



Comercio y Competencia

Dificultades para impulsar la inversión pública

Por Javier Illescas

En jerga de cuentas nacionales, la Formación Bruta de Capital Fijo se refiere a los bienes y servicios comprados por los productores de duración mayor a un año y que son usados para la producción de otros bienes y servicios. Su importancia radica en que es una variable que determina la capacidad productiva a futuro del país, pues incluye las compras de equipo y construcción de instalaciones físicas que eventualmente le permitirán enfrentar los desafíos del crecimiento económico, generar economías de escala y alcance, entre otros.

La formación de capital privada y pública se ha resentido en los últimos años y por lo tanto el crecimiento y el producto potencial. Como se sabe, sobre ello han influido factores externos e internos. Del lado externo, los factores que más han influido en la menor inversión han sido la guerra comercial entre Estados Unidos y China y la desaceleración de la actividad económica en este último país; mientras que, internamente lo más saltante han sido los escándalos políticos, sobre todo aquellos vinculados al caso Lava Jato, involucrando a personalidades del ambiente político y empresarial.

Frente a una inversión privada disminuida, la expectativa ha estado puesta sobre la inversión pública. Sin embargo, tal como en años anteriores, la ejecución de inversión pública no avanzó como se esperaba. Al término del 2019 habría llegado a ser solo 66.2% del Presupuesto Inicial Modificado (65.4% el 2018 y 67% el 2017). Al respecto, hay dos obstáculos que dificultarían la realización de estas expectativas. En primer lugar, la ejecución de la inversión pública enfrenta deficiencias estructurales. Si antes ya había problemas en los tres niveles de gobierno para proponer, diseñar, formular y ejecutar proyectos de manera eficiente, los escándalos de corrupción en los proyectos públicos han magnificado estos problemas por las siguientes razones: a) hay más cuidado y demora en sacar un proyecto por el temor de los funcionarios de verse luego cuestionados por la Contraloría General de la República, procuraduría o alguna fiscalía; b) ha disminuido aún más el interés de profesionales en ser parte del funcionariado público y por lo tanto los equipos de técnicos tienen dificultades en ser reforzados o consolidados, y c) en el caso de entidades subnacionales, aún falta mayor fiscalización y purga de malos funcionarios.

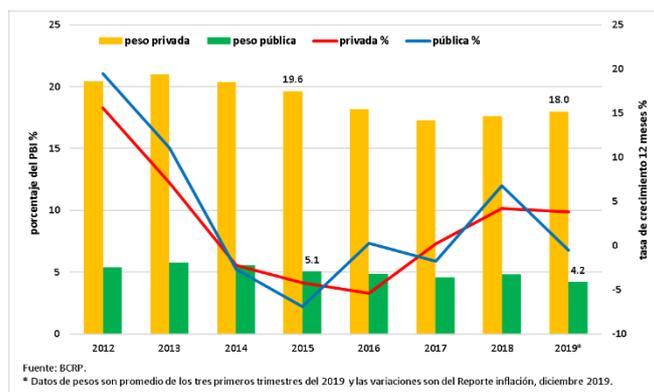
La identificación de deficiencias estructurales en la ejecución de gasto público no es nueva, pues ellas han sido investigadas, por ejemplo, por Loayza, Rigolini y Calvo (2011) del Banco Mundial sobre la base de información estadística amplia de municipalidades peruanas. La siguiente cita señala que entre las restricciones más importantes relacionadas a la baja tasa de ejecución están el tamaño del presupuesto y las capacidades locales:

“El documento analiza los principales factores que afectan la capacidad de los municipios para ejecutar el presupuesto asignado utilizando metodologías complementarias” ... “De acuerdo con la literatura existente y el contexto peruano, el análisis divide estos factores en cuatro categorías: el tamaño del presupuesto y el proceso de asignación; la capacidad local; las necesidades locales; y las limitaciones de la economía política. Aunque los cuatro factores afectan la descentralización, el mayor determinante de la capacidad de gasto es la idoneidad del presupuesto con respecto a la capacidad local.”¹
(subrayado propio)

Estas conclusiones configuran un doble problema. De un lado, no se trata solamente de ejecutar lo mayor posible del presupuesto asignado, sino que la ejecución del gasto sea eficiente – i.e. logrando que el proyecto cumpla sus fines sin desperdicio de recursos y sin corrupción –, lo cual requiere de equipos técnicos capaces y honestos.

En segundo lugar, las posibilidades de la inversión pública para impulsar el crecimiento son en sí limitadas. A partir del gráfico sobre el desempeño de la inversión pública y privada – como proporción del PBI y en tasa de crecimiento mensual anualizada – se aprecia que el peso de la inversión pública respecto al PBI es alrededor de un cuarto del que ostenta la inversión privada. Así, mientras en 2015 el peso de la inversión privada fue 19.6% del PBI, la pública fue 5.1%. Cuatro años después en 2019, mientras la privada habría sido de 18.0%, la pública habría llegado a 4.2%². Esto significa que, además de las dificultades estructurales de ejecución de inversión pública antes mencionadas, su efecto multiplicador sería menor respecto al de la inversión privada.

Gráfico N° 1: Desempeño de la inversión privada y pública



Una manera reciente de impulsar la inversión pública ha sido que, entre los más de 45 decretos de urgencia publicados desde octubre del 2019, entre ellos figuran tres orientados a dicho tipo de inversión (DUs N° 004, 011 y 040), básicamente relacionados a modificaciones presupuestarias para acelerar el gasto de inversión pública (ver tabla). Si bien importantes, más allá de que son temporales, enfrentarán las deficiencias estructurales ya mencionadas.

Resolver los problemas de la capacidad de gestión del Estado en general, no pasa por tener la fortuna de contar con un buen ministro de economía y finanzas o un buen gabinete en algún momento, así como con presupuesto holgado. Se trata de una tarea de largo plazo en el que se consolide un servicio civil que premie la meritocracia y atraiga profesionales íntegros que conformen equipos solventes profesionalmente, con una línea de carrera clara y no se tenga que

¹ *More than You Can Handle, Decentralization and Spending Ability of Peruvian Municipalities.* Norman V. Loayza; Jamele Rigolini y Oscar Calvo-González. Policy Research Working Paper 5763, pág. 1. Banco Mundial.

² Cifras del 2019 preliminares extraídas del Reporte de inflación del BCRP de diciembre 2019.

recurrir como hoy a tanto cargo de confianza. En el caso particular de la inversión pública, la urgencia en crear mayor capacidad de absorción de recursos públicos es clara, dada la gran importancia de los proyectos para el desarrollo del país.

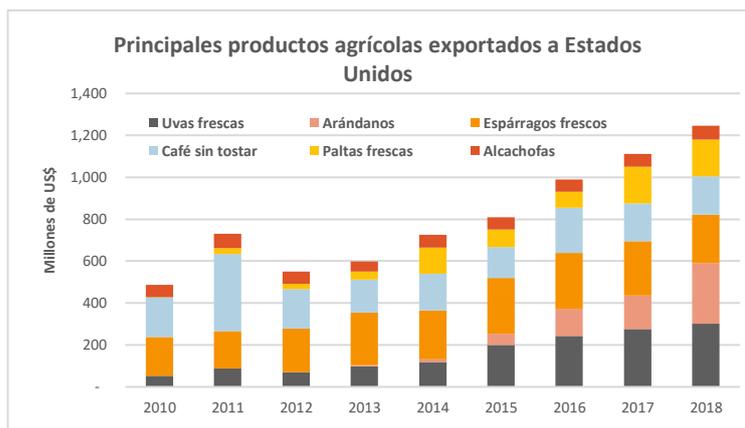
Decretos de Urgencia recientes de impulso de inversión pública

DECRETO DE URGENCIA N°	TÍTULO	PRINCIPALES DISPOSICIONES
004-2019	Medidas extraordinarias que contribuyan a estimular la economía a través del gasto público	<p>Incluye medidas las siguientes medidas:</p> <p>Vigente hasta el 30 de junio de 2020</p> <ul style="list-style-type: none"> Financiamiento de mantenimiento de locales escolares y mejora de las condiciones básicas de los servicios de agua, saneamiento y electricidad de la infraestructura educativa <p>Vigente hasta 31 de diciembre de 2019</p> <ul style="list-style-type: none"> Autorización de transferencias financieras al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento y al Ministerio de Agricultura y Riego; Anulación en gastos de inversión y la autorización para reorientación de recursos para el financiamiento de inversiones de los Gobiernos Regionales.
011-2019	Medidas extraordinarias que contribuyan a la ejecución de inversiones a través del gasto público	Entre otras disposiciones autoriza para el Año Fiscal 2020, al MEF realizar modificaciones presupuestarias en el nivel funcional programático con cargo a los recursos a los que se refiere el artículo 53° del Decreto Legislativo N° 1440, Ley del Sistema Nacional de Presupuesto Público, hasta por la suma de S/ 200 millones, a fin de financiar la implementación de un incentivo presupuestario orientado a promover el incremento de la capacidad de ejecución de inversiones de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales. Su vigencia es hasta el 31 de diciembre de 2020.
040-2019	Medidas extraordinarias para impulsar la ejecución de las intervenciones del plan integral de reconstrucción con cambios	Aprueba medidas extraordinarias para acelerar la ejecución de las intervenciones comprendidas en el Plan Integral de Reconstrucción con Cambios (PIRCC), fortaleciendo la participación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (ARCC).

Agroexportaciones a Estados Unidos registran crecimiento sostenido

Estados Unidos es el principal destino de las agroexportaciones peruanas (30% del total), habiendo alcanzado un valor de US\$ 2,087 millones en 2018, así como un crecimiento de 124% entre 2010 y 2018, gracias al aprovechamiento del acuerdo de promoción comercial (TLC Perú-USA) vigente desde febrero de 2009.

Los productos exportados en 2018 que registraron un mayor dinamismo en el mercado norteamericano correspondieron a uvas frescas (US\$ 302 millones), arándanos (US\$ 288 millones), espárragos frescos (US\$ 232 millones), café sin tostar (US\$ 182 millones), paltas frescas (US\$ 176 millones) y alcachofas (US\$ 65 millones) (ver gráfico), productos que en conjunto representaron el 63% de las agroexportaciones peruanas a Estados Unidos.



Cabe indicar que muchos de los productos agropecuarios que se exportan a este y otros mercados se han venido beneficiando de la Ley de Promoción Agraria, cuya vigencia se ha prorrogado hasta 2031 mediante Decreto de Urgencia N° 043-2019 de diciembre del año pasado, aun cuando también se ha introducido una reducción de los incentivos laborales y de seguridad social (en este último de manera progresiva).

El Perú y el Acuerdo Plurilateral de Compras Estatales (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

Durante la primera década del nuevo siglo, sobre la base de criterios de eficiencia del gasto público, el Perú llevó a cabo la liberalización unilateral del mercado de compras estatales eliminando el premio de 20% a favor de postores nacionales en los procesos de contratación y el trato discriminatorio a favor de empresas nacionales en las licitaciones de obras públicas y concesiones. Actualmente, solo se mantiene la obligación legal de programar no menos del 40% de sus compras a micro y pequeñas empresas (MYPES), en aquellos bienes y servicios que éstas puedan suministrar.

De otra parte, en el ámbito de los tratados de libre comercio (TLC) suscritos por el Perú, en general se ha incluido sendos capítulos de compras estatales (dos excepciones son los TLC con China y Chile) en los que la liberalización se ha incluido bajo la forma de una lista positiva de entidades (hay compromiso de apertura solo para entidades públicas definidas); una lista negativa de bienes y servicios (hay compromiso de apertura para todos los bienes y servicios, excepto una lista reducida), y determinados umbrales de contratación por encima de los cuales se aplican las reglas no discriminatorias. Estas disposiciones se encuentran en los Anexos de Contratación Pública de los acuerdos negociados con partes como Estados Unidos, Unión Europea, Corea del Sur, entre otros.

Aun cuando la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento han tenido variaciones continuas en los últimos años, estas han sido sobre todo sobre aspectos procedimentales, manteniendo principios orientados a mantener un marco no discriminatorio, competitivo y transparente.

Teniendo este tipo de normativa, llama la atención que el Perú no se haya adherido al ACP, cuya última versión entró en vigor el 2014. Dicho acuerdo guarda gran consistencia con la legislación nacional e incluso su versión actual, dado que sus disposiciones se orientan a “*garantizar condiciones de competencia abiertas, equitativas y transparentes en la esfera de la contratación pública*”.³

El ACP incluye a 48 miembros plenos y 34 miembros observadores que participan en el Comité de Contratación Pública - que incluye a Brasil, Argentina y Chile—. De los observadores, 10 están en proceso de adhesión – grupo que incluye a China y la Federación Rusa pero no a los latinoamericanos mencionados -. Dadas las grandes coincidencias entre la política y normativa peruana en contratación pública con el ACP, el Perú debiera al menos ser parte del grupo observador.

Naturalmente, más allá de la visión conceptual aquí planteada, se requerirá de una evaluación más detallada para el logro de este objetivo. Ese es justamente el proceso que se inicia como país observador.

El significado de “inversión” en los arbitrajes CIADI

Por Jhans Panihuara

El Perú ha tenido un desempeño exitoso en los arbitrajes ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, “CIADI”). A la fecha, de los 14 casos concluidos en sede CIADI (con Perú como parte demanda), nuestro país ha obtenido un resultado favorable en 9, perdiendo 3 y acordando la “discontinuación” del arbitraje en otros 2 casos. Estos resultados son relevantes, en especial si se toma en cuenta que en el 47% de los casos decididos por los tribunales CIADI se le da la razón al demandante¹. En este contexto, determinar si un arbitraje puede someterse a la sede CIADI o no es de suma importancia. Para ello, definir qué se entiende por “inversión” es crucial, pues el artículo 25.1 de la Convención CIADI limita la jurisdicción del Centro a aquellas “*diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión*”. En esta línea, desarrollaremos el concepto de “inversión” y como ha ido evolucionando en la práctica CIADI.

Dado que la mayoría de arbitrajes CIADI tienen su origen en el consentimiento otorgado en un Tratado Bilateral de Inversión (en adelante, “TBI”)², un inversionista debe probar que

cuenta con una “inversión” bajo los términos tanto del TBI aplicable como de la Convención CIADI. Sin embargo, es necesario mencionar que el consentimiento para establecer jurisdicción del CIADI puede basarse en un

contrato de inversión entre el inversionista y el Estado receptor, la ley de inversiones del Estado receptor, un tratado de libre comercio, u otros tratados aplicables (ej. Tratado sobre la Carta de Energía). Así, la definición de inversión consta de dos etapas.

Análisis del concepto de inversión: Primera etapa

Primero, debe revisarse la definición de “inversión” en el TBI o Acuerdo aplicable. La mayoría de los TBIs distingue dos tipos de definiciones: la inversión *basada-en-activos* y la inversión *basada-en-empresa*.

La inversión *basada-en-activos* se caracteriza por ser muy amplia, pues abarca todos los activos del inversionista, tales como el capital, deudas, contratos, acciones, gravámenes e incluso promesas o licencias otorgadas por el Estado receptor de la inversión. Por otro lado, la inversión *basada-en-empresa* incluye los negocios o partes de un negocio, con el objetivo de abarcar únicamente a proyectos

³ Ver https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm

que han sido establecidos de acuerdo a ciertos procedimientos del Estado receptor³. La definición de inversión *basada-en-activos* es la más común en los TBI⁴.

Además, existen acuerdos internacionales que combinan ambas definiciones. Así, el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos señala que inversión “*significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo (...)*”, y además agrega que “*Las formas que puede adoptar una inversión incluyen: (a) una empresa; (b) acciones (...); (c) bonos (...)*” (artículo 10.28). En la práctica, tal como lo señala la *Office of the U.S. Trade Representative (USTR)*, con este tipo definiciones se protegen todas las formas de inversión⁵.

Análisis del concepto de inversión: Segunda etapa

La segunda etapa bajo el arbitraje CIADI es demostrar que la inversión en cuestión también califica como tal bajo la Convención CIADI. El problema en esta etapa es que esta Convención no define claramente qué se entiende por “inversión” (ver artículo 25.1), dejando este desarrollo a la práctica jurisprudencial. Mayoritariamente los tribunales CIADI han optado por un enfoque objetivo del término inversión, que exige cuatro elementos desarrollados en el caso *Salini v. Marruecos*: i) contribución del activo, ii) duración de la inversión, iii) riesgo, y iv) contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión⁶. A la fecha, el último de estos requisitos es el más controversial. Así, en el caso *Banco Deutsche vs. Sri Lanka*, el tribunal arbitral afirmó que el criterio de desarrollo económico ha sido

“*desacreditado*” y “*no ha sido adoptado recientemente por algún tribunal*”, pues es inviable debido a su naturaleza subjetiva. Además, el tribunal agrega que algunas transacciones califican “*indubitablemente*” como inversiones aun así no resulten en una significativa contribución al desarrollo económico del Estado receptor, tal como es el caso de Fusiones & Adquisiciones o proyectos de construcción fallidos. Así, el tribunal determinó que lo importante es “*el compromiso del inversionista*” y no si la inversión contribuye positivamente al desarrollo económico del Estado receptor⁷.

Por todo lo expuesto, la definición de inversión es un elemento clave en las controversias inversionista-Estado, y puede ser relevante para definir sobre qué base sustantiva accionar (TBI u otro instrumento aplicable) y ante qué sede arbitral recurrir, porque existen otras opciones como el arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que cuenta con reglas diferentes.

La solución de disputas Inversionista-Estado, con reglas específicamente negociadas para ello, es importante como garantía a la inversión, porque contribuye al ofrecimiento de un ambiente propicio para competir por esta.

1. CIADI. Carga de casos del CIADI – Estadísticas. Edición 2019-2. P. 14
2. A la fecha, el 60% de arbitrajes CIADI tienen como base de consentimiento un TBI. *Ibid.* P. 11.
3. Nadakavukaren, Krista. *International Investment Law. Text, cases and materials.* Second edition. Edward Elgar Publishing: 2016. P. 70-71.
4. *Ibid.*, P. 73.
5. Ver: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa>
6. CIADI. Caso *Salini Costruttori S.P.A e Italstrade S.P.A. vs. Reino de Marruecos.* Caso N° ARB/00/4. Decisión sobre jurisdicción. Párrafos 50 – 58.
7. CIADI. Caso *Banco Deutsche vs. República Democrática Social de Sri Lanka.* Caso N° ARB/09/02. Laudo arbitral. Párrafos 306 – 307.



Consultora Legal y Económica

Especializada en Comercio Internacional y
Defensa de la Competencia

Jirón Monterrey 405 oficina 704 Edificio Vistacorp – Chacarilla
Santiago de Surco - Lima

T: 511 691-7913

www.comercia.com.pe