década de los setenta, en ese sentido, era necesario establecer propuestas que sean alternativas administrativas válidas para mejorar las condiciones en las localidades y regiones, en ese sentido, tenemos varias opciones que buscan una ruptura al gobierno central bajo dos parámetros como lo enfoca Fernando Carrión: “Por un lado, la privatización o descentramiento, que no es otra cosa que el traslado de la centralidad estatal hacia el mercado y, por otro, la autonomía, como expresión de la necesidad de acumulación local de recursos”.¹⁰³ En este contexto, se hace un enfoque sobre la dualidad para el manejo administrativo, por una parte la privatización, y por otro lado, la autonomía que tiene la visión de fraccionar el manejo centralista administrativo.

Uno de los argumentos para plantear las privatizaciones, ha sido calificar al Estado como un ente deficiente, por ejemplo, “en agosto de 1993, el alcalde de Guayaquil León Febres-Cordero pronunció en una entrevista con el diario El Universo que “hay que privatizar todo lo que pueda privatizarse. Privatizar no es sinónimo de empeorar sino de tecnificar, despolitizar, desburocratizar, de hacer a las instituciones más eficientes”.¹⁰⁴ Además que se criticaba al centralismo que no atendía las demandas de los sectores marginados, al igual que la ineficiencia administrativa y la falta de atención presupuestaria de parte del gobierno central.

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ Fernando Carrión, “Interrogatorio a la descentralización latinoamericana: 25 años después”, *La descentralización en el Ecuador: Opciones comparadas*, Comp., Fernando Carrión, (Quito: Flacso, 2007), 39.

¹⁰⁴ Emily Joiner, *Aguita Amarilla: una mirada crítica y propositiva a a privatización del agua y alcantarillado de Guayaquil*. Observatorio de Servicios Públicos y el movimiento Mi Cometa, segunda edición: Guayaquil, 2007, 24.

Por otra parte, se criticó las propuestas principalmente a las denominadas autonomías políticas, en el caso de nuestro país ha existido una marcada situación y sobre todo de ciertos sectores políticos que han llegado a tener protagonismo en sus localidades, y que fueron alentados por partidos políticos que representan a sectores económicamente fuertes principalmente en la ciudad de Guayaquil. Según un documento que circuló en el año de 1992, la propuesta era generada desde el Banco Mundial y se alentaba a que el Ecuador se fracture en siete autonomías políticas.¹⁰⁵ En la actualidad se habla de siete regiones autónomas, pero hasta el momento no se ha concretado lo que tiene que ver con la regionalización siguiendo los caminos constitucionales y legales que se encuentran incorporados en el sistema constitucional y normativo ecuatoriano.

En 1993 el Congreso Nacional aprobó la Ley de Modernización del Estado, la cual se refirió a la descentralización y desconcentración del Estado, así el artículo 34, establecía los fines y competencias, en el cual el Consejo Nacional de Modernización del Estado, CONAM, coordinará, supervisará y controlará la ejecución de las políticas de descentralización que tiene por objeto la delegación del poder político, económico, administrativo o de gestión de recursos tributarios del gobierno central a los gobiernos seccionales, en coordinación con la Asociación Nacional de Municipalidades ANME y con el Consorcio de Consejos provinciales CONCOPE, en lo que sea pertinente. Así mismo coordinará, supervisará y controlará la ejecución de las políticas de desconcentración cuya finalidad es transferir funciones, competencias, tributos y responsabilidades administrativas y de gestión tributaria del gobierno central a sus propias dependencias provinciales.¹⁰⁶ La aprobación de esta ley generó fricciones de orden político, por la aprobación de una ley que permitía la aplicación de las privatizaciones de los sectores estratégicos de la economía ecuatoriana, entre ellos el recurso hídrico.

Ese mecanismo de descentralización establecía que se lo realizaba a través del antiguo CONAM lo que ahora se denominó SENPLADES, el debate y la aprobación de esta ley tuvo un giro polémico por su contenido, con una mirada crítica a esta situación, es necesario advertir que la Constitución Política de 1978 no establecía mecanismos

¹⁰⁵ Diego Delgado Jara, *Autonomías en América Latina: Codicia de multinacionales y embrión de guerras civiles*, Escuela de Educación Popular Antonio José de Sucre, (Cuenca: 2007), 34.

¹⁰⁶ Ecuador, *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones, y Prestaciones de Servicios Públicos, por parte de la Iniciativa Privada*, Registro Oficial No. 349 (31 de diciembre de 1993), art. 34. En lo sucesivo Ley de Modernización del Estado.

para transferir los recursos denominados áreas estratégicas de la economía a manos de los particulares, estas disposiciones fueron objeto de críticas promovidas principalmente por los sectores sociales opuestos a los mecanismos que pretendieron despojar la propiedad exclusiva del Estado sobre las áreas estratégicas de la economía.

Bajo ese contexto, Fernando Carrión sostiene que este proceso ha venido siendo impulsado dentro del contexto de la globalización, sobre lo que denomina una trilogía desde el ejecutivo con la transferencia de los servicios y hacia un destino municipal¹⁰⁷, bajo esta premisa se planteaba mejorar el desarrollo de varios sectores que fueron relegados de acuerdo a lo que han planteado estos movimientos, así como lo sucedido en las regiones de Santa Cruz, en Bolivia y el caso de Guayaquil en nuestro territorio. Hay que tomar en cuenta que los contextos sociales, en el primer caso y en el segundo son completamente diferentes, por ese motivo hay que sostener que en el caso nuestro lo que se buscó es consolidar los espacios locales para tener ciertos campos de acción.

En el Ecuador cuya extensión territorial ocupa un área de 283.561 km, está distribuido en 221 municipios y 24 gobiernos provinciales, con una población que bordea los 16 millones de habitantes.

Los mecanismos jurídicos para la transferencia del dominio público a manos privadas fue cristalizada con la expedición de la Ley de Modernización del Estado en el año 1993, en la cual se instrumentalizó las instituciones jurídicas para dar paso a un tema polémico, que ha sido calificado como la época neoliberal y en la cual se daba la opción de la privatización de los bienes más rentables del Estado a manos privadas.

2.3.1. La delegación como mecanismo de transferencia de competencias

La doctrina señala que: “la delegación es un acto en virtud del cual un órgano administrativo transfiere a otro el ejercicio de una competencia que aquel tiene atribuida”.¹⁰⁸ Esta institución jurídica del derecho administrativo faculta transferir la competencia que tiene un órgano competente a otro quien la asume conforme las prerrogativas conferidas por norma legal.

De igual manera hay que singularizar la naturaleza jurídica:

¹⁰⁷ Fernando Carrión, “*Interrogatorio a la descentralización latinoamericana: 25 años después*”, 38.

¹⁰⁸ Rafael Estrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, 12 va. ed. (Madrid: Tecnos, 1998), 78.

En virtud, por tanto, del acto de delegación, el ejercicio de la función delegada se efectúa por el delegatario, conservando el delegante su titularidad ello ha llevado, en ocasiones, a comparar la relación existente entre el delegante y delegatario con la media entre el nudo propietario y el usufructuario. Comparación que sin embargo, ha de ser rechazada, habida cuenta de las facultades que el delegante conserva respecto del ejercicio de la competencia de que continúa siendo titular.¹⁰⁹

En nuestra legislación se incorporó la delegación en la Ley de Modernización del Estado, en el capítulo V de la desmonopolización, delegación de servicios públicos a la iniciativa privada y privatización en el artículo 41 se estableció:

DELEGACION.- El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos de agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias, aeroportuarias y ferroviarias, servicio postal u otras de naturaleza similar. La participación de las empresas mixtas o privadas se hará mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual "o administrativa" de acuerdo con la ley. El Estado cumplirá con su obligación de atender la educación y la salud pública de los ecuatorianos conforme los mandatos de la Constitución y sin perjuicio de la actividad que, en dichas áreas, cumpla el sector privado.

La exploración y explotación de los recursos naturales no renovables cuya propiedad inalienable e imprescriptible pertenece al Estado, podrá hacerse a través de empresas públicas, mixtas o privadas.¹¹⁰

Esta ley con seguridad fue una de las más polémicas en esa década y que tuvo muchas críticas desde varios sectores sociales y políticos, si consideramos que no existió armonía con la Constitución de la República de 1979, conforme lo hemos señalado anteriormente. Además que la Ley de Modernización, por medio de la institución de la delegación instauraba el mecanismo para que por medio de esta figura legal se logre las intenciones de las grandes corporaciones y por ende las privatizaciones de los bienes públicos. Para ilustrar al lector es necesario señalar que el Código Orgánico Administrativo, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31, de 7 de julio de 2017,¹¹¹ en la segunda disposición derogatoria, deroga expresamente la Ley de Modernización del Estado y sus reformas.

En la Constitución de la República de 2008, el artículo 316 señala que el Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al

¹⁰⁹ *Ibíd.*, 78.

¹¹⁰ *Ley de Modernización del Estado*, Art. 41.

¹¹¹ Ecuador, Registro Oficial No. 31 (Quito, 7 de julio de 2017) *Código Orgánico Administrativo*, Segunda Disposición Derogatoria, 50. En lo sucesivo COA.

interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.

Respecto al tema de la privatización del agua debo señalar que el artículo 318 de la Constitución de la República de 2008, puntualiza que:

El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua. La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias.¹¹²

El Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y comunitario para la prestación de servicios.

El Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación. Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley.

En el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en el artículo 100 se determina la excepcionalidad sobre la gestión de los recursos estratégicos, en los siguientes términos:

Art. 100.- Excepcionalidad.- En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.

Se garantizará lo dispuesto en la Constitución y se precautelará que los precios y tarifas por los servicios sean equitativos y que su control y regulación sean establecidos por la institucionalidad estatal.

La modalidad de delegación podrá ser la de concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley, observando, para la

¹¹² Constitución de la República del Ecuador (2008), Art. 318.

selección del delegatario, los procedimientos de concurso público que determine el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional, en cuyo caso la delegación podrá hacerse de forma directa.¹¹³

En este contexto se puede agregar que mediante esta disposición por ejemplo se da luz verde para que pueda operar la transferencia del manejo de las áreas estratégicas de la economía, es decir, la gestión de los recursos hídricos podría ser delegado a la participación del sector privado, en cuyo caso, el agua como patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado podría ser objeto de delegación que es sinónimo de privatización.

En la norma transcrita se hace referencia a las situaciones de excepción, en cuyo caso le corresponde al Presidente de la República cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o no pueda ser cubierta por el Estado se podrá delegar a los privados o los sectores relacionados a la economía popular y solidaria la gestión de los servicios públicos de los sectores estratégicos. Las modalidades que se establecen son la concesión, asociación alianzas estratégicas a través de concursos públicos.

2.4. La concesión de servicios públicos de agua potable

De acuerdo a la definición de José Bermejo Vera señala que las modalidades de contratación de la gestión de servicios públicos, señala que la contratación de la gestión de los servicios públicos puede adoptar las siguientes modalidades, entre las que señala a la concesión, por la que el empresario gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura.¹¹⁴

Otro que aporte dentro del estudio de la institución jurídica de la concesión, es aquella que señala: “La concesión de servicio público es el paradigma de la gestión indirecta. Descansa sobre todo en el contenido económico de la actividad a desarrollar y se define como una modalidad de contrato de gestión de servicios públicos en la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura.”¹¹⁵

¹¹³ Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, Suplemento del Registro Oficial No. 351, en lo sucesivo Código Orgánico de la Producción, (29 de diciembre de 2010) art. 100.

¹¹⁴ José Bermejo, Director y Miguel Ángel Bernal Blay, Coordinador, *Diccionario de Contratación Pública*, en adelante Diccionario de Contratación Pública (Madrid: IUSTEL, 2008), 184.

¹¹⁵ *Ibíd.*, 185.

“La Concesión de servicio público, que atribuye al concesionario, a su riesgo y ventura, la gestión o explotación de una actividad declarada servicio público, pudiendo incluso la Administración exigir al concesionario la realización de obra pública”.¹¹⁶

Un contribución a la doctrina es el enfoque que vierte Jorge Sarmiento, al señalar que: “la Concesión de servicios públicos es el contrato en la función administrativa en virtud del cual un ente estatal encomienda o delega a una persona, temporalmente, la ejecución de un servicio público, otorgándole el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar su funcionamiento, efectuándose la explotación a costa y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y control del ente concedente”.¹¹⁷ Desde luego la casuística que será ejemplificada en el capítulo tercero difiera del contexto de la presente definición.

Roberto Dromi respecto a la concesión de servicio público, señala: “La concesión de servicio público es un contrato por el que el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública, la organización y la prestación de un servicio público por un determinado lapso. Esta persona, concesionario, actúa por su propia cuenta y riesgo. La labor se retribuye con el precio o tarifa pagado por los usuarios o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez”.¹¹⁸

El criterio vertido por el académico tiene un sentido que es necesario analizarlo profundamente, en el caso de que sea el Estado que encomienda a una persona física, jurídica, privada o pública, la organización de servicio público, ello implica lo que el mismo señala que “la concesión implica en favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de la Administración Pública, quien conserva la dirección y ciertos supuestos de la dirección”.¹¹⁹ En este sentido, amplía su criterio y ya se establece el nexo de la concesión y delegación de las facultades de la Administración Pública que pueden ser objeto de ello.

La “concesión” de servicio público es el acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona –individual o jurídica, privada o pública–, por tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un servicio público: dicha persona,

¹¹⁶ *Ibíd.*, 184.

¹¹⁷ Jorge Sarmiento García, *Concesión de Servicios Públicos*, (Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 1999), 83.

¹¹⁸ José Roberto Dromi, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo II, (Ciudad Argentina: Editorial de Ciencia y Cultura, 1998), 464.

¹¹⁹ *Ibíd.*, 465.

llamada “concesionario”, actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones y garantías otorgadas por el Estado o en ambas cosas a la vez. Tal es la noción generalmente aceptada por la doctrina. También nuestra jurisprudencia comparte tal criterio.¹²⁰

La naturaleza jurídica de la concesión de servicio público ha tenido diversas modificaciones en su conceptualización a través del tiempo. Es por ello que existe controversia entre los tratadistas. En lo fundamental son las siguientes: a) teoría unilateral; b) teoría del contrato de derecho privado; c) teoría del contrato administrativo, “acto mixto”; d) teoría del “contrato administrativo”, *stricto sensu*.¹²¹

a) Teoría unilateral. De acuerdo a ella, la concesión consistiría en un acto unilateral de la autoridad. Se basa en una subestimación de la voluntad del administrado que actuará como concesionario. Tuvo su origen en la antigua Alemania. Implica un vestido de concepciones propias del Estado autoritario, del Estado- Policía”.¹²² Desde este punto de vista solamente se tendría como fundamento la voluntad única del Estado, prescindiendo absolutamente la voluntad del concesionario.

b) “Teoría del contrato de derecho privado. Un sector doctrinal, partiendo de que la concesión de servicio público presupone un acuerdo de voluntades, pero considerando que no existen contratos administrativos celebrados entre el Estado y los administrados, estima que la concesión de servicio público constituye un contrato de derecho privado”.¹²³ Desde este punto de vista solamente prima el criterio de la particularidad y acuerdo de voluntades privadas, situación que disiento tomando en cuenta que en el caso de un contrato de concesión de servicios públicos de agua potable dentro de nuestra legislación no cabría, por lo cual no la comparto este criterio.

c) “Teoría del contrato administrativo, acto mixto. Según un amplio sector doctrinal, la concesión de servicio público, si bien constituye un contrato administrativo, trasunta un acto mixto, comprensivo de dos categorías de cláusulas, que a su vez dan lugar a dos situaciones jurídicas distintas: una “legal o reglamentaria” y otra “contractual”.¹²⁴

¹²⁰ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, 591.

¹²¹ *Ibíd.*, 606.

¹²² *Ibíd.*, 606.

¹²³ *Ibíd.*, 608.

¹²⁴ *Ibíd.*, 609.

d) “Teoría del “contrato administrativo”, stricto sensu. Un calificado grupo de tratadistas sostiene que la concesión de servicio público es un contrato administrativo de estructura homogénea y única: contractual en todos sus aspectos y contenido. Trátese de un “contrato administrativo” stricto sensu”.¹²⁵

Una parte de la doctrina que expresar este criterio, lo hacen después de negar que la concesión tenga el doble aspecto (acto mixto): contractual y reglamentario, en este sentido me adhiero a lo que señala Mariennhoff, que la concesión de servicio público es, efectivamente, un contrato administrativo, propiamente dicho, carácter este que cubre y domina todos sus aspectos y contenido.¹²⁶

2.4.1. La privatización de los servicios públicos

Quienes han propuesto llevar adelante el proceso de privatizaciones de las empresas públicas y transferir a manos privadas, han buscado los mecanismos constitucionales, legales y administrativos, para lo cual han planteado como por ejemplo Roberto Dromi, señalaba que: “El programa de privatizaciones ha dejado de ser un mito para convertirse en una realidad. Este programa es posible porque cuenta con el respaldo de la opinión pública; la concepción doctrinaria del partido mayoritario y gobernante y la expresa sanción por parte de los representantes del pueblo de qué empresas serán privatizadas”.¹²⁷ Esta propuesta planteada por el doctrinario tuvo su cúspide en primer momento en su país de origen donde aplicaron las recetas de los organismos internacionales, tal como lo advertía Josep Stiglitz, la intromisión en las legislaciones nacionales y una serie de reformas al propio Estado para viabilizar estos mecanismos.

El señor Dromi resaltaba que “esta es la revolución más formidable para nuestro tiempo.”¹²⁸ Y como consecuencia de ello todo era privatizable en el Gobierno de Carlos Saúl Menen, en el cual se desafiaba desde las posturas de derecha que “el libre mercado es el instrumento más eficaz para colocar los recursos y responder a las necesidades. Sin

¹²⁵ *Ibíd.*, 611.

¹²⁶ *Ibíd.*, 611.

¹²⁷ Roberto Dromi, *Reforma del Estado y Privatizaciones*, Tomo I, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma (Buenos Aires, 1991), 71

¹²⁸ *Ibíd.*, 82.

embrago, esto vale sólo en aquellas necesidades solventables con poder adquisitivo y para aquellos recursos que son vendibles a precio conveniente.”¹²⁹

En esta situación se postulaban los criterios encaminados a la privatización del Estado lo cual he disentido teniendo como precedente lo que señala Boaventura de Sousa Santos, en el cual señala la transnacionalización logra su campo de acción con los cambios jurídicos y las políticas de ajuste estructural cubren de manera particular una enorme gama de intervenciones del Estado en los ámbitos económico, comercial y social, provocando turbulencias en amplios campos jurídicos y en escenarios institucionales¹³⁰, por ese motivo me adhiero a esta postura humana, mucho más si consideramos que en el caso del agua nos estamos refiriendo a un derecho humano que ha sido declarado como fundamental en nuestra Constitución de la República.

2.5. Prohibición de privatización del agua

La adopción de determinadas políticas neoliberales¹³¹, expresadas claramente en la Ley de Modernización y Privatización del Estado de 1993, y la Constitución Política del Ecuador de 1998, aparentemente se contrasta con la Constitución de la República de 2008, que expresamente amansa el derecho fundamental al agua, y expresamente prohíbe en los artículos 282 la privatización del agua y sus fuentes; y, el artículo 318 declara que el agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua.

¹²⁹ *Ibíd.* 26.

¹³⁰ Aunque la transnacionalización del derecho estatal no está restringida al campo económico, es aquí donde logra su mayor relevancia. Las políticas de “ajuste estructural” cubren de manera particular una enorme gama de intervenciones del Estado en los ámbitos económico, comercial y social, provocando turbulencias en amplios campos jurídicos y en escenarios institucionales. La Liberalización del comercio, la privatización de las industrias y de los servicios, la liberalización agrícola, el desmantelamiento de agencias reguladoras y mecanismos de licencias, desregulación del mercado laboral y la “flexibilización” de la relación salarial, la reducción y comercialización de los servicios sociales. Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del Derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, UNIBLOS, 1998), 82.

¹³¹ Las insuficiencias puestas de manifiesto por la política económica Keynesiana a lo largo de los años setenta favoreció la adopción de las políticas neoliberales en la década de los ochenta. La primacía de la política monetaria sobre la fiscal, la búsqueda de expandir los beneficios y la versión a expensas de los salarios, los sueldos, el bienestar y el consumo, constituyen sus características. Los intentos de reducir el papel del Estado en la economía, se concretan en la práctica por tratar de reducir el gasto de los servicios sociales, privatizar el sector nacionalizado o cerrar empresas públicas. Carlos Berzosa Alonso-Martínez, y otros, *Logros y Limitaciones del Estado de Bienestar*, Administración y Servicios Públicos: ¿reforma o privatización? (Madrid: Izquierda Unidad, 1993.), 30, 31.

A mi criterio existen ciertas anomalías que dejan en entredicho, en el contexto de quienes son palabra mayor en el contexto internacional, han señalado como se impusieron las normas en temas sensibles como el agua, por ejemplo, para Josep Stiglitz, quien hace relación a estas situaciones de presiones por parte de los organismos internacionales¹³²

Todo lo que comenta Stiglitz, se vio reflejado en nuestra legislación con la aprobación de la denominada Ley de Modernización del Estado, que ha pretexto de varios argumentos sobre la ineficiencia del sector público se pretendió despojarle de los recursos estratégicos de la economía al Estado ecuatoriano.

Otro aspectos que son necesarios revisarlos son los aportes de Juan Cruz Aranguren, señala que desde la crítica al Keynesianismo por el pensamiento liberal o neoliberalismo de los poderes públicos en beneficio de la actividad económica de los agentes sociales, supresión de monopolios, privatización total o parcial, supresión de controles, etc.¹³³

Todo esto que ha sido orquestado por las grandes corporaciones, al señalar que en 1989 el Instituto de Economía Internacional celebró en Washington una conferencia sobre el ajuste económico en América Latina del que elaboró Jhon Williamson una síntesis que conoce como el “Consenso de Washington”, base conceptual del modelo defendido por aquellas”.¹³⁴

Las propuestas para efectuar estos enfoques e ingeniarse los discursos sobre el Estado obeso, y la decadente prestación de los servicios públicos cuando es prestado por la administración pública, con ello diseñaron las concepciones de eficacia y eficiencia económica, la libre competencia y la transferencia de las competencias hacia el sector privado.

Bajo este sentido aporta con un criterio sobre “la privatización organizativa reservándose la titularidad pública encomendando la gestión de la función o servicio público a entidades públicas o privadas, de modo que el servicio se presta por modo indirecto (concesión, gestión interesada, encomienda, concierto sociedad de economía mixta) en una forma tradicional en los servicios públicos que supone la externalización

¹³² Joseph E. Stiglitz, *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, 239,240.

¹³³ Juan Cruz, Alli Aranguren, *La privatización de los servicios públicos como efecto de la globalización*, Juan Cuétara Martínez, Coor.; Derecho Administrativo y Regulación Económica, (Madrid: La Ley, 2011), 844.

¹³⁴ *Ibíd.*, 844, 455.

de la prestación pero manteniéndose la gestión (planificación, dirección, control y evaluación) pública”.¹³⁵

En este sentido podemos observar que la propuesta de mecanismo para la privatización es por estos mecanismos, como la concesión, que ha sido conceptualizada y abordada en líneas anteriores.

Por otra parte existen teóricos y sectores que señalan que se ha venido cristalizando un peligroso aumento del gasto público al que no ha acompañado en términos generales una lógica mejora de la calidad de los productos lanzados al conjunto de la colectividad.

La privatización, en este contexto, se constituye un conjunto de medidas dirigidas a solucionar un la de nuestro tiempo que afecta a los particulares de una manera muy especial.¹³⁶

En el sistema jurídico ecuatoriano el artículo 6 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, señala expresamente:

Art. 6.- Prohibición de privatización. Se prohíbe toda forma de privatización del agua, por su trascendencia para la vida, la economía y el ambiente; por lo mismo esta no puede ser objeto de ningún acuerdo comercial, con gobierno, entidad multilateral o empresa privada nacional o extranjera.

Su gestión será exclusivamente pública o comunitaria. No se reconocerá ninguna forma de apropiación o de posesión individual o colectiva sobre el agua, cualquiera que sea su estado.

En consecuencia, se prohíbe:

a) Toda delegación al sector privado de la gestión del agua o de alguna de las competencias asignadas constitucional o legalmente al Estado a través de la Autoridad Única del Agua o a los Gobiernos Autónomos Descentralizados;

b) La gestión indirecta, delegación o externalización de la prestación de los servicios públicos relacionados con el ciclo integral del agua por parte de la iniciativa privada;

c) Cualquier acuerdo comercial que imponga un régimen económico basado en el lucro para la gestión del agua;

d) Toda forma de mercantilización de los servicios ambientales sobre el agua con fines de lucro;

e) Cualquier forma de convenio o acuerdo de cooperación que incluya cláusulas que menoscaben la conservación, el manejo sustentable del agua, la biodiversidad, la salud humana, el derecho humano al agua, la soberanía alimentaria, los derechos humanos y de la naturaleza; y,

f) El otorgamiento de autorizaciones perpetuas o de plazo indefinido para el uso o aprovechamiento del agua.¹³⁷

¹³⁵ *Ibíd.*, 848.

¹³⁶ Jaime Rodríguez-Arana, *Reforma administrativa y nuevas políticas públicas*, (México D.F.: Editorial Liber Iuris Novum, 2011), 184.

¹³⁷ *Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua*, art. 6.

La disposición que ha sido invocada genera mucha polémica si se toma en cuenta las anomalías que han sido incluidas desde la Constitución de la República en los artículos 282 y 318, por ejemplo cuando se dice que se prohíbe la privatización del agua y por otra parte, el artículo 316, señala que el Estado podrá delegar la participación de los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria.

Por otra parte, si bien la Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua, estableció mecanismos prohibiendo la privatización del agua conforme se ha citado en el contexto del proceso antes señalado, tampoco activó mecanismos o alternativas para desprivatizar la concesión de la gestión del servicio público de agua potable y saneamiento de agua potable en la ciudad de Guayaquil, cuyo caso se analizará en el capítulo III.

La reflexión en este punto es que se vuelve retórico lo consagrado en la Constitución de la República de 2008, porque mientras se proclama la prohibición de privatizar, se han aprobado, normas infra constitucionales que se contradicen, verbi gracia, el contenido en el artículo 96 y 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, que señalan, en el primer caso, que “el Estado podrá delegar a excepcionalmente, a la iniciativa privada y a la economía popular y solidar, las inversiones en los sectores estratégicos en los casos que se establezcan en las leyes en cada sector y, subsidiariamente, en el presente código”.¹³⁸ Y respecto a la Excepcionalidad, prevista en el artículo 100 fue citado anteriormente.

Es decir los mecanismos para privatizar, pese a que se consagra la prohibición se mantienen vigentes, y podría retomarse lo que Cecilia Chérrez, de Acción Ecológica de Ecuador, propuso en el I taller Popular en Defensa del Agua, realizado entre el 25 y el 28 de abril de 2005, en la ciudad de México advertía, que en el Ecuador existen tres rostros de la privatización del agua, y hacía relación al caso de “la ciudad de Guayaquil, la más grande del país, entregó ya el agua municipal a Interagua que en realidad es Bechtel”.¹³⁹ El servicio público de agua potable se encuentra regulado dentro del marco constitucional que se refiere al bien estratégico del Estado, cuya controversia está ligado

¹³⁸ Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, [Quito: Registro Oficial No. 351, 29 de diciembre del 2010] 22.

¹³⁹ Ramón Vera, Edito, *Voces del agua*, Cecilia Chérrez, Acción Ecológica, Ecuador. (México DF: Itaca, 2006), 28.

al manejo de los recursos naturales, esta situación fue según los constituyentes de Montecristi de 2008, superar lo que la Constitución Política del Estado Ecuatoriano de 1998, en los artículos 247 y 249 dieron carta abierta a la liberalización del mercado a través de los mecanismos para consagrar las privatizaciones de este sector, tan importante para la economía ecuatoriana.

En épocas de la globalización este tema se puso de moda, con respecto a la tentación que han tenido los grandes poderes económico y hegemónicos a nivel mundial, en los últimos tiempos ha existido una corriente siniestra extractivista con afán de festinarse los recursos naturales, lo cual ha generado un debate entre quienes proclaman esos postulados versus al tema ambiental, “desde los inicios de la edad moderna la explotación de los recursos naturales se ha ido configurando como base del desarrollo de un sistema socioeconómico que, en defensa de postulados liberales a ultranza, ha venido cerrando los ojos ante todas las consecuencias negativas que sobre el entorno causa el desarrollo de la primera industrialización”.¹⁴⁰

Hay una tendencia en el mundo hacia la privatización de varias actividades del Estado, entre ellas la prestación de los servicios públicos, como lo señala Rodrigo Borja: “la privatización de los servicios públicos traería inevitablemente varios efectos indeseables: el aumento de las tarifas maginaría de su beneficio a importantes sectores de la población, la optimización de las ganancias que es parte del instinto de conservación de la empresa privada le conduciría a no extender los servicios públicos hacia las zonas periféricas poco rentables”.¹⁴¹ Comparto el criterio que vierte Borja respecto a que la privatización se enfoca a los servicios públicos, y sus consecuencias están encaminadas a obtener el beneficio privado del prestador del servicio, a través de tasas altas a los usuarios quedando en entre dicho las vulneraciones que podrían generarse; si se hace un enfoque al servicio público de agua potable por ejemplo, esto sería lamentable, por esa razón nuestra constitución y las normas legales prohíben la privatización del agua; por otra parte, la afirmación de no extender el servicio cuando está en manos particulares, es inminente, considerando el costo-beneficio que se enfoca a la utilidad, en este sentido se pierde el principio del interés general, para dar paso al beneficio particular.

¹⁴⁰ Soledad Muñoz Fernández y Pablo Artiñano Del Río, *La conservación de los espacios naturales, estrategias urbanísticas* 1 ed. (Móstoles-Madrid: LA LEY-ACTUALIDAD, 2002), 11.

¹⁴¹ Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la Política*, Tomo II, HZ, 4ta. Ed. 1803,1804.

2.5.1. Argumentos para la privatización del agua

Para lograr los propósitos de privatización de servicio público del agua existieron los sectores interesados han señalado que las instituciones que prestan el servicio no han sido eficientes y que es necesario mejorar el agua, la cantidad, la calidad, la disponibilidad, y han planteado que la “privatización: una posible solución para mejorar la gestión de los servicios públicos en los países en desarrollo. La privatización de las empresas públicas de abastecimiento de agua haría posible que los servicios públicos en desarrollo se beneficiaran de los conocimientos de las grandes empresas transnacionales especializadas en la gestión de los servicios públicos”.¹⁴² Para ello se plantearon varios mecanismos para la gestión entre los cuales señalo la manera por la cual se preveía la vinculación entre las autoridades públicas y los empresarios privados indicando la “concesión, arrendamiento, etc”.¹⁴³

En un ensayo sobre los fundamentos de regulación y competencia, en el cual se focalizan los vínculos entre el derecho y la economía, quiero resaltar varios enfoques que señala Germa Bel i Queralt, sobre aspectos relacionados a la liberalización, privatización, desregulación, en el cual se hace un análisis sobre la privatización, cuya definición: “es traspasar empresas o actividad productiva del sector público al privado, las vías para hacerlo son diversas y también lo son sus efectos”.

En esta parte se distinguen por ejemplo varios mecanismos como la venta de empresas públicas, venta directa, venta mediante subasta, contratación de servicios y el (...) “Acuerdo de concesión o franquicia: La concesión o franquicia es la autorización a organizaciones privadas para que presten un servicio en un área geográfica determinada. Normalmente tiene carácter exclusivo, lo que implica conceder un monopolio local. Lo habitual es que la Administración regule la cantidad y calidad del servicio, e incluso el precio, pero los usuarios pagan directamente a la empresa concesionaria el servicio que reciben”.¹⁴⁴

¹⁴² B.M. Saunier, SAFAGE, *El sector privado y la formación de capacidades en la gestión de las empresas de abastecimiento de agua*, Actas del simposio del PNUD celebrado en Delf, Países Bajos, 3 a 5 de junio de 1991, (Instituto Internacional de Infraestructura Ingeniería Ambiental e Hidráulica Delf, Países Bajos, Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo Nueva York, NY, Estados Unidos 143, 151, 153. Ed. G.J. Alearts, T.L. Blair, F.J.A. Hartvelt (IHE, DELFT).

¹⁴³ *Ibíd.*, 153.

¹⁴⁴ Germa Bel i Queralt, Alejandro Estruch Manjón, *Fundamentos de Regulación y Competencia (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas) Liberalización, privatización, desregulación*, (Director Alberto Ruiz Ojeda) (Madrid: Iustel, 2013) 169-171.

Con respecto a esta definición en nuestra legislación se ha marcado una polémica sobre la concesión de los servicios públicos, y en el caso que se analizará en el siguiente capítulo es la prestación del servicio de agua potable, institución del derecho administrativo que me referiré en el capítulo siguiente.

“Durante las últimas décadas, las políticas liberalizadoras vienen generando severas presiones sobre los diferentes gobiernos en pro de abrir espacios al mercado y restringir o eliminar la intervención pública. Tales presiones tienen su eje de acción más efectivo en lo que se podrían denominar estrategias de anorexización financiera de la función pública”.¹⁴⁵ Pedro Arrojo, es uno de los ponentes más destacados en esta materia y hace precisiones con las cuales coincido, al tener una postura muy irreverente frente a las necesidades que sufren las clases más pobres y plantea reflexiones fundamentadas respecto a las funciones del agua, cuando se puede llevar adelante una gestión sensata para el manejo del servicio público del agua en contra de las privatizaciones planteadas inicialmente.

Andrés Martínez Moscoso, en su obra sobre el derecho al agua en el Ecuador señala lo siguiente:

Dos elementos comunes se extraen del proceso privatizador del sector del agua potable alrededor del mundo, durante la década de los noventa, a) el primero, viene relacionado con el retroceso en el acceso al líquido vital por parte del sector más pobre de la población debido al proceso privatizador vivido durante este período de tiempo que respondía a una ideología particular; y, b) segundo, el incumplimiento de la mayor parte de las empresas privadas que se hicieron cargo del suministro, pues primero elevaron las tarifas a fin de encontrar un beneficio económico significativo, y segundo la condiciones financieras no permitieron realizar los planes de expansión y por ello no realizaron las mejoras en los sistemas de prestación del servicio.¹⁴⁶

En este aporte académico sobre el derecho al agua con relación al proceso privatizador del cual existen víctimas por no acceder al líquido vital se extrae un punto de vista que en primera instancia es el más vulnerable y el cual ha sufrido las consecuencias de estos procesos; de igual manera, el otro ámbito que aborda es el relacionado a la defensa del usuario el cual al tener en el cual no fue posible que las empresas privatizadas puedan expandir sus servicios y por consiguiente las tarifas por el

¹⁴⁵ Pedro Arrojo, *El reto ético de la nueva cultura del agua, funciones, valores y derechos en juego* (Barcelona: Paidós, 2006), 74.

¹⁴⁶ Andrés Martínez Moscoso, *El servicio público de agua potable, un análisis desde la Ciencia Política y el Derecho Público*, (Universidad de Cuenca: Cuenca, 1ra. Ed., 2017), 132.

servicio de agua potable subió considerablemente y no lograron universalidad el servicio de agua potable, ejemplo de ello se abordará en los siguientes subtítulos.

2.5.2. La guerra del agua en el Estado boliviano

Quizás uno de los casos con mayor connotación a nivel de la región andina fue lo que sucedió en Bolivia donde existió una reacción social en todo sentido en contra de quienes en inicio privatizaron el líquido vital, es así como en se pretendieron manejar el agua en “Cochabamba” y “El Alto”, en estas ciudades optaron y aplicaron las recetas propuestas por el Banco Mundial y privatizaron los servicios públicos de agua potable, lo cual generó la reacción de las personas del altiplano dando lugar a la denominada “Guerras del agua” en estas dos localidades.

En el caso de “Cochabamba, tras un oscuro proceso de licitación bajo presiones del BM, el Servicio Municipal de Agua potable y Alcantarillado (SEMAPA) fue transferido a la multinacional Bechtel a través de una de sus empresas, Aguas del Tunari.”

La privatización no sólo afectó a los servicios urbanos de la ciudad en forma de espectaculares subidas en las tarifas, sino que supuso la expropiación de pozos y sistemas comunitarios del entorno rural y distritos de la periferia de Cochabamba, gobernados tradicionalmente desde los llamados Comités de Agua [...] La reacción represiva del Gobierno elevó el nivel de la movilización, suscitando una huelga general que paralizó la región. La Guerra del Agua de Cochabamba acabaría forzando al Gobierno a rescindir el contrato con Aguas del Tunari y devolver la gestión de los servicios a SEMAPA”.¹⁴⁷ Esto generó una reacción social completamente censurada desde la ciudadanía en contra de la privatización y la entrega del agua a la concesionaria estadounidense Bechtel, la presión social fue tal que se terminó reivindicando el servicio del agua el Estado boliviano.

El otro caso acontecido en Bolivia fue el de “El Alto-La Paz” sucedido en 1997, mediante el cual el Gobierno Boliviano concedió la gestión de los servicios de agua y saneamiento de los Municipios de El Alto y La Paz a la empresa privada Aguas de Illimani, controlada por la transnacional Suez (con algo más del 55% del capital)”.¹⁴⁸ Los hechos son similares cuando de privatizar el servicio público del agua potable se

¹⁴⁷ *Ibíd.*, 91, 92.

¹⁴⁸ Pedro Arrojo, *El reto ético de la nueva cultura del agua, funciones, valores y derechos en juego* (Barcelona: Paidós, 2006) 93.

trataba, en cuyos casos se encaminaron a entregar el manejo a los particulares quienes incrementaron las tarifas a los usuarios.

Sin embargo los casos citados no solamente han tenido como consecuencia el hecho de la revuelta social, de parte de las concesionarias de “Cochabamba abril de 2000”; la transnacional Bechtel, recurrió en apelación ante “el Centro Internacional para el Arreglo de controversias Relacionadas con las inversiones (CIADI), un órgano del Banco Mundial.¹⁴⁹, en el documento que hago mención se hace relación a que Bechtel, quería abandonar el juicio, sin embargo la española “Abengoa” pretendía un pago de 25 millones de dólares.¹⁵⁰. En el caso del Alto, “Aguas del Illimani” amenazó ya con anteponer una queja ante el CIADI contra el Estado boliviano y pedir una indemnización de 30 millones de dólares.¹⁵¹

Sin embargo las cosas no quedaron ahí, el Estado Boliviano fue objeto de demandas antes el CIADI, “el 19 de enero 2006, los inversionistas principales de Aguas del Tunari, Bechtel y Abengoa, decidieron abandonar el caso en el CIADI a cambio de un pago nominal de 2 bolivianos (0.30 USD). Fuentes involucradas directamente en las negociaciones del acuerdo citaron la presión pública global como la razón principal por el abandono del caso.¹⁵² Estas fueron las consecuencias en el plano internacional después de las privatizaciones que se dieron en el Estado Plurinacional de Bolivia, quienes luego de esa experiencia incluyeron en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, en el Capítulo Quinto, Recursos Hídricos, el artículo 373. I. lo siguiente:

El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad.

Los recursos hídricos en todos sus estados, superficiales y subterráneos, constituyen recursos finitos, vulnerables, estratégicos y cumplen una función social, cultural y ambiental. Estos recursos no podrán ser objeto de apropiaciones privadas y tanto ellos como sus servicios no serán concesionados y están sujetos a un régimen de licencias, registros y autorizaciones conforme a ley.¹⁵³

¹⁴⁹ Efraín León Hernández, Octavio Rosas Landa, Edit. En Defensa del Agua, Colectivo de solidaridad con la lucha del pueblo Boliviano, *Guerra del Agua en Bolivia ¡El agua es nuestra, carajo!*(México: Editorial Itaca, 2006), 194.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ *Ibíd.*, 197.

¹⁵² *El Centro para la democracia, caso Bechtel vs. Bolivia. Detalles del caso y de la campaña*, <https://democracyctr.org/es/archivo/la-guerra-del-agua/bechtel-vs-bolivia-detalles-del-caso-y-de-la-campana/> 9 de Agosto de 2017 de 2017

¹⁵³ Bolivia, *Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* [Aprobada en referéndum de 25 de enero de 2009 y promulgada el 7 de febrero de 2009], Título II, Medio ambiente,

El comentario sobre esta situación se la realiza al final de este capítulo porque es imprescindible referirnos a un tema análogo sucedido en este país andino.

2.5.3. Conflictos del agua en el Estado de Uruguay

En el cono sur, Uruguay no ha sido la excepción, también ahí se aplicaron las recetas de los organismos internacionales con la intención de privatizar los servicios públicos del Estado Uruguayo, Pedro Arrojo, señala que: “En el 2004, el pueblo Uruguayo, en referéndum y con el 64% de los votos emitidos, decidía incorporar a la Constitución el reconocimiento del agua potable como un derecho humano”.¹⁵⁴

Esto es importante resaltarlo, teniendo en cuenta que “La iniciativa del referéndum, amparada en la legislación uruguaya que prevé mecanismos de democracia directa, fue lanzada por la Comisión Nacional de Defensa del Agua y la Vida (CNDAV), creada en 2002 como respuesta al protocolo firmado por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Gobierno uruguayo, según el cual éste se comprometía a privatizar los servicios urbanos de agua y saneamiento en todo el país. En realidad tal proceso de privatización se había iniciado años antes con la entrada del grupo Suez y de la compañía española Aguas de Bilbao (por cierto de carácter público, al pertenecer al Gobierno Vasco).¹⁵⁵

Los procesos de reivindicación frente a la privatización han sido similares en Argentina, en Bolivia, en el caso “Uruguayo, merece ser destacada, no obstante, la movilización de los barrios pobres de la ciudad de Maldonado en defensa de sus fuentes públicas, sus famosas canillas populares”.¹⁵⁶

En el Uruguay se establece la reforma constitucional de 2004 y se convierte en el primer país del mundo en declarar que el acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales, que los servicios de agua y saneamiento deben ser prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales, la participación de la ciudadanía en la gestión y control de las fuentes de agua. La nueva Ley de Aguas de 2009 establece los mecanismos que garantizan la

recursos naturales, tierra y territorio, Capítulo Quinto, “Recursos Hídricos”, art. 373([La Paz-Bolivia] U.P.S. Editorial s.r.l), 106.

¹⁵⁴ Pedro Arrojo, *El reto ético de la nueva cultura del agua, funciones, valores y derechos en juego*, 93.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, 95.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, 95.

participación de la gente en un ejemplar proceso de construcción tanto de la reforma como de la ley con participación real y acuerdo social.¹⁵⁷ En el caso del Ecuador el marco constitucional y legal ha dado un nuevo rumbo desde el año 2008, y el hecho radica que el Estado debe asumir en todos los contextos el reto de la prestación del servicio de agua potable por ser un derecho fundamental.

2.5.4. Reflexiones sobre el derecho fundamental al agua y su privatización entre el Estado ecuatoriano y el Estado Plurinacional de Bolivia

En el contexto andino, existente similitudes con respecto al tema del agua, en los dos países se dieron dos procesos constituyentes, en el estado ecuatoriano en el año 2008, y en el Estado Plurinacional de Bolivia en el año 2009. En el caso ecuatoriano se incluyó en la Norma Fundamental una disposición que establece el derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable; en la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, el artículo 373. I. determina que “El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad.”

Un dato que será imprescindible analizarlo, es el segundo inciso del artículo señalado que estableció lo siguiente: “Estos recursos no podrán ser objeto de apropiaciones privadas y tanto ellos como sus servicios no serán concesionados y están sujetos a un régimen de licencias, registros y autorizaciones conforme a ley.

El Estado boliviano, después de haber sido demandado ante los tribunales arbitrales por los temas relacionados a la concesión del servicio público de agua potable en Cochabamba y El Alto, incluyeron una disposición en el Art. 377.I. “Todo tratado internacional que suscriba el Estado sobre los recursos hídricos garantizará la soberanía del país y priorizará el interés del Estado”.

En los dos casos ejemplificados queda de manifiesto por una parte la globalización neoliberal que la denomina Boaventura de Sousa Santos, quienes a través de mecanismos legales y administrativos en los países mencionados y en complicidad con los poderes locales pudieron efectuar reformas constitucionales, legales e

¹⁵⁷ Ricardo Buitrón, *Derecho Humano al agua en el Ecuador, ¿Estado constitucional de Derecho? Informe sobre los derechos humanos*, Ecuador 2009, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Programa Andino de Derechos Humanos, PADH, (Quito: AbyaYala, 2009), 147. URI: <http://hdl.handle.net/10644/938>.

institucionales para lograr los propósitos privatizadores a costa de los ciudadanos a quienes luego de los procesos de privatización se ha vulnerado el acceso al derecho fundamental al agua. Incluso desde la doctrina existen tendencias marcadas que se han pronunciado a favor de las privatizaciones como en el caso de Dromi, sin embargo ponentes de alto nivel como el premio Nobel de Economía Josep Stiglitz denunciaron que esos mecanismos utilizados dejan al margen a gran parte de los ciudadanos en los países donde aplicaron las recetas neoliberales, en el caso de nuestro país también existió esa tendencia y muestra de ello es el caso es la aprobación de la Ley de Modernización del Estado y la Constitución Política de 1998 de corte neoliberal y que contenía normas expresas para privatizar las áreas estratégicas de la economía y concretamente el agua potable, como sucedió en el caso del contrato de concesión de servicios de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil, contrastándose dicha situación con la Constitución de la República de 2008, que prohíbe la privatización del agua y que además determina el derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable.

Por otra parte el desarrollo normativo que ha sido otorgado por el constituyente será solo retórico si los ciudadanos no se empoderan de los derechos fundamentales y si no existen instituciones imparciales que no tengan injerencias con índole política y económica como se deja entre ver que ha existido.

CAPÍTULO III

Casuística contrato de concesión de los servicios públicos de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil

En el presente capítulo se desarrolla una casuística relacionada a un contrato de concesión de servicios de agua potable y saneamiento de una de las ciudades más importante y pobladas del Ecuador, el caso ha sido seleccionado por cuanto en este caso se puede contratar por una parte, el marco jurídico establecido en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestaciones de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada¹⁵⁸, aprobada en 1993; y, la Constitución Política del Ecuador de 1998, cuyos artículos 247 y 249 establecieron los mecanismos para transferir al sector privado los recursos naturales¹⁵⁹, y singularizando el planteamiento

¹⁵⁸ Ecuador, *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada* [1993], en el Registro Oficial Sumario No. 349 (Quito, 31 de diciembre de 1993).

¹⁵⁹ Ecuador, *Constitución Política del Ecuador* [1998], Título XII del sistema económico, ver art. 247 y 249 ([Quito] Asamblea Nacional Constituyente). En adelante Constitución Política de 1998. Art. 247.- Son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial.

Estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley.

Será facultad exclusiva del Estado la concesión del uso de frecuencias electromagnéticas para la difusión de señales de radio, televisión y otros medios. Se garantizará la igualdad de condiciones en la concesión de dichas frecuencias. Se prohíbe la transferencia de las concesiones y cualquier forma de acaparamiento directo o indirecto por el Estado o por particulares, de los medios de expresión y comunicación social.

Las aguas son bienes nacionales de uso público; su dominio será inalienable e imprescriptible; su uso y aprovechamiento corresponderá al Estado o a quienes obtengan estos derechos, de acuerdo con la ley.

Art. 249.- Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones.

El Estado garantizará que los servicios públicos, prestados bajo su control y regulación, respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad; y velará para que sus precios o tarifas sean equitativos.

del tema, el contrato de concesión de los servicios de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil celebrado entre Ecapag e Internacional Water Services (Guayaquil) INTERAGUA Cía. Ltda., suscrito abril de 2001.

Bajo este contexto intento hacer varias reflexiones fundamentado en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, que incluyó en nuestro sistema normativo el artículo 12 que declara al agua como un derecho fundamental e irrenunciable; y, por otra parte el artículo 318 de la Constitución de la República que prohíbe la privatización del agua; de igual manera la Disposición Transitoria Vigésimosexta que dispuso que las delegaciones de servicios públicos en agua y saneamiento realizadas a empresas privadas serán auditadas financiera, jurídica, ambiental y socialmente, para el efecto se dispuso que el Estado definirá la vigencia y renegociación de los contratos.

En base a los preceptos citados se ensaya la casuística del contrato de concesión del servicio público de agua potable y saneamiento del cantón Guayaquil vigente desde el 2001, cómo fue mentalizado, quienes financiaron, el objeto de la prestación, y el contraste de varias cláusulas contractuales con el marco constitucional actual las cuales se mantienen pese a existir un mandato que prohíbe la privatización del agua y lo relacionado a la renuncia a la jurisdicción nacional y el sometimiento al arbitraje internacional en caso de conflictos entre las partes.

Para contrastar la opiniones e ideas se enfoca el punto de vista académico para demostrar los límites con respecto a estos mandatos y la importancia que tiene la prestación de este servicio público de agua potable en el contexto de nuestra sociedad, cuando han existido reformas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con el objeto de privatizar los sectores estratégicos de la economía, y que posteriormente, se ha planteado en el caso específico del agua, la prohibición de privatizar.

Por otra parte, es menester tomar en cuenta los cuestionamientos que surgieron de parte de otros sectores sobre el servicio prestado por Interagua, así “el brote de hepatitis A en el Suburbio Oeste de Guayaquil surgió como una muestra de varias deficiencias sanitarias de la ciudad, indicando sobre todo los graves problemas

existentes en los servicios de agua y saneamiento”.¹⁶⁰ Por ese motivo se vuelve imprescindible generar una crítica desde el punto de vista académico.

3.1. Antecedentes al contrato de concesión de servicios de agua potable y alcantarillado de Guayaquil

De acuerdo al objeto del Contrato del BID 1026 OCE-EC para la ejecución del programa de Concesión al Sector Privado de los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil, era mejorar la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado del Cantón de Guayaquil¹⁶¹, este fue el mecanismo propuesto por las grandes corporaciones financieras, tal como se ha ido puntualizando en el desarrollo de esta investigación lo cual deja entrever las similitudes en los modos de plantear el financiamiento y los mecanismos de los grandes grupos y corporaciones económicamente poderosas para supuestamente dar alternativas para superar deficiencias en el sector público, es decir ir al proceso de privatización del servicio público de agua potable, dos casos análogo sucedieron Cochabamba y El Alto en el Estado Boliviano.

De acuerdo a la información proporcionada por la Comisión de la Auditoría Integral del Crédito Público en diciembre del año 2008, se establece que el proyecto se ejecutó bajo tres componentes: a) Concesión del servicio, b) Transformación de ECAPAG como ente regulador, y, c) Rehabilitación de los sistemas de agua potable y alcantarillado.¹⁶² De acuerdo a este indicador la primera situación fue generar la figura del contrato de concesión del servicio público de agua potable, es decir el instrumento administrativo; la otra, la constitución de un ente regulador y la obligación de rehabilitar el sistema de agua potable y alcantarillado.

Para lograr este propósito se suscribió el 11 de abril de 2001, en la sede del Banco Interamericano de Desarrollo, en Washington DC., el contrato de concesión de servicio público de agua potable y saneamiento entre la empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil (ECAPAG) actual EMAPAG EP, delegó a un ente concesionario para que asuma bajo su propio riesgo comercial la operación,

¹⁶⁰ Emily Joiner, *Aguita Amarilla: una mirada crítica y propositiva a la privatización del agua y alcantarillado de Guayaquil*. Observatorio de Servicios Públicos y el movimiento Mi Cometa, segunda edición: Guayaquil, 2007, 76.

¹⁶¹ Mary García Bravo, César Wilfrido Cárdenas, *BM y BID por la privatización del agua*, Comisión para la Auditoría Integral del Crédito Público, (diciembre, 2008).

¹⁶² *Ibíd.*

mantenimiento y administración de los servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial de Guayaquil, y a realizar todas las inversiones necesarias para la rehabilitación y expansión de los mismos.¹⁶³ La interrogante que surge en este instante con respecto a la concesión del servicio público de agua potable y saneamiento es verificar si las metas y objetivos fueron cumplidos a favor de los usuarios, por cuanto a más de haber existido un compromiso en mejorar el servicio, el nuevo marco constitucional se contrasta ampliamente con este tipo de prestación de servicio público a través de la concesión, la cual se asemeja a la privatización del servicio público de agua potable.

En patrocinador del contrato de concesión fue el Banco Interamericano de Desarrollo, cuya propuesta fue mentalizada luego de que una misión del Banco Interamericano visitó el Ecuador, y concretamente, la ECAPAG en el año 1995, conforme la información documentada por la Comisión de la Auditoría Integral del Crédito Público, en dicho informe se indica que el Estado ecuatoriano no tuvo voz, en ninguna de las cláusulas se mencionó el rol del Estado, salvo como prestamista y garante. Por otra parte, los contratos de préstamo y concesión fueron firmados en la sede del BID, en Washington,¹⁶⁴ esto queda evidenciado en el análisis y lectura literal del contrato de concesión, además que el Estado por lo general debe poner sus reglas, sin embargo el rol del Estado y la situación precaria de la administración pública y el ente de control fueron meros espectadores de un contrato de concesión que iba y tiene gran impacto social, en este caso la ECAPAG y el Municipio de Guayaquil quienes estuvieron a cargo de llevar adelante el proceso de privatización.

Para apoyar a las autoridades locales en el desarrollo de la nueva estrategia, a comienzos de 1995, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, asesoraron en la elaboración de un plan de acción institucional con la participación del sector privado.¹⁶⁵ Este hecho tiene procedimientos similares a los que se puede ejemplificar en el caso boliviano, por una parte, quienes financian a nivel internacional y por otro lado, quienes apoyaron la aprobación de los instrumentos jurídicos para tener acceso para concretar los procesos de privatización.

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ *Ibíd.*

¹⁶⁵ *Ibíd.*

3.2. Elementos principales del contrato de concesión de los servicios de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil celebrado entre Ecapag e Internacional Water Services (Guayaquil) INTERAGUA Cía. Ltda.

El análisis se basa principalmente en la determinación del cumplimiento de forma de elementos principales del contrato de concesión; y , para ello se detalla quienes son los sujetos que intervinieron, es decir el concedente y concesionario, el consentimiento y el objeto o contenido.

3.2.1. Concedente y concesionaria

Jorge Sarmiento García, señala que el: “El concedente es quien otorga la concesión; concesionario es aquél a quien la misma es otorgada”.¹⁶⁶ En principio el concedente es una entidad estatal, en el caso que se aborda es la Empresa Municipal de Agua Potable de Guayaquil, ECAPAG lo que hoy es EMAPAG EP, pero se continuará señalando ECAPAG, para seguir ejemplificando la casuística, en este caso se cumple el requisito esencial para otorgar la concesión, a esto se debe atribuir la capacidad de ser el ente de regulación del servicio público quien tiene esa competencia en inicio de asumir la prestación del servicio, pero no lo ha efectuado, y continúa como ente regulador del servicio prescindiendo su competencia que el nuevo marco constitucional y legal le atribuyen dejando de lado esta función primordial que le ha sido otorgada.

En cuanto al concesionario, puede “persona física o jurídica, privada o pública. Generalmente las concesiones se otorgan, en razón de los grandes capitales y de la organización que requieren los servicios”.¹⁶⁷ Por otra parte, “es *intuitu personae*”, lo que quiere decir según la doctrina que la prestación del servicio de agua potable y saneamiento en el Cantón Guayaquil debe ser ejercida por el concesionario, por su cuenta y riesgo propio y dicha competencia otorgada a éste, no puede ser trasladada o cedida sin autorización del concedente a otra entidad.

En el contrato de concesión del servicio público de agua potable intervino, por una parte, el Estado Ecuatoriano, a través de la Empresa Cantonal de Agua potable y Alcantarillado de Guayaquil (ECAPAG), como ente regulador, para lo cual contó con la autorización del Presidente de la República del Ecuador en ese entonces, el doctor Gustavo Noboa Bejarano, quien mediante a través Decreto Ejecutivo No. 872,

¹⁶⁶ Jorge Sarmiento, *Concesión de servicios públicos*, (Buenos Aires: Ciudad Argentina, Editorial en Ciencia y Cultura: 1999), 106.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, 138.

publicado en el Registro Oficial No. 186 de fecha octubre 18 del 2000, autorizó a la Empresa Cantonal de Agua Potable y alcantarillado de Guayaquil, ECAPAG, para que en representación del Estado ecuatoriano delegue la prestación del servicio de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil, en condiciones de exclusividad regulada, mediante contrato de concesión.¹⁶⁸ Al amparo del Decreto Ejecutivo que ha sido señalado se procedió a dar luz verde a la concesión del servicio público de agua potable, desde luego que en ese período estuvo vigente la Constitución Política de 1998 y la Ley de Modernización de Estado.

De acuerdo a la publicación de la Gaceta Oficial No. 46 del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil de 5 de diciembre de 2012, se expidió la reforma a la ordenanza de constitución de la “Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil, EP”, señalando en el artículo 1 que “En todos los artículos donde se menciona a la “Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil, EP” debe eliminarse la palabra “Pública” y agregarse la abreviatura “EMAPAG EP”.¹⁶⁹, sin embargo, para ejemplificar el caso se continuará denominado ECAPAG.

En la suscripción del contrato el Estado Ecuatoriano estuvo representado por el Gerente General ingeniero José Luis Santos García, designado mediante resolución de Directorio No. 3.07.04-99 de fecha de 1999, a quién para efectos del contrato se podrá designar indistintamente “LA ECAPAG” o “LA CONCEDENTE”, y, por otra parte, International Water Services (Guayaquil) Interagua C. Ltda., representada por Patrick Jeantet, según poder otorgado mediante escritura pública de fecha 3 de Abril del 2001 ante Notario Público Trigésimo del cantón Guayaquil, a la cual para efectos del presente contrato podrá designársela como “LA CONCESIONARIA”.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Ecuador, Gustavo Noboa Bejarano, Presidente Constitucional de la República, *Decreto Ejecutivo 872*, Registro Oficial No. 185, miércoles 18 de octubre del 2000, 11.

¹⁶⁹ Ecuador, Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil, administración del señor ab. Jaime Nebot, Alcalde de Guayaquil Gaceta Oficial No. 46, de 5 de diciembre de 2012, *Reforma a la ordenanza de constitución de la “Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil. EP”*, <http://www.guayaquil.gob.ec/Gacetas/Gacetas%2041%20a%20la%2060/Gaceta%2046.pdf>, consultado el 31 de octubre de 2017.

¹⁷⁰ Contrato de Concesión de Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento de la Ciudad de Guayaquil suscrito entre Ecapag con Internacional water services (Guayaquil) Interagua C. Ltda., en adelante Contrato de Concesión entre Ecapag e Interagua < https://www.interagua.com.ec/sites/default/files/portal-de-transparencia/contrato_de_concesion.pdf, >, Consultado 2 de octubre de 2017, 1.

3.2.2. Cláusulas generales

En la cláusula cuarta del Contrato de Concesión de Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento de la Ciudad de Guayaquil, se estipuló el objeto del contrato, modalidad y alcance de la concesión en los siguientes términos:

4.1 Objeto del Contrato

El objeto del presente contrato es establecer los términos y condiciones de la Concesión de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento en Guayaquil, conforme a la Resolución de Adjudicación de la Concesión, emitida por la ECAPAG.¹⁷¹

En esta primera parte del objeto del contrato de concesión del servicio público, explícitamente se contempló establecer los términos y condiciones de la Concesión del servicio público de agua potable para el Cantón Guayaquil, en la cual ECAPAG, como entidad reguladora adjudicó dicho contrato.

4.2 Modalidad y Alcance de la Concesión

La modalidad de esta Concesión es la de Servicio Público.

LA ECAPAG garantiza a la Concesionaria la exclusividad para la prestación de los servicios definidos en esta cláusula, dentro del ámbito geográfico determinado en el numeral.¹⁷²

Continuando con el análisis, en esta cláusula se estipuló su modalidad y alcance; es decir, la concesión del servicio público; y, por otra parte se estableció la exclusividad de la prestación del servicio, en este orden Agustín Gordillo, comenta: “Las cláusulas que confieren exclusividad o monopolio para la prestación de un servicio público deben interpretarse con un criterio restrictivo”.¹⁷³ Siguiendo esta línea que toma de una jurisprudencia, agrega: “Esa forma de interpretación cobra sentido al resultar indispensable que los privilegios o monopolios se funden en el interés colectivo, única y exclusiva razón que los legitimaría y los haría encuadrar dentro del marco constitucional, debiéndose tener presente, además, que el monopolio o privilegio debe limitarse a los servicios estrictamente indispensables, teniéndose siempre como mira la garantía de un fin público”.¹⁷⁴ En este aporte doctrinario tenemos por una parte, la forma de interpretación de los privilegios y monopolios, que deben legitimarse teniendo presente el interés colectivo y no dar rienda suelta a intereses particulares dejando de lado la finalidad pública, teniendo en cuenta que los usuarios pueden ser

¹⁷¹ *Ibíd.*, 6.

¹⁷² *Ibíd.*, 7.

¹⁷³ La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios http://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc5/despues3.pdf. 15 abril de 2018.

¹⁷⁴ *Ibíd.*

afectados, más aún cuando este contrato fue concebido sin contar que el agua es un derecho fundamental que debe ser tutelado y protegido en favor de los ciudadanos.

Con respecto al manejo de la exclusividad regulada también se determinó que el período de la Concesión, en la cual la concesionaria tenía que sujetarse a desarrollar normas de la legislación ambiental nacional.

De acuerdo con los términos del presente contrato y de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes, la Concesionaria recibe en condiciones de “exclusividad regulada” durante el periodo de la Concesión, esto es por treinta (30) años, y sin otras obligaciones que las incluidas dentro de este Contrato, la Concesión para la prestación de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento en Guayaquil, actualmente prestado por ECAPAG. En virtud de esta Concesión, la Concesionaria queda facultada a desarrollar las siguientes actividades atendiendo las normas establecidas en el presente Contrato, en las respectivas regulaciones concernientes a los Servicios y en la Legislación Ambiental.¹⁷⁵

Lo transcrito deja evidenciado que se aplicó la exclusividad del servicio, el plazo fijado fue de 30 años y la concesionaria continúa prestando el servicio público por parte de Interagua en el ámbito geográfico del cantón Guayaquil. Lo concerniente al plazo fijado analizaré en líneas posteriores por cuanto se procedió a la renegociación del contrato de acuerdo al mandato de la Asamblea Nacional Constituyente de 2008.

La prestación del servicio público incluyó el aprovechamiento de las fuentes, la conducción del agua cruda hasta las fuentes de potabilización para que sea apto para el consumo que fue estipuló en la cláusula cuarta del contrato de concesión.¹⁷⁶

Se estableció que la prestación del servicio público de agua potable aprovecharía las fuentes que utilizaba ECAPAG, y cualquier otra fuente alternativa que se establezca

¹⁷⁵ *Ibíd.*, 7.

¹⁷⁶ 4.2.1 La prestación del Servicio de Agua Potable que incluye

4.2.1.1 El aprovechamiento de las fuentes de agua empleadas actualmente por ECAPAG y de cualquier otra fuente alternativa que se establezca a futuro.

También comprende el derecho exclusivo de la Concesionaria sobre la gestión de “pozos privados” o fuentes alternativas de los usuarios privados, respecto de los cuales la Concesionaria tiene la facultad de otorgar las autorizaciones de nuevos pozos o de sellar los existentes, si estos no cumplen con las condiciones mínimas para asegurar el buen funcionamiento del sistema de agua potable y la protección de la salud pública y del medio ambiente.

4.2.1.2 La conducción del Agua Cruda desde las Fuentes hasta las plantas de potabilización.

4.2.1.3 La potabilización del agua Cruda para hacerla apta para consumo humano.

4.2.1.4 El transporte, almacenamiento, distribución y comercialización del Agua Potable desde las plantas de tratamiento o de los pozos de agua a los Usuarios en el Área de Concesión. Contrato de Concesión de Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento de la Ciudad de Guayaquil suscrito entre Ecapag con Internacional water services (Guayaquil) Interagua C. Ltda., en adelante Contrato de Concesión entre Ecapag e Interagua < https://www.interagua.com.ec/sites/default/files/portal-de-transparencia/contrato_de_concesion.pdf, >, Consultado 2 de octubre de 2017, 1

a futuro, se le otorgó la exclusividad de que sobre la gestión de pozos privados o fuentes alternativas de los usuarios privados, transfiriéndole prerrogativas para otorgar las autorizaciones de nuevos pozos o de sellar los existentes con la finalidad de asegurar el funcionamiento de la concesión y la salud pública y el medio ambiente, así como también el proceso de conducción del agua cruda, la potabilización, el transporte, almacenamiento, distribución y comercialización del agua.

Respecto al tema relacionado al saneamiento en la cláusula 4.2.2, se estipuló la recolección, tratamiento y de las aguas servidas. Situación fundamental que debió ser cubierta por la concesionaria, en esa línea la Organización Mundial de la Salud, señala que por saneamiento se “entiende el suministro de instalaciones y servicios que permiten eliminar sin riesgo la orina y las heces. Los sistemas de saneamiento inadecuados constituyen una causa importante de morbilidad en todo el mundo”.¹⁷⁷ Según la OMS, se ha probado que la mejora del saneamiento tiene efectos positivos significativos en la salud tanto en el ámbito de los hogares como el de las comunidades.¹⁷⁸ El término saneamiento también hace referencia al mantenimiento de buenas condiciones cuya obligación en este tema el concesionario lo asume y debió cumplir en todos estos años de concesión.

En la cláusula 5.4 relativo a las obligaciones de la Concesionaria en relación con la prestación del servicio, se estipuló que debía garantizar la eficiencia, calidad, cobertura, y trato igualitario en la prestación del Servicio a los Usuarios actualmente servidos por la ECAPAG y los que se incorporen en el futuro como resultado de las expansiones acordadas en el marco del contrato.¹⁷⁹ Esta cláusula se refiere a la eficiencia, calidad, cobertura y trato igualitario, debiendo agregar que el contexto del nuevo marco constitucional de estar armonizado a alcanzar el buen vivir deben garantizarse los derechos reconocidos en la Constitución de la República como es el derecho fundamental al agua.

¹⁷⁷ Organización Mundial de la Salud, <http://www.who.int/topics/sanitation/es/>, 21 de diciembre de 2017.

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ *Ibíd.*, 13.

3.2.3. Renegociación del Contrato de Concesión de Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento de la Ciudad de Guayaquil suscrito entre Ecapag con Internacional wáter services (Guayaquil) Interagua C. Ltda.

La renegociación al contrato de concesión de servicios públicos de agua potable y saneamiento con Interagua en la ciudad de Guayaquil se fundamentó en base a lo previsto en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, cuya Disposición Transitoria Vigésimosexta dispuso que en el plazo de trescientos sesenta días a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, las delegaciones de servicios públicos en agua y saneamiento realizadas a empresas privadas serán auditadas financiera, jurídica, ambiental y socialmente, para el efecto se dispuso que el Estado definirá la vigencia, renegociación y, en su caso, la terminación de los contratos de delegación, de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en los resultados de las auditorías.¹⁸⁰ Esta disposición respondía al cambio estructural en materia económica y la diferencia en este aspecto entre la Constitución Política del Ecuador de 1998 y la Constitución de la República de 2008, ante estas circunstancias se establecieron varios acuerdos.

Como consecuencia de las auditorías realizadas a la gestión de la concesionaria y en base al mandato constitucional analizado, el 19 de abril de 2010 se suscribió el Acta de Acuerdos, entre la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil, ECAPAG, la cual estuvo representada por su Gerente General el señor ingeniero José Luis Santo García; y, por otra parte, International Water Services (Guayaquil) Interagua C. Ltda., que fue representada por el ingeniero Oscar García apoderado del Gerente General de Internacional Water Services (Guayaquil).¹⁸¹ En este acto también compareció el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, ingeniero Walter Solis Valarezo.

Luego de la auditoría efectuada por el Ministerio de Desarrollo y Vivienda MIDUVI en coordinación con la Contraloría General del Estado se recomendaron efectuar varios cambios entre los cuales se señala el establecimiento de una tarifa social, la renegociación con INTERAGUA de un régimen de multas por incumplimientos de la

¹⁸⁰ *Constitución de la República del Ecuador* (2008), Disposición Transitoria Vigésima Sexta.

¹⁸¹ Acta de Acuerdo entre la empresa cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil ECAPAG, International wáter services (Guayaquil) Interagua C.Ltda., y el ministerio de Desarrollo Urbano y vivienda, protocolizado ante la Notaría Trigésima del Cantón Guayaquil, a los 19 días del mes de abril de 2010, documento suscrito Ing. José Luis Santos García, Gerente General de ECPAPAG, Ing. Oscar García Poveda, Apoderado de la Gerencia General Interagua C. Ltda., Ing. Walter Solis Valarezo, Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda, como testigo de honor , 3, en lo posterior Acta de Acuerdo entre la empresa cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil ECAPAG e Interagua.

concesionaria y la renegociación de la cláusula arbitral del contrato de Concesión; recomendaciones que implicaría una reforma contractual,¹⁸² adicionalmente, la Contraloría General del Estado efectuó algunas recomendaciones a la Concesionaria,¹⁸³ considero que al momento de efectuar el planteamiento para renegociación del contrato de concesión del servicio público de agua potable, se prescindió de temas de fondo como el mandato que prohíbe la privatización del agua previsto en la Constitución de la República 2008, sin embargo, es necesario analizar un tema de fondo que se también se contrasta al mandato constitucional y que es parte del contrato de concesión que está siendo analizado como es la cláusula sobre el arbitraje internacional.

Tras el cambio a la Constitución de la República de 2008, la empresa Water services (inglesa), “Interagua” que estuvo conformada casi en su totalidad, por empresas como Betchel (EEUU), Edison y United Utilities tuvo una “serie de modificaciones respecto a sus accionistas, pues el dueño original Betchel, se deshizo de sus acciones (90% del total), distribuyéndose de la siguiente manera: a) FCC (España) y Proactiva Medio Ambiente (Veolia-Francia), se quedó con 51%; b) la empresa colombiana, FANALCA, se adjudicó el 24,5%; y, c) la constructora Hidalgo & Hidalgo, se quedó con el 24,5% restante. Sin que el restante, 10% del capital total de la compañía se haya modificado (Equivia)”.¹⁸⁴ Desde esta perspectiva se puede evidenciar el discurso que he venido sosteniendo que trabajan a favor de las grandes corporaciones y en nuestro caso no ha sido la excepción.

3.2.4. Renuncia de soberanía o cláusula sometida al arbitraje internacional

Dentro del proceso de renegociación al contrato de concesión se topó el tema relacionado al arbitraje internacional y la adecuación del reglamento interno de manejo

¹⁸² *Ibíd.*, 3.

¹⁸³ *Acta de Acuerdo entre la empresa cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil ECAPAG e Interagua*. En el cual se han implementado el tema 1. Ambiental, reglamento interno de contrataciones de obras de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial, a fin de que este acorde a la Constitución vigente, lo concerniente al cálculo de la tarifa, las obras de alcantarillado en la posibilidad de incrementar la inversión en “depuración de aguas residuales en un monto que permita alcanzar al final del tercer quinquenio el tratamiento del 100% de las aguas residuales” el régimen sancionatorio con respecto a que “se debe establecer parámetros e indicadores para la aplicación de multas por el no cumplimiento de las metas establecidas”; respecto del agua no contabilizada, tenían que “revisar las metas para llegar a niveles comparables con estándares internacionales de eficiencia, esto es sobre el 70% del tercer quinquenio”; sobre la “ausencia de la tarifa social”, “en el cual consta que ECAPAG e Interagua acogieron las propuestas del MIDUVI para la aplicación de una tarifa social con los parámetros de selección, entre otros, de los beneficiarios cuyas viviendas tengan un área de construcción de hasta 36m²”. *Ibíd.*

¹⁸⁴ Andrés Martínez Moscoso, *El servicio público de agua potable, un análisis desde la Ciencia Política y el Derecho Público*, (Universidad de Cuenca: Cuenca, 1ra. Ed., 2017), 238.

de los servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial del cantón Guayaquil, con la finalidad de armonizar al espíritu de la Constitución de la República de 2008.

Para puntualizar en el Contrato de Concesión de Servicios Públicos, en la Cláusula Decimosexta: solución de controversias entre las partes contratantes, refiere a la medicación y al arbitraje, en la primera parte de la Cláusula referida las partes acordaron someter las controversias que puedan provenir del contrato de concesión en cuanto a su interpretación, en primera instancia se recurriría al sistema de mediación y proponen que en primera instancia se pondrían de acuerdo para nominar al mediador y en caso de que no exista un acuerdo previo someterían al sistema de sorteo en el caso que lo requieran.¹⁸⁵

Por otra parte se establece que en caso de que no pudiesen resolver como lo determina el sistema de mediación, éste sea sometido al arbitraje conforme lo señala dicha disposición, lo cual se contrapone con el artículo 422 de la Constitución de la República, que se lo analizará en líneas posteriores, previamente a indagar el fundamento del ente regulador y los organismos estatales sobre este aspecto.

¹⁸⁵ 16.2 Resolución de controversias 16.2.1 Mediación Las partes acuerdan que, en el evento de existir alguna controversia o diferencia entre ellas, que provenga de este Contrato o de la interpretación de sus estipulaciones, deberán reunirse para tratar de resolver dicha controversia mediante discusión directa.

Si no se obtuviera la resolución de la controversia, los representantes de la ECAPAG y de la Concesionaria, o sus delegados, se reunirán con un mediador designado de mutuo acuerdo por las partes, escogido de un centro de mediación legalmente constituido, para resolver tal controversia o diferencia, y la decisión conjunta de los representantes o delegados será obligatoria para ambas partes. En caso que no exista acuerdo de las partes en la designación del mediador, el centro de mediación, por sorteo de su lista de mediadores designará al mediador que conduzca la mediación.

16.2.2 Arbitraje

Las controversias que no se hubieren resuelto de acuerdo al numeral 16.2.1 deberán someterse a arbitraje, el cual será conducido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, Francia, Vigentes en la época de la controversia respectiva.

Así mismo las partes se someten expresamente a las normas del reglamento de la Cámara de Comercio Internacional y de las tablas de costos del arbitraje, tanto para los costos administrativos como para los honorarios de los árbitros.

El tribunal arbitral estará compuesto por tres (3) miembros. Cada parte tendrá derecho de sugerir a un miembro del tribunal arbitral. El tercer miembro del tribunal arbitral será nombrado por el Presidente de la Cámara de Comercio Internacional o por el funcionario de dicha Cámara que se encuentre debidamente autorizado por ésta para dicho efecto.

El arbitraje deberá ser conducido en idioma castellano y se llevará a cabo en Miami, Estados Unidos de Norteamérica. El arbitraje será de derecho. El derecho aplicable será el ecuatoriano. Contrato de Concesión de Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento de la Ciudad de Guayaquil suscrito entre Ecapag con Internacional wáter services (Guayaquil) Interagua C. Ltda., 6.

Por esta razón me remito al testimonio de la escritura pública efectuada en la Notaría Trigésima del Cantón Guayaquil que protocolizó al Acta de Acuerdos suscrito entre la ECAPAG e Interagua, con respecto a la solución de controversias entre las partes, concretamente, la mediación y el arbitraje, se estableció expresamente el criterio que primó en este sentido por parte de una dependencia del Ejecutivo:

-CLAUSULA DE ARBITRAJE DEL CONTRATO DE CONCESIÓN:

La Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República, emitió criterio favorable, a la consulta efectuada por el MIDUVI, fundamentado en lo cual las partes, ECAPAG e Interagua, acordaron mantener la Cláusula de Solución de Controversias que incluye el Arbitraje Internacional, que contiene el Contrato de Concesión suscrito el 11 de abril del 2011. Método de solución de controversias aceptado por las normas constitucionales y legales vigentes al momento de la forma del referido contrato y actualmente permitido por la Constitución de la República del Ecuador vigente.¹⁸⁶

Con respecto a este tema, quedó en entredicho lo que establece el inciso primero del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, que señala: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”.¹⁸⁷ La polémica queda marcada en relación al contrato de concesión, que a pesar de que existió una norma constitucional que respaldaba la renegociación, esta cláusula quedó incólume, y otro hecho que se puede notar son los argumentos expuestos por la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República del Ecuador, fundamentando que las partes, es decir, la ECAPAG e Interagua, acordaron mantener la Cláusula de Solución de Controversias en el cual se incluye el Arbitraje Internacional, omitiendo la disposición constitucional que prohíbe ello.

Esta actuación se adhirió a la doctrina de Roberto Dromi, respecto a la seguridad jurídica en los procesos de privatización que ha sido señalado por él como la piedra angular que lo hace posible¹⁸⁸, en este aspecto queda en entredicho los intereses marcados y a quienes se defiende por muy respetable que sea, en el presente caso está de por medio el derecho fundamental al agua, el cual en caso de que existan otros intereses de índole particular en el caso de una concesionaria, poco o nada se podría

¹⁸⁶ Acta de Acuerdo entre la empresa cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil ECAPAG, International wáter services (Guayaquil) Interagua C.Ltda., 11.

¹⁸⁷ *Constitución de la República del Ecuador* (2008), artículo 422.

¹⁸⁸ *Ibíd.* 64.

contribuir a preservar que existan afectación de derechos que son sensibles, por lo cual difiero con el tratadista que he citado.

3.3. Adecuación de reglamento interno de manejo de los servicios de agua potable

Las auditorías solicitaron expresamente “adecuar el reglamento interno de manejo de los servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial del cantón Guayaquil, a fin de que este acorde con la constitución vigente”.¹⁸⁹

Con respecto al Reglamento Interno de Manejo de los Servicios de Agua Potable, Alcantarillado Sanitario y Drenaje Pluvial en el Cantón Guayaquil, el Directorio de la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil (ECAPAG), aprobó dicho instrumento el 12 de abril del 2010, considerando que la ECAPAG pasó a ejercer el rol de ente de control y regulación de la prestación del servicio público.

En consecuencia se dictó el Reglamento, en cuyo artículo 1 se determinó la competencia, de acuerdo con el Contrato de Concesión celebrado el día 11 de abril del 2001, entre la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil (ECAPAG), e International Water Services (Guayaquil) INTERAGUA C. LTDA.

De igual manera en el artículo 2 se estableció el objeto del Reglamento Interno de Manejo de los Servicios de Agua Potable, Alcantarillado Sanitario y Drenaje Pluvial en el Cantón Guayaquil, que en adelante podrá ser denominado simplemente "El Reglamento de Servicios", constituye el instrumento regulatorio de los derechos y obligaciones inherentes a la ejecución del Contrato de Concesión mencionado en el artículo 1, en lo atinente a la relación de International Water Services (Guayaquil), INTERAGUA C. Ltda., que en adelante podrá denominarse simplemente como "INTERAGUA" o "la Empresa", con los usuarios de los servicios.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Acta de Acuerdo entre la empresa cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil ECAPAG, Internacional wáter services (Guayaquil) Interagua C. Ltda., y el ministerio de Desarrollo Urbano y vivienda, protocolizado ante la Notaría Trigésima del Cantón Guayaquil, a los 19 días del mes de abril de 2010, documento suscrito Ing. José Luis Santos García, Gerente General de ECPAPAG, Ing. Oscar García Poveda, Apoderado de la Gerencia General Interagua C. Ltda., Ing. Water Solis Valarezo, Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda, como testigo de honor, 11.

¹⁹⁰ Ecuador, *Reglamento interno de manejo de los servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y drenaje pluvial en el cantón Guayaquil*, Edición Especial del Registro Oficial No. 45 de lunes 14 de junio del 2010.

Sin embargo, de lo que se ha revisado en ninguna parte del Reglamento se determinó el fundamento previsto en el artículo 12 de la Constitución de la República que determina al agua como un derecho fundamental, adicionalmente, en ninguna parte se estableció la participación de los usuarios para ninguna definición, solo el ente regulador en este caso ECAPAG, fue quien aprobó dicha reglamentación, cuyos ajustes han prescindido de la participación de la ciudadanía,¹⁹¹ además puede sostenerse que en ninguna parte del referido cuerpo normativo que regula la relación entre la concesionaria y los usuarios se hace relación o de alguna manera se tiene presente el considerando que el agua es un derecho fundamental con lo cual no existe ningún tipo de sensatez con este enfoque hacia los ciudadanos, solamente un articulado que norma el sentido de cobro y beneficio de la prestadora del servicio.

3.4. Defensa de los usuarios en la concesión

Según el Observatorio Ciudadano de Servicios Públicos de Guayaquil, Interagua operó por varios años casi sin problemas públicos, posiblemente porque el servicio de agua fue tan pobre en el pasado que la gente tenía pocas expectativas. “Sin embargo, ahora que las veedurías ciudadanas están monitoreando activamente su trabajo y pidiendo cambios, Interagua se ha visto forzada a mejorar sus prestaciones”.¹⁹²

El Observatorio ha señalado que algunos de los ejemplos de estas mejoras son los mecanismos de respuesta a los reclamos, el aumento de las conexiones de agua en áreas pobres y la solución a problemas inmediatos a nivel comunitario. Por ejemplo, después del brote de hepatitis y la difusión en medios de comunicación, Interagua dobló temporalmente sus análisis del agua en el área para detectar cualquier futura irregularidad.¹⁹³ Sin embargo estas situaciones no son las expectativas que desde el Observatorio de Servicios Públicos de Agua en Guayaquil anhelaban, por ejemplo, los problemas de fondo se han mantenido, y al formularle interrogantes al señor César Cárdenas, quien preside dicha organización ha señalado lo siguiente.

¹⁹¹ *Ibíd.*

¹⁹² Observatorio ciudadano de Servicios Públicos en Guayaquil, MI COMETA, Mi Cometa, una organización comunitaria de base, movilizó docenas de grupos para formar el Observatorio Ciudadano de Servicios Públicos de Guayaquil (OCSP). La finalidad de la iniciativa es mejorar la provisión de servicios de agua potable y alcantarillado por parte de la compañía privada Interagua y su regulador público Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil (ECAPAG)<http://www.grupofaro.org/vozsocial/pdf/CasoEcuadorOCSPG.pdf>, 26 de octubre de 2017. 11.

¹⁹³ *Ibíd.*, 11.

¿Durante los 16 años de concesión del servicio público de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil; entre ECAPAG e INTERAGUA ha sido notorio el incremento del servicio a los sectores populares? La respuesta del señor Cárdenas señala: “En cuanto a conexiones de agua si, en el 2001 habían 51% de conexiones, ahora tienen el 85% de cobertura; la deuda de la empresa es en cuanto al alcantarillado sanitario que apenas tienen el 76% de cobertura y alcantarillado pluvial el 54%¹⁹⁴; Otro hecho que ha señalado es que: “el agua no es apta para el consumo humano, tienen 560 km de tubería de asbesto cemento que no ha sido reparada e ingresan contaminantes a las tuberías, especialmente cuando hay flujos de marea.¹⁹⁵

Dentro de la renegociación del contrato de concesión de servicios públicos de agua potable para la ciudad de Guayaquil, efectuado entre el MIDUVI y ECAPAG, cree que se lograron acuerdos para los intereses de los usuarios? Fue enfático en señalar: “de ninguna manera, la tarifa social del agua de diez centavos solamente se han beneficiado cerca de 4.000 usuarios, pues los parámetros son de difícil acceso. Como tener una casa que no tenga ningún tipo de servicio y debe ser menos a 48 metros cuadrados”.¹⁹⁶

Considera que en el contrato de servicios públicos de agua potable para la ciudad de Guayaquil, han existido “intereses financieros y políticos”¹⁹⁷; y, que los usuarios no tienen “ninguna” participación en los Directorios de la EMAPAG.¹⁹⁸

Con respecto a la privatización de servicio público de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil y manifiesta que si existen alternativas, y que debe ser asumida por EMAPAG, pues todos los técnicos y la infraestructura son nacionales y se han construido con inversión de los ecuatorianos.

Dentro de las alternativas plantea 1.- El manejo del agua como un derecho humano y un servicio público que debe ser sin fines de lucro. 2.- Debe ser operado directamente por EMAPAG. 3.- En el Directorio de EMAPAG debe haber un representante de los usuarios, elegido democráticamente por los mismos usuarios.

¿Qué alternativas podrían plantearse a futuro para obviar la concesión del servicio público de agua potable y saneamiento en la ciudad de Guayaquil? Las inversiones y el manejo del servicio deben ser públicas y operadas directamente por

¹⁹⁴ Entrevista concedida y preguntas efectuadas al señor César Cárdenas Ramírez, Director del Observatorio Ciudadano de Servicios Públicos de Guayaquil, 21 de diciembre de 2017.

¹⁹⁵ *Ibíd.*

¹⁹⁶ *Ibíd.*

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ *Ibíd.*

EMAPAG (empresa municipal de agua potable y alcantarillado de Guayaquil, antes se llamaba ECAPAG).¹⁹⁹

En el contexto general, debe tenerse en cuenta que el ciudadano-usuario, ha sido vulnerado, con respecto a la concesión del servicio público de agua potable en Guayaquil, el artículo 52 de la Constitución de la República señala que las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La doctrina respecto a la protección del administrado señala el derecho puede verse menoscabado en dos formas principales: “en primer lugar, si habiéndose creado y organizado un servicio público, éste no es puesto en funcionamiento; en segundo lugar, si estando en funcionamiento el servicio, al administrado no se le da acceso al mismo, a efectos de que reciba la prestación correspondiente”.²⁰⁰

En el presente caso han existido restricciones a los usuarios, en el servicio público cuando ha sido manejado por los particulares; y, en este punto es necesario advertir que existen casos exitosos de empresas públicas como el caso de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, EPMAPS, “que sirve a 2.347.125 usuarios ciudadanos, que representan casi el 99% de cobertura del DM de Quito, y de casi el 100% en Quito (ciudad)”,²⁰¹ además que cuenta desde 2001 con certificación ISO 9001, lo cual avala su compromiso con la gestión de calidad y adicionalmente cuenta con un laboratorio especializado de control de la calidad de agua, acreditada desde 2008, ISO 17025 (renovada en 2013)²⁰² de la misma manera cuenta con “otros reconocimientos de la Empresa desde 2012 es la certificación ISO 14001, la cual se relaciona con la correcta gestión para el control de las emisiones ambientales al interior de la Institución, misma que fue otorgada por Boureau Veritas del Ecuador”,²⁰³ los datos que han sido citados por Andrés Martínez solo por asemejar un caso, de la Empresa Pública que presta el servicio para el Distrito Metropolitano de Quito, demuestra que es factible el manejo exitoso de la prestación del servicio de agua potable y saneamiento por parte del Estado, en el nivel de gobierno que tiene esta competencia,

¹⁹⁹ *Ibíd.*

²⁰⁰ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 158.

²⁰¹ Andrés Martínez Moscoso. *El servicio público de agua potable, un análisis desde la Ciencia Política y el Derecho Público*, 197, 198.

²⁰² *Ibíd.*, 204, 205.

²⁰³ *Ibíd.*

es decir, que en la casuística del presente capítulo bien se puede asumir directamente el servicio por parte de quien tiene esta competencia.

En este punto solo quiero referirme que de acuerdo a la investigación efectuada por Mohamed Larbi Bouguerra, señala que “se estima que es necesario disponer de 36 mil millones de dólares para lograr agua potable y saneamiento adecuado para toda la humanidad; o sea, una cifra que corresponde al 4% de los gasto militares y de armamento en el mundo”.²⁰⁴

Abastecer de agua a la humanidad depende de las prioridades que los hombres se planteen, de la importancia que los estados y los gobiernos materialicen la idea de mejorar las condiciones de vida en el planeta, en las regiones y en nuestro país.

Por ese motivo soy crítico frente al proceso de privatización del servicio público de agua potable, más aún, cuando la Constitución de la República de 2008 prohibió la privatización del agua, y declaró el derecho humano al agua como fundamental, en el caso analizado que fue concertado bajo un modelo neoliberal al amparo de un marco normativo que amparaba el proceso de privatización de este servicio público, sin embargo, en el proceso de renegociación no se avanzó en el fondo del asunto, sin querer señalar que sea una salida abrupta o irrupción del servicio, sino el reto que tenemos como sociedad para asumir la responsabilidad en el nivel de gobierno de compete, para que el servicio público de agua potable sea prestado por el Municipio, a través de la empresa pública debidamente constituida, porque como se ha señalado existen ejemplos exitosos de esta prestación de servicio como en el Distrito Metropolitano de Quito, lo cual debería ser considerado como un reto para que la normativa que proclama el derecho fundamental al agua y la prohibición de privatizar no sea estéril y retórico, sino que se cumpla el mandato constitucional y legal, salvaguardando el derecho que tienen los ciudadanos para que sus derechos no se vean vulnerados en nuestro país.

²⁰⁴ Mohamed Larbi Bouguerra. *Las batallas del agua: Por un bien común de la humanidad*, 233.

4.- Conclusión y recomendaciones

4.1. Conclusión general.

El agua es un derecho humano inherente a la vida y necesaria para la subsistencia de los seres humanos, en nuestra legislación se lo ha determinado como recurso público, la falta de acceso al agua potable dejan en un estado de vulnerabilidad y precariedad a las personas, estas circunstancias han sido las pautas para que el agua sea declarado como derecho fundamental en la Constitución de la República de 2008, la cual al ser positivizado en la norma constitucional y en la legislación ecuatoriana, demanda una reflexión para que este derecho fundamental no quede diezmado cuando el servicio público de agua potable pasa a ser prestado por un ente privado, como se ha demostrando en el desarrollo de esta investigación, cuando surgen intereses de grandes corporaciones que logran a través de todos los mecanismos económicos y políticos llevar adelante procesos de privatización del servicio de agua potable.

En la Constitución de la República de 2008 se establece la prohibición de la privatización del agua, sin embargo, en el caso analizado de la concesionaria Interagua de la ciudad de Guayaquil queda claro que la prestación del servicio público de agua potable sigue siendo prestada por una concesionaria cuyo manejo es de orden privado y consecuentemente, el ciudadano no tiene ningún grado de participación, ni en el ente de control o regulador que es parte del Estado, peor aún en la entidad concesionaria, de esta manera se ha bloqueado cualquier forma de participación en la gestión del agua lo cual deja en estado de indefensión y vulneración al derecho fundamental al agua para los ciudadanos.

En el Estado Plurinacional de Bolivia, posterior al proceso de privatización del agua en Cochabamba y El Alto, se establecieron varias situaciones que reivindican situaciones de orden social, económico y político, en el cual queda de manifiesto lo que Boaventura de Sousa denomina la contrahegemonía versus el neoliberalismo, en primer lugar, incluir una norma constitucional que declare el derecho fundamental al agua; la segunda no dar lugar a las concesiones y prohibir la privatización del agua; y, la tercera prohibir el sometimiento a la jurisdicción internacional en caso de conflictos entre la administración pública y los entes concesionarios.

En nuestro país se aprobó la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, en la cual en ninguna parte se tomó en cuenta la desprivatización y las normas constitucionales han quedado simples enunciados; adicionalmente se realizó renegociación superflua de un contrato de concesión de servicio de agua potable y alcantarillado de la ciudad de Guayaquil en la cual queda en entredicho el derecho fundamental proclamado e ileso los intereses particulares del concesionario.

Por otra parte, el ente que tiene competencia para asumir la prestación del servicio público de agua potable, tiene la obligación de asumir las competencias otorgadas por mandato constitucional y legal, porque como lo ha manifestado el Observatorio de Servicios Públicos de Guayaquil, la ECAPAG cuenta con el personal técnicamente calificado y la infraestructura necesaria para asumir esta competencia, adicionalmente, en el Ecuador existen casos de empresas públicas exitosas, solo para ejemplificar citaré a la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, EPMAPS EP., cuyos parámetros de cobertura demuestran un alto grado de satisfacción a los usuarios y eficiencia lo cual podría proponerse en dicho modelo de gestión para que asuma el nivel de gobierno competente, actualmente EMAPAG EP.

4.2. Conclusiones específicas y recomendaciones

1.- El agua como recurso ha sido apetecido por grandes grupos de poder, en la presente investigación se demuestra que existen disputas que no han sido superadas y que más bien han evidenciado brechas, de quienes pretenden tener la propiedad, el manejo y el control del agua para usufructuar del líquido vital.

2.- Las reclamaciones que se han realizado en el contexto de la comunidad internacional han hecho posible que se logre definir una tendencia cuyo enfoque ha pretendido declarar al agua como derecho fundamental, y que el agua potable llegue a los habitantes del planeta; sin embargo, a pesar de estar positivizado en instrumentos internacionales, en pocos países, entre ellos el Ecuador ha incorporado en sus constituciones esta garantía como derecho fundamental. Las Naciones Unidas han reconocido el derecho humano el cual debe traducirse en el acceso a agua potable óptima para el consumo humano.

3.- Las grandes corporaciones a nivel internacional como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo, fueron quienes diseñaron la estrategia para reformar la legislación interna en el Ecuador, La Ley de

Modernización y Privatización del Estado, Privatizaciones y Prestaciones de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, de 1993; e incluso sus propuestas encaminadas a la privatización de los recursos del Estado fueron plasmadas de manera muy explícita en la Constitución Política del Ecuador de 1998; es ahí donde tiene su génesis el Contrato de Concesión celebrado el día 11 de abril del 2001, entre la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil (ECAPAG), e International Water Services (Guayaquil) INTERAGUA C. Ltda.

El mismo tratamiento, estuvo presente y se lo ejemplifica en Cochabamba-Bolivia, en cuyo caso tuvieron que afrontar demandas internacionales de las grandes corporaciones en contra del Estado Plurinacional Boliviano; lo cual generó que se incluya en la Constitución de conllevó a incluir una norma constitucional que declara al agua como un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. Y se incluyó que estos recursos no podrán ser objeto de apropiaciones privadas y tanto ellos como sus servicios no serán concesionados y están sujetos a un régimen de licencias, registros y autorizaciones conforme a ley.

4.- En la Constitución de la República del Ecuador de 2008, se declara como derecho fundamental al agua; pero esto no debe quedar en la simple retórica cuyo cumplimiento por parte del Estado debe garantizarse a los ciudadanos para elevar el nivel de vida, lo cual no debe restringir los derechos de los ciudadanos; de igual forma prohíbe que el agua sea privatizada, lo que se contrasta con el Contrato de Concesión celebrado el día 11 de abril del 2001, entre la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil (ECAPAG), e International Water Services (Guayaquil) INTERAGUA C. Ltda., en Washington, cuyo beneficiario en este caso es el ente concesionario usufructuando por el servicio que presta.

5.- Como consecuencia de la aprobación de la Constitución de la República de 2008, el Estado Ecuatoriano, a través de los órganos competentes delegados como el MIDUVI, la ECAPAG y las recomendaciones efectuadas por parte de la Contraloría General del Estado se procedió a renegociar el contrato de concesión de servicios de agua potable y saneamiento para la ciudad de Guayaquil, suscrito el 11 de abril del 2001; dentro de lo cual llama la atención dos aspectos fundamentales; en el caso respecto a la renegociación de la cláusula décimo sexta: solución de controversias entre las partes contratantes; y específicamente la 16.2.2 Arbitraje, que se someten a las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, Francia, vigentes

en la época de la controversia, sometiéndose a las normas del reglamento de la Cámara de Comercio Internacional; el arbitraje deberá ser conducido en idioma castellano y será llevado a cabo en Miami, Estados Unidos de Norteamérica.

Bajo el criterio de la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República del Ecuador, esta cláusula quedó intacta, pese a estar vigente la disposición del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador que expresamente lo prohíbe.

De igual manera el plazo del contrato de 30 años, perdura, sin que se considere la prohibición expresa de privatización del agua y los sectores estratégicos; a ello se debe señalar que la autorización concedida a Interagua le da la opción de continuar prestando el servicio, sin que el ente regulador en este caso ECAPAG.

6.- De acuerdo a lo que determina la Segunda Disposición Derogatoria del Código Orgánico Administrativo, se deroga expresamente Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial No. 349, de 31 de diciembre de 1993; sin embargo, quedan vigentes normas que posibilitan que las áreas estratégicas de la economía, en la cual está el recurso hídrico, tenga opción de ser delegado al sector privado, lo cual desdice las posiciones de orden político en el aspecto que se ha prohibido la privatización de este recurso.

7.- El ente regulador en el caso de Guayaquil, no ha dado oportunidad que los ciudadanos tengan opción de participación en sus directorios y definición de políticas, lo cual coarta el derecho de participación en la prestación del servicio público de agua potable y se pueda tener opciones de replantear una prestación de servicio que no monopolice a un ente privado que vaya usufructuando el recurso hídrico.

8.- En el caso de los países donde se logró reivindicar la privatización del agua, existió una modificación en la gestión del servicio público, en la cual tuvo participación un sector importante de la ciudadanía, el caso de Bolivia, El Alto y Cochabamba son modelos que se pueden aplicar en la gestión del servicio público de agua potable y saneamiento.

9.- Los discursos de los privatizadores a inicios de la década de los ochenta han quedado en obsoleto, los fracasos de los manejos llevados a cabo no han sido la panacea, lo cual se contrata con la declaratoria de la garantía del acceso al agua como un derecho fundamental, debe hacer reflexionar que dicho recurso debe tener esa

prioridad esencial para los ciudadanos, sin que los cacicazgos políticos e injerencias económicas definan la aplicación de este derecho fundamental.

10.- Debe enmarcarse en el reto político de que el derecho fundamental al agua sea una realidad, en la cual existan las condiciones para los seres humano, por ejemplo en la investigación se citó que con 36 mil millones de dólares se lograría dotar de agua potable y saneamiento adecuado para toda la humanidad; o sea, una cifra que corresponde al 4% de los gastos militares, el cual si se hace una reflexión de fondo, alivianar a quienes padecen la escases del líquido vital se cumplirían los objetivos propuesto desde los organismos internacionales para elevar la calidad de vida y encaminar el desarrollo de los pueblos.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto y Esperanza Martínez. *El agua un derecho humano fundamental*, Quito: Abya-Yala, 2010.
- Arellano, Fernando *Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo*, PIDHDD, Ecuador: Abya-Yala, 2005.
- Arrojo, Pedro. *El reto ético de la nueva cultura del agua, funciones, valores y derechos en juego*, Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 2006.
- B.M. Saunier, SAFAGE. *El sector privado y la formación de capacidades en la gestión de las empresas de abastecimiento de agua*, Actas del simposio del PNUD celebrado en Delf, Países Bajos, 3 a 5 de junio de 1991, (Instituto Internacional de Infraestructura Ingeniería Ambiental e Hidráulica Delf, Países Bajos, Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo Nueva York, NY, Estados Unidos 143, 151, 153. Ed. G.J. Alearts, T.L. Blair, F.J.A. Hartvelt (IHE, DELFT).
- Ball, Philip. *H2O: Una biografía del agua*, México D.F. Fondo de Cultura Económica, 2010.
- Bel i Queralt, Germa, Estruch Alejandro. *Fundamentos de regulación y competencia (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas) Liberalización, privatización, desregulación*, (Director Alberto Ruiz Ojeda) Madrid: Iustel, 2013.
- Bermejo, José. Director y Miguel Ángel Bernal Blay, Coordinador, *Diccionario de Contratación Pública*, en adelante Diccionario de Contratación Pública, Madrid: IUSTEL, 2008.
- Berzosa, Alonso. *Logros y limitaciones del Estado de bienestar, administración y servicios públicos: ¿reforma o privatización?* Madrid: Izquierda Unidad, 1993.
- Boaventura de Sousa Santos. *La globalización del Derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, UNIBLOS, 1998.
- Boaventura de Sousa Santos. *Más allá de la gobernanza neoliberal: el Foro Social Mundial como legalidad y política cosmopolita subalternas*, El derecho y la globalización desde abajo, (México: Anthropos, 2007)

- Bolivia. *Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* [Aprobada en referéndum de 25 de enero de 2009 y promulgada el 7 de febrero de 2009], Título II, Medio ambiente, recursos naturales, tierra y territorio, Capítulo Quinto, “Recursos Hídricos”, ([La Paz-Bolivia] U.P.S. Editorial s.r.l.
- Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*, Tomo II, HZ, 4ta. Ed. México D.F.: Fondo de Cultura de México, 2012.
- Carrión, Fernando. Interrogatorio a la descentralización latinoamericana: 25 años después, *La Descentralización en el Ecuador: opciones comparadas*, comp, Fernando Carrión, Quito: Flacso, 2007.
- Crus, Juan, Aranguren, Alli. *La privatización de los servicios públicos como efecto de la globalización*, Juan Cuétara Martínez, Coor.; Derecho Administrativo y Regulación Económica, Madrid: La Ley, 2011.
- Delgado, Diego. *Autonomías en América Latina: Codicia de multinacionales y embrión de guerras civiles*, Escuela de Educación Popular Antonio José de Sucre, Cuenca: 2007.
- Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, 2001, Madrid: ESPASA, 2001.
- Dromi, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina: Editorial de Ciencia y Cultura, 1998.
- Dromi, José Roberto. *Reforma del Estado y Privatizaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1991.
- Embrid, Antonio. El Derecho al Agua, *El derecho humano al agua en el marco de las evoluciones del derecho de aguas*, Navarra: Aranzadi. 2006.
- García Mary, Cárdenas, César. Comisión para la Auditoría Integral del Crédito Público, *BM y BID por la privatización del agua*, diciembre, 2008.
- García, Aniza. *El derecho humano al agua*, Madrid: Trotta, 2008.
- Gui, Tomás. Comentarios de Jurisprudencia Constitucional 2001-2006, Tomo V, Barcelona: Bosch, 2006.
- Gutiérrez, Rodrigo. *El derecho fundamental al agua*, Teoría de los servicios públicos, y otros, Perú: Grijley, 2009.
- Hernández, José. “Los servicios públicos en la Constitución Política”, Compi. Marco Antonio Velilla, *Los Servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión del Estado*, Bogotá: Complexus, 2005.

- Hofer, María. *La Contaminación de las Aguas desde la óptica del Derecho*, tomo 2, Buenos Aires: Ediciones del País, 2009, 13.
- Jarach, Dino. Finanzas Públicas, *Esbozo de una teoría general*, Buenos Aires: CANGALLO, 1978.
- Joiner, Emily. *Agüita Amarilla: una mirada crítica y propositiva a la privatización del agua y alcantarillado de Guayaquil*. Observatorio de Servicios Públicos y el movimiento Mi Cometa, segunda edición: Guayaquil, 2007.
- Larbi, Bouguerra. *Las batallas del agua: Por un bien común de la humanidad* Madrid: Editorial Popular, 2005.
- León, Efraín. Edit. En Defensa del Agua, Colectivo de solidaridad con la lucha del pueblo Boliviano, *Guerra del Agua en Bolivia ¡El agua es nuestra, carajo!* México: Editorial Itaca, 2006.
- Luigi, Ferrajoli. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edit. Antonio de Cabo, Madrid: Trotta, 2001.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo II*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.
- Martínez Moscoso, Andrés. *El servicio público de agua potable, un análisis desde la Ciencia Política y el Derecho Público*, Cuenca. Universidad de Cuenca, 2017.
- Martínez, Diego. *Compilador Informe: Estado del agua en América Latina y el Caribe* “s.l” Ediciones Antropos, 2016.
- Mireya, Castillo. *El Derecho Humano al agua en el derecho internacional: aspectos generales*, El Derecho al Agua Antonio Embrid Irujo, Dir, Navarra: Edit. Aranzadi, 2006.
- Montaña, Alberto. *El servicio público en el derecho administrativo*, Bogotá: Universidad de Externado Colombia, 2002.
- Muñoz, Soledad y Artiñano, Pablo, *La Conservación de los espacios naturales, estrategias urbanísticas*, 1 ed. Móstoles-Madrid: LA LEY-ACTUALIDAD, 2002.
- Prieto, Prieto. *Derechos de la naturaleza, Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Quito: CEDEC, 2013.
- Rodríguez-Arana, Jaime. *Aproximación al derecho administrativo constitucional*, México D.F.: Editorial Liber Iuris Novum S. de R. L. de C.V., 2011.

- Salinas, Sergio Alcega. *El derecho al agua como derecho humano: Contenido normativo y obligaciones de los Estados*”, en Antonio Embid, Director, *El derecho al Agua, El Derecho al agua en el marco de la evolución del derecho de aguas*: Navarra: Aranzadi, 2006.
- Sarmiento, Jorge. *Concesión de Servicios Públicos*, Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 1999.
- Sayagues, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo I*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 8ª. Ed., 2002.
- Shiva, Vandana. *Las guerras del agua, privatización, contaminación y lucro* (México D.F.: siglo veintiuno editores, s.a. de c.v., 2003.
- Stiglitz, Joseph E. *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, 1ed. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2012.
- Vandana, Shiva. *Las guerras del agua, privatización, contaminación y lucro*, México D.F.: siglo veintiuno editores, s.a. de c.v., 2003.
- Vera, Ramón. *Edito, Voces del agua*, Cecilia Chérrez. Acción Ecológica, Ecuador. México DF: Itaca, 2006.
- Villegas, Héctor. *Manual de Finanzas Públicas, la economía jurídicamente regulada del sector público en el mundo globalizado*, Buenos Aires: Depalma.
- Younes, Diego. *Curso de derecho administrativo*, 8ª. ed. Bogotá: Temis, 2007.
- Zary, Julio. *El Agua y Quito*, El Conejo, 2010.

BIBLIOGRAFÍA DIGITAL

- Acta de Acuerdo entre la empresa cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil ECAPAG, International wáter services (Guayaquil) Interagua C.Ltda., y el ministerio de Desarrollo Urbano y vivienda, protocolizado ante la Notaría Trigésima del Cantón Guayaquil, a los 19 días del mes de abril de 2010, documento suscrito Ing. José Luis Santos García, Gerente General de ECPAPAG, Ing. Oscar García Poveda, Apoderado de la Gerencia General Interagua C. Ltda., Ing. Walter Solis Valarezo, Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda, como testigo de honor , 3, en lo posterior Acta de Acuerdo entre la empresa cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil ECAPAG e Interagua. < https://www.interagua.com.ec/sites/default/files/portal-de-transparencia/contrato_de_concesion.pdf, >, Consultado 2 de octubre de 2017.
- Buitrón, Ricardo. *Derecho Humano al agua en el Ecuador, ¿Estado constitucional de Derecho? Informe sobre los derechos humanos*, Ecuador 2009, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Programa Andino de Derechos Humanos, PADH, (Quito: AbyaYala, 2009), 148. URI: <http://hdl.handle.net/10644/938>.
- Castillo, Mireya Daudi. *El Derecho Humano al agua en el derecho internacional: aspectos generales*, El Derecho al Agua Antonio Embrid Irujo, Dir, (Navarra: Edit. Aranzadi, 2006) 57, publicado en http://www.who.int/docstore/water_sanitation_health/Globalassessment/GlobaltTOC.htm.
- Contrato de Concesión de Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento de la Ciudad de Guayaquil suscrito entre Ecapag con Internacional water services (Guayaquil) Interagua C. Ltda., en adelante Contrato de Concesión entre Ecapag e Interagua < https://www.interagua.com.ec/sites/default/files/portal-de-transparencia/contrato_de_concesion.pdf, >, Consultado 2 de octubre de 2017.
- El agua el recurso natural máspreciado*, <https://elblogverde.com/el-agua-como-recurso-natural/> consultado el 10 de diciembre de 2017.
- El Centro para la democracia, caso Bechtel vs. Bolivia. Detalles del caso y de la campaña, <https://democracyctr.org/es/archivo/la-guerra-del-agua/bechtel-vs-bolivia-detalles-del-caso-y-de-la-campana/> 9 de Agosto de 2017 de 2017.
- El derecho humano al agua y al saneamiento , Decenio Internacional para la “Acción Internacional para la Acción “El Agua fuente de vida” 2005-

2015,http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml
17 de agosto de 2017.

Estrena, Rafael. Curso de Derecho Administrativo, 12 va. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

Filosofía del Buen Vivir, <http://filosofiadeldbuenvivir.com/buen-vivir/>, 20 de diciembre de 2017.

Gaceta Oficial No. 46, Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil, administración del señor ab. Jaime Nebot, Alcalde de Guayaquil, de 5 de diciembre de 2012, Reforma a la Ordenanza de constitución de la “Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil. EP”, <http://www.guayaquil.gob.ec/Gacetas/Gacetas%2041%20a%20la%2060/Gaceta%2046.pdf>, consultado el 31 de octubre de 2017.

La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios
http://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc5/despues3.pdf

Naciones Unidas, Resolución adoptada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010, sesión 108.
http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml 7 de agosto de 2017.

Observatorio ciudadano de Servicios Públicos en Guayaquil, MI COMETA, Mi Cometa, una organización comunitaria de base, movilizó docenas de grupos para formar el Observatorio Ciudadano de Servicios Públicos de Guayaquil (OCSP). La finalidad de la iniciativa es mejorar la provisión de servicios de agua potable y alcantarillado por parte de la compañía privada Interagua y su regulador público Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil (ECAPAG) <http://www.grupofaro.org/vozsocial/pdf/CasoEcuadorOCSPG.pdf>, Consultado 26 de octubre de 2017. 11.

Organización Mundial de la Salud, <http://www.who.int/topics/sanitation/es/>, 21 de diciembre de 2017.