

Inversiones Sociales en el Perú: El Caso de la Seguridad Social en Salud

Por: Ernesto Soto Chávez* **

I. Introducción

En nuestro país aun existen sectores que se encuentran fuertemente sujetos al paradigma de la gestión estatal y solo, lentamente, han empezado a incorporar recursos, conocimientos y la filosofía de la gestión privada. El sector salud, específicamente la seguridad social en salud (en adelante, "seguridad social") es uno de esos casos.

Es importante resaltarlo porque la salud ni siquiera tiene la condición de servicio público, nuestra Constitución Política diferencia ambas categoría jurídicas, sin embargo es una materia intensamente regulada, sobre la cual el Estado ejerce amplias potestades de dirección y reglamentación con el objetivo de garantizar el acceso de las personas a servicios de salud.

De hecho, el oportuno y efectivo otorgamiento de servicios de salud, como señala Rubio Correa, representa la esencia de la seguridad social¹ y es el fundamento que explica las características especiales del sistema de seguridad social en el Perú, entre ellos el carácter intangible de sus recursos, la autonomía del ente que lo administra, la constitución de fondos de contingencias, su exclusión de sistemas administrativos, entre otros.

Precisamente, el objetivo del presente trabajo es analizar la forma como dichas características inciden en los procesos de inversión privada en seguridad social. Con ese objetivo, en la primera parte se describe y analiza, brevemente, el proceso de reforma de la salud llevada a cabo a inicios de la década pasada, que derivó en nuestro actual sistema de salud. En seguida se evalúa las características esenciales de la seguridad social para, finalmente, vincularlas con la regulación de la inversión privada en el sector, identificando las contingencias que afectan la funcionalidad de la seguridad social.

Cabe precisar que este trabajo no se plantea como problema la posibilidad de que agentes privados puedan participar de la seguridad social (proveyendo

servicios de salud) mediante concesiones u otro tipo de títulos habilitantes. Se trata de un hecho que no está en discusión.

II. La salud como derecho fundamental

Los derechos fundamentales representan ámbitos de protección de la libertad y límites al poder del Estado. La propiedad, la libertad de empresa, la libertad de expresión, la libertad de conciencia, entre otros, son ejemplos típicos de estos derechos denominados individuales o de primera generación. Sin embargo, existen derechos fundamentales que, adicionalmente, fundamentan la acción del Estado para garantizar su goce efectivo. La salud, el trabajo, la educación, entre otros, son ejemplos de esos derechos denominados económicos y sociales o de segunda generación.

Entre los derechos económicos y sociales resalta el derecho a la salud. La salud es "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente debe ser entendido como la ausencia de afecciones o de enfermedad"² y que ""involucra entonces actividades de prevención, promoción y protección e implica un enfoque integral en donde se incluyen los entornos físico y social y los demás factores relacionados con la existencia"³.

El derecho a la salud resalta por su relación directa con el derecho a la vida en el sentido que la afectación de la salud puede devenir en la afectación de la vida. Por consiguiente, la protección del derecho a la salud conlleva también la protección de derecho a la vida. El Tribunal Constitucional, entendiendo esta relación, ha resaltado el deber del Estado de modernizar y mejorar las instituciones a cargo de la salud pública para, indirectamente, elevar la calidad de vida:

"El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación

* Dedicado a Aquila y Alicia.

** Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor adjunto de los cursos Derecho Administrativo 2 y Derechos de las Telecomunicaciones en la misma casa de estudios.

1 RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 2. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1999. p.112.

2 Definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Tomado de <http://www.paho.org/Spanish/AD/SDE/HS/hppDefinition.htm>. Última visita realizada el 29 de mayo de 2012.

3 *Ibidem*.

en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; *acciones que el Estado debe efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida. Ello comporta una inversión en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, así como la puesta en marcha de políticas, planes y programas en ese sentido.*⁴ (Énfasis agregado)

Por consiguiente, el derecho a la salud no solo comprende el acceso a servicios de salud, sino el acceso en las mejores condiciones de calidad posibles. Para lograrlo, el Estado debe modernizar y fortalecer instituciones como EsSalud o el Ministerio de Salud (en adelante, "MINSA"). El propio Tribunal Constitucional ha resaltado que "ahora el Estado está comprometido en invertir los recursos indispensables para desarrollar las tareas necesarias que le permitan cumplir con el encargo social de garantizar el derecho a la vida, la libertad, la seguridad y la propiedad privada"⁵. Estos fundamentos, actualmente, por ejemplo, sustentan las asociaciones público privadas en salud.

III. La reforma incompleta y la tarea pendiente

En el Perú, las reformas económicas de la década de los noventa incluyeron el sector salud. Los Lineamientos de Política en Salud⁶ establecieron que dicha reforma se sustentaría en la equidad, universalidad, solidaridad, calidad, eficacia y eficiencia. La reforma empezó creando un nuevo marco jurídico con la promulgación de la ley 26842, Ley General de Salud y la ley 2679, Ley de Modernización de la Seguridad Social, que establecieron un régimen paralelo de la salud: el régimen no contributivo de la Salud Pública y el régimen contributivo de Seguridad Social en Salud.

En este nuevo diseño, actualmente vigente, el régimen de Salud Pública está a cargo del MINSA y, aunque está destinado a la población en general; en la práctica se dirige a grupos de escasos recursos, como parte de una política de acceso universal⁷, que no accederían a servicios de salud de otro modo (mediante el Seguro Integral de Salud-SIS). Se trata de un régimen de subsidios que se financia con recursos públicos.

Por su parte, la Seguridad Social está a cargo de EsSalud y, complementado por las Entidades Prestadoras de Salud (en adelante, "EPS"), que son empresas autorizadas a brindar servicios de salud a cambio de un porcentaje de la contribución por seguridad social⁸. Se financia mediante un sistema de contribuciones en el cual todos los afiliados deben abonar por igual el 9 % de su remuneración mensual. En la práctica este sistema

permite la existencia de subsidios que van del grupo con riesgo de enfermedades bajo e ingresos altos hacia el grupo de riesgo de enfermedades alto e ingresos bajos, distorsionando, de alguna manera el sistema de contribuciones.

Dicha distorsión no se produciría de sustituirse el sistema de contribuciones por un sistema de seguros sujetos a reglas de mercado: como el costo del seguro depende del riesgo, cada grupo asume, íntegramente, su propio riesgo, eliminando cualquier subsidio. El único "inconveniente" de este sistema de seguros es que quiebra la lógica tradicional de la seguridad social, sustentada en el principio de solidaridad, que establece que esta se financie por contribuciones fijadas en función al ingreso y no al riesgo, permitiendo el subsidio de unos hacia otros. Probablemente, el alto costo político que significaría eliminar esta forma de "solidaridad" mantiene vigente el esquema de las contribuciones de la Seguridad Social.

Aunque nuestra reforma de la salud no implementó un sistema de seguros, buscó avanzar en el objetivo de introducir participación privada en el sector, básicamente, mediante la incorporación de las EPS, medida que significó otra visión de la seguridad social, hasta entonces a cargo de entidades estatales, al permitir que empresas privadas también puedan proveer servicios de seguridad social. Esta nueva configuración, además, en teoría permite que el proveedor público (EsSalud) compita con los proveedores privados (EPS) por sus servicios, propiciando el desarrollo de un mercado de salud en beneficio a las personas⁹. Algunos estudios, sin embargo, intentan explicar por qué no se llegó a consolidar una competencia efectiva entre estas entidades:

"Si bien en teoría los nuevos seguros de ESSALUD compiten con los planes previsionales del sector privado, esto no ocurre en la práctica, pues el público objetivo de una y otro son distintos. El seguro privado está diseñado para llegar casi exclusivamente a los segmentos socioeconómicos con mayor capacidad adquisitiva. Mientras que los planes del Ente Previsional están destinados a cubrir sectores de la población que antes no tenían acceso a los servicios previsionales."

Con todo, las EPS representan uno de los primeros intentos del Estado por reformar el sector incorporando mecanismos de libre mercado en la provisión de la seguridad social¹⁰.

Ahora bien, la reforma del sector propició cambios importantes en la seguridad social, pero beneficio poco al sistema de salud en general, pues lo fragmentó en

4 Sentencia recaída en el expediente No. 2945-2003-AA/TC.

5 *Idem*.

6 Lineamientos de Política en Salud 1995 – 2000.

7 "La finalidad del SIS es lograr la protección de las poblaciones que no cuentan con seguro de salud, sobre todo de aquellos grupos poblacionales vulnerables que se encuentran en condiciones de pobreza y pobreza extrema, en cumplimiento del sistema de aseguramiento universal de salud, orientado a resolver el problema de acceso que sufre la población". Informe No. 120. *Atención de Salud para los más pobres: El Seguro Integral de Salud*. Defensoría del Pueblo. Lima. 2007. p. 50.

8 Las EPS fueron tomados de la experiencia colombiano, cuya reforma del sistema de seguridad social buscaba implementar un sistema de seguros de salud sujeto a reglas de mercado.

9 CARBAJAL, Juan Carlos y FRANCKE, Pedro. *La Seguridad Social en Salud: Situación y Posibilidades*. Octubre. 2000. Tomado de <http://departamento.pucp.edu.pe/economia/images/documentos/DDD187.pdf>. Última visita realizada el 3 de julio de 2012.

10 Las actuales asociaciones públicas privadas en salud continúan ese sendero.

4 subsistemas (MINSa, EsSalud, sanidad de las Fuerzas Armadas y Policiales y el sector privado) que, aun hoy, actúan con descoordinación y aislamiento, lo cual, según las Bases para la Reforma de la Salud, explicaría por qué muchas personas no logran acceder a servicios de salud, pese a existir capacidad ociosa: como cada subsistema actúa considerando solo sus propios planes y políticas, muchas veces producen sobreoferta de infraestructura o servicios de poca o nula demanda para la sociedad¹¹.

El problema anterior se agrava si consideramos que cada subsistema mantiene una población cautiva y no se permite, por ejemplo, adscribirse libremente a un centro de atención primaria y cambiar a otro, después de cierto periodo, si se desea. Se plantea, entonces, permitir el intercambio de servicios de salud entre todos los subsistemas para que las personas puedan atenderse en la institución que prefieran independientemente de su filiación institucional, a cambio de un pago capitado. Una medida así, además, incentivaría que las instituciones a cargo, cuando menos, compitan por sus servicios, potenciando el desarrollo de un mercado de seguridad social¹².

Seguramente la próxima reforma del sector salud corregirá estas deficiencias (se propugna integrar el MINSa y EsSalud). Mientras tanto, la incorporación de recursos, conocimientos y la filosofía del sector privado en la gestión de seguridad social en particular y la salud pública general, mediante mecanismos como las asociaciones público privada u otros similares, es una importante respuesta a los problemas descritos.

IV. Características importantes de la seguridad social en salud

4.1. Intangibilidad de los recursos de la seguridad social en salud

La Constitución establece que los recursos de la seguridad social son intangibles¹³. Esto significa que tales recursos se utilizan, exclusivamente, para cumplir los objetivos que la ley señala. Dichos objetivos, según la ley 26790, incluyen la administración, producción, generación de infraestructura, otorgamiento de prestaciones, constitución de reservas técnicas y en inversiones o colocaciones necesarias para su rentabilidad¹⁴. En virtud de la intangibilidad, además, “ninguna autoridad puede disponer medidas cautelares ni de ejecución sobre los recursos de la seguridad social

en salud” y que estos “no pueden ser aplicados a fines distintos de su creación, y conforme a las disposiciones que autónomamente apruebe ESSALUD”¹⁵.

Asimismo, cuando el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la Ley, que autoriza a EsSalud a brindar servicios de salud no afiliados, resaltó que dicha norma no vulnera la Constitución pues los servicios a los cuales se refiere se financian con recursos de otras entidades, sin comprometer los de la seguridad social¹⁶, confirmando, indirectamente, que la intangibilidad garantiza que dichos recursos se destinen para los fines de la seguridad social, preestablecidos por ley.

4.2. Autonomía del ente que administra la seguridad social en salud

EsSalud es un organismo público descentralizado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción Social, que cuenta con autonomía técnica, administrativa, económica, financiera, presupuestal y contable¹⁷. Como se aprecia de esata definición, la autonomía del ente a cargo de la seguridad social es otra característica importante del sistema¹⁸.

El concepto jurídico de autonomía tiene varias acepciones. Fernández Vázquez¹⁹ lo define como la “facultad inherente a algunos entes públicos de organizarse jurídicamente, de darse derecho propio, el cual no sólo es reconocido como tal por el Estado sino que, además, es adoptado por éste para integrar su propio sistema jurídico y declararlo obligatorio como sus propios reglamentos y leyes”. En esta misma línea, el Tribunal Constitucional, citando a Ferrando Badía, señala que “la autonomía implica siempre competencias legislativas (...). La autonomía es, en efecto, libertad, facultad de promulgar normas, pero con coordinación necesaria, respecto de una colectividad más grande (...)”²⁰. Estas definiciones, sin embargo, hacen referencia específicamente al concepto de autonomía política que es un concepto vinculado a la descentralización, es decir, a la distribución del poder político²¹. En ese sentido, la autonomía (política) “conlleva la facultad de crear Derecho y no sólo de ejecutarlo”.

La autonomía de EsSalud, sin embargo, no se sustenta en la distribución del poder político; más bien se deriva del principio de Unidad de Gestión según el cual, explica Julio Grisolia, “la seguridad social debe

11 Un caso paradigmático en la ciudad de Iquitos, descrito en las Bases para la Reforma de la Salud, donde existe 9 hospitales entre EsSalud, MINSa, Fuerzas Armadas y Policiales para una demanda que no requiere tal nivel de infraestructura.

12 Cabe precisar que el intercambio de prestaciones puede ampliar la cobertura de los servicios de salud, pero no necesariamente aumenta la calidad de los mismos en las localidades donde existe un único proveedor. Para esos escenarios la estrategia debe ser diferente y se debe recurrir a medidas de fiscalización, como auditorías y/o certificaciones de calidad.

13 Los recursos que gozan de tal condición son los siguientes: (i) aportes o contribuciones de sus afiliados, (ii) reservas y el rendimiento de sus inversiones financieras, (iii) ingresos provenientes de la inversión de sus recursos, (iv) ingresos por los seguros de riesgos humanos y las prestaciones de salud a no asegurados; y (v) los demás que adquiera con arreglo a ley.

14 Artículo 8 de la ley 26790.

15 *Ibidem*.

16 Sentencia recaída en el expediente No. 005-99-AI/TC.

17 Artículo 1 de la ley 27056.

18 Dicha condición no está recogida en la Constitución, solo en norma con rango de ley, no en la Constitución, relegándose así a los vaivenes de la ley determinar la condición de autónomo de dicha entidad.

19 FERNANDEZ VAZQUEZ, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*. Astrea editores. Buenos Aires. 1981. p. 63.

20 Sentencia recaída en los expedientes acumulados No. 0020-2005-PI/TC 0021-2005-PI/TC. Sobre la base de esta autonomía el Tribunal Constitucional señala que es posible la coexistencia de sub sistemas normativos:

“(...) Se trata, por el contrario, de un Estado “unitario y descentralizado”, esto es, un Estado en el que la descentralización, al alcanzar una manifestación político-normativa, fundada en el principio constitucional de la autonomía, prevista en los artículos 191º y 194º de la Constitución, acepta la convivencia de sub-sistemas normativos (...).” Sentencia recaída en los expedientes acumulados No. 0020-2005-PI/TC 0021-2005-PI/TC.

21 Sentencia recaída en el expediente No. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005 PI/TC (acumulados). Fundamento 57.

ser regulada por una legislación única y organizada; y ejecutada por medio de una estructura financiera y administrativa única²². Su autonomía entonces deriva de la necesidad de contar con un marco jurídico *ad hoc* que regule la seguridad social, respetando sus particulares características y garantizando su adecuado funcionamiento.

Sobre dicho fundamento, el reglamento de la ley No. 27056, aprobado por Decreto Supremo No. 002-99-TR (en adelante, "Reglamento") define la autonomía como "el atributo de EsSalud reconocido legalmente en virtud del cual puede crear su propio ordenamiento jurídico en los aspectos técnico, administrativo económico-financiero, presupuestal y contable, en concordancia con la Constitución Política del Perú y la legislación aplicable". De esta definición resalta que la autonomía de EsSalud implica facultades reglamentarias, antes que legislativas. De hecho se señala expresamente que la autonomía se ejerce conforme a la Constitución y la ley.

Específicamente, la autonomía administrativa es la capacidad de EsSalud de gestionar y organizarse internamente, así como reglamentar sus propios servicios²³. A su vez, la autonomía presupuestal se refiere a la capacidad de la entidad de formular, aprobar, ejecutar, evaluar y controlar su propio presupuesto, con independencia de su organización matriz. Finalmente, la autonomía económica financiera garantiza la capacidad de EsSalud de recaudar, administrar, disponer sus ingresos e invertir sus recursos.

Cabe destacar que la Ley 28006 fortaleció la autonomía de EsSalud al excluirla de los sistemas administrativos que restringen el ejercicio de dicha autonomía, entre ellos el Sistema de Administración Financiera²⁴ asegurándose que su administración se realice dentro un marco jurídico autónomo, al margen de los sistemas administrativos de gestión ordinaria.

V. Inversiones en seguridad social en salud

5.1. Inversiones con recursos intangibles de la seguridad social en salud

La regulación sobre la inversión privada en seguridad social debe ayudar a conseguir el objetivo de mejorar la calidad de los servicios de salud (que indirectamente inciden en la calidad de vida). Para ello se debe tener presente que, actualmente, existe una creciente demanda de servicios de seguridad social generada por el aumento del número de asegurados que coincide con un creciente interés del sector privado en realizar obras de infraestructura y/o proveer servicios de salud (en adelante, "proyectos sociales").

Al respecto, la primera idea importante es que el carácter intangible de los recursos de la seguridad social no impide su uso en proyectos sociales²⁵. Es importante resaltarlo, porque en el marco de dichos proyectos es imprescindible que la entidad comprometa sus recursos intangibles en operaciones económicas financieras necesarias para financiarlos. Así por ejemplo puede utilizarlos en fideicomisos que garanticen el pago de concesionarios a cargo de proyectos de inversión sociales (por ejemplo, construcción y operación de redes hospitalarias) sin afectar la intangibilidad, toda vez que se realizan en el marco de "la administración, producción, generación de infraestructura, otorgamiento de prestaciones, en la constitución de reservas técnicas y en las inversiones o colocaciones que sean necesarias para su adecuada rentabilidad"²⁶, tal como lo exige la ley 26790.

En general, todos los actos que EsSalud realice con cargo a sus recursos intangibles serán plenamente válidos si se efectúan como parte de los objetivos descritos. En ese sentido, el Reglamento faculta a EsSalud a celebrar todo tipo de contratos permitidos por la legislación peruana²⁷, independientemente de su naturaleza privada o pública²⁸. Es importante resaltarlo, ya que como parte del financiamiento de grandes proyectos sociales es usual que la entidad celebre contratos de diversa índole, muchos de ellos poco conocidos fuera de dichos ámbito.

5.2. Inversiones en un marco jurídico autónomo

La segunda idea importante sobre las inversiones en seguridad social es que se realizan dentro de un marco jurídico que promueve las inversiones sociales. Dicha marco jurídico lo integran el Decreto Legislativo 1012, Ley de Asociaciones Público Privadas (en adelante, "Ley de APPs"), su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 146-2008-EF, el Acuerdo No. 50-16-ESSALUD-2010, Reglamento de Promoción y Gestión de Inversión en Obras de Infraestructura y Servicios de Salud (en adelante, "Reglamento de Inversiones"), entre otros.

En relación a la Ley de APPs, la Quinta Disposición Complementaria Final reconoce que EsSalud, en el marco de la autonomía que la ley le confiere, puede promover, tramitar y suscribir contratos de asociación público privada (en adelante, "Contratos APP") con el objeto de incorporar inversión y gestión privada en los servicios que presta a sus asegurados utilizando para ello los mecanismos previstos en dicha norma²⁹. Bajo esta cobertura legal, el Reglamento de Inversiones regula el procedimiento para la promoción de inversión privada en obras de infraestructura y servicios de salud, incluyendo interesantes mecanismos de fomento de

22 GRISOLIA, Julio Armando. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lexis Nexis. Depalma. Buenos Aires. 2002. p. 916.

23 Se equipara al concepto de autonomía funcional, esto es, libertad de gestión de un ente público respecto de su matriz.

24 De acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, los sistemas administrativos regulan la utilización de los recursos en las entidades de la administración pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso.

25 Abanto Revilla, aunque refiriéndose a las reservas técnicas de EsSalud señala "tienen carácter intangible, pero ello no implica que no pueden ser invertidas por las entidades respectivas para generar una utilidad (incremento) de la misma, aunque siempre bajo los parámetros fijados por ley". En verdad, no solo las reservas; sino los recursos de la seguridad social en general pueden ser usadas para generar utilidad o para desarrollar proyectos en seguridad social.

26 Artículo 8 de ley No. 26790.

27 Incluyendo contratos para la realización de inversiones y servicios de mediano o largo plazo de acuerdo a los procedimientos y mecanismos de adjudicación existentes en nuestra legislación y en la modalidad que defina su Consejo Directivo, así lo establece el artículo 26 del Decreto Supremo No. 002-99-TR.

28 En ambos casos los contratos deben cumplir los requisitos de validez de los actos jurídicos (competencia de la entidad, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y forma prescrita con nulidad), pero los contratos de derecho público además deben cumplir los requisitos previstos por leyes especiales.

29 La Quinta Disposición Complementaria Final señala lo siguiente:

"Quinta.- El Seguro Social de Salud - ESSALUD, en el marco de la autonomía que la ley le confiere, se encuentra facultado a promover, tramitar y suscribir contratos de Asociación Público-Privada con el objeto de incorporar inversión y gestión privada en los servicios que presta a los asegurados, dentro de los mecanismos establecidos en la presente norma."

la inversión como la Invitación a Presentar Iniciativas Privadas.

Ahora bien, de acuerdo al Reglamento de Inversiones, los procesos de inversión en seguridad social pueden formalizarse mediante cualquier tipo de contrato permitido por la ley, cuyos únicos límites son los establecidos por la Constitución y la ley, entre ellos contratos de asociación pública privada, concesión, asociación en participación, gerencia, *joint venture*, especialización de servicios. La elección del tipo de contrato depende del tipo de proyecto de inversión. Específicamente, en seguridad social, donde la importancia de los proyectos de inversión radica en desarrollar infraestructura y proveer servicios de salud, el contrato de concesión se ajusta mejor a estas necesidades.

5.3. Modalidades de promoción de la inversión en seguridad social en salud

La promoción de inversiones sociales puede realizarse mediante iniciativa privada o estatal, esta última incluye las modalidades de Invitación Nacional e Internacional a Presentar Iniciativas Privadas, Licitación Pública Especial y Concurso de Proyectos Integrales. Fanelli Evans resume magistralmente las diferencias entre ellas señalando que: "(...) Cuando el Estado sabe lo que quiere y como lo quiere, llama a Licitación Pública; cuando sabe lo que quiere pero no como lo quiere, llama a un concurso de proyectos integrales; cuando no sabe lo que quiere ni como lo quiere, llama a la presentación de iniciativas"³⁰. Esta descripción concuerda con el Reglamento de Inversiones el cual ordena a EsSalud convocar a concurso de proyectos integrales o licitación pública cuando cuente con estudios previos, de lo contrario lo que corresponde es la iniciativa privada.

Además de estas modalidades típicas, resalta la denominada "Invitación Nacional e Internacional a Presentación de Iniciativas Privadas" que es una variante de la "Iniciativa Privada"³¹ que le permite a la entidad seleccionar los mejores inversionistas, nacionales e internacionales, e instarlos a realizar proyectos de inversión sociales. Es una modalidad activa para ámbitos que necesitan, con urgencia, inversión privada y donde el rol de la administración se parece más al de una agencia de promoción de la inversión, antes que al de una autoridad resolutoria. Parafraseando a Fanelli Evans podemos decir, entonces, que cuando la autoridad no sabe lo que quiere ni como lo quiere, pero lo necesita con urgencia, invita a la presentación de iniciativas privadas³².

5.4. Proyectos de Inversión en seguridad social en salud y el SNIP

Los proyectos de inversión en seguridad social son autosostenibles si no demandan garantía financiera

o demandándola, mínimamente, tienen poca o nula probabilidad de comprometer los recursos de la entidad o son cofinanciados si requieren cofinanciamiento o la constitución de garantías financieras o no financieras con significativa probabilidad de demandar sus recursos.

En este punto, cabe destacar que el Reglamento de Inversiones aun mantiene la prohibición de cofinanciar iniciativas privadas, prohibición que estaba prevista originalmente en la Ley de APPs, pero que fue derogada por la Ley No. 29771. Por lo tanto, actualmente EsSalud puede cofinanciar iniciativas privadas, cuando así se requiera, invocando la aplicación directa de la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley de APPs la cual establece que la entidad suscribe Contratos APP dentro de los mecanismos establecidos en la Ley de APPs. Precisamente, uno de esos mecanismos es la iniciativa privada dentro de los límites y alcances impuestos por dicha norma, entre los cuales no se prohíbe el cofinanciamiento.

Por otro lado, es importante definir si los proyectos de inversión cofinanciados por EsSalud, o en general aquellos que realza con sus propios fondos, se sujetan al Sistema Nacional de Inversión Pública (en adelante, "SNIP") o están excluidos en virtud de su autonomía. En principio, todas las entidades del Poder Ejecutivo, así como los Gobiernos Regionales y Locales, que ejecutan proyectos de inversión con recursos públicos están sujetas al SNIP³³, salvo exclusión hecha, expresamente, por norma con rango de ley. Sin embargo, en el caso de EsSalud cabe preguntarse, en primer lugar, si los fondos de EsSalud, que mayoritariamente provienen de los aportes de sus afiliados, califican como recursos públicos (es decir, como recursos del Estado), pues de ello depende que sus inversiones califiquen como inversión pública³⁴.

Asimismo, en caso, se considere como inversión pública, es evidente que las reglas y procedimientos del SNIP restringen el ejercicio de la autonomía de EsSalud, entre otras razones, porque limitan su capacidad de decidir sobre la efectiva ejecución de sus proyectos de inversión³⁵. Esta situación es contraria a los fundamentos que sustentan la seguridad social, entre ellos el principio de Unidad de Gestión, la autonomía de EsSalud, entre otros. Estos fundamentos, antes bien, sustentan la exclusión de EsSalud del SNIP.

Presumiblemente considerando esos mismos fundamentos, la ley 28006 excluyó a EsSalud de todo "Sistema de Administración Financiera Pública, sea cual fuera su denominación, existente o por crearse, que limiten, desnaturalicen o le impidan ejercer su autonomía", aunque sin mencionar el SNIP, al menos no literalmente. Evidentemente, esta ley también se inspira en el principio de Unidad de Gestión de la seguridad

30 FANELLI EVANS, Guillermo. "La Concesión". En: *Revista Argentina del régimen de la Administración Pública*, noviembre 1993.

31 Como señala Agustín Gordillo, el objetivo de la iniciativa privada es "permitirle al propio capital privado aportar sus ideas al respecto a través de proyectos que permitan resguardar su iniciativa, tutelar la privacidad de la información, y conferirle una ventaja competitiva frente a otros posibles inversores para la concreción del posible negocio que se propone". Tomado de http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap2.pdf. Última visita realizada el 9 de julio de 2012.

32 Llamar supone convocar a todos en general y a nadie en particular, esperando que acudan; invitar supone identificar, individualizar y proponer.

33 El SNIP, como se sabe, es un sistema administrativo que evalúa la conveniencia económica y social de ejecutar proyectos de inversión públicos optimizando así el uso de los recursos públicos.

34 De manera referencial la ley 28112, Ley marco de la Administración Financiera del Sector Público, define los recursos públicos como los "Ingresos del Estado inherentes a su acción y atributos que sirven para financiar los gastos de los presupuestos anuales y se clasifican a nivel de fuentes de financiamiento".

35 Situación que, por lo demás, también es contraria al principio de Unidad de Gestión que exige que la seguridad social se sujete a una estructura legal, administrativa y financiera única. En ese sentido, el SNIP somete a EsSalud a un marco legal y estructura administrativa en temas de inversión diferentes.

social y su objetivo es garantizar que EsSalud administre sus recursos al margen sistema administrativo financiero ordinario. La omisión del SNIP, probablemente, obedece al hecho de que aun no había sido creado al promulgarse la ley 28006, sin perjuicio de lo cual su exclusión se sustenta en la misma razón: garantizar el ejercicio de la autonomía de EsSalud³⁶.

5.5 Autoridades competentes en proyectos de inversión de ESSALUD

En los procesos de promoción de la inversión privada de EsSalud intervienen órganos de decisión, de ejecución y de control. El Consejo Directivo es el máximo órgano de decisión de EsSalud y, como tal, adopta las decisiones determinantes en los procesos de promoción de la inversión privada, entre sus funciones se encuentran: (i) determinar las obras de infraestructura y servicios de salud que serán ejecutados mediante procesos de promoción de la inversión, (ii) aprobar las bases, factor de competencia y contratos respectivos, (iii) declarar de interés las iniciativas privadas, (iv) aprobar el Plan Estratégico de Inversiones de la entidad, entre otros.

Por otro lado, el Comité de Promoción de Infraestructura y Servicios de Salud (en adelante, "CPISS") es el órgano de ejecución de la entidad encargado de conducir los procesos de promoción de la inversión y las iniciativas privadas. En ese sentido: (i) programa, regula, modifica, dirige, supervisa y controla los procesos de promoción de la inversión en todas sus fases, (ii) elabora las bases, proyectos de contrato, entre otros documentos referidos a los procesos de promoción de la inversión, y (iii) resuelve los recursos de reconsideración de los postores referidos a los procesos de promoción de la inversión.

Finalmente, la Oficina Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones (en adelante, "OCPGCI") actúa como secretaria técnica de la CPISS y realiza las siguientes funciones: (i) emite resoluciones, directivas y lineamientos que rigen el accionar de la promoción y gestión de contratos de inversión, (ii) propone y ejecuta la política institucional de promoción de la inversión privada, (iii) supervisa el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y operativas de los contratos de inversión suscritos, entre otros.

5.6 Esquema de los proyectos de inversión realizados por ESSALUD

Como se señaló, por muchos años la seguridad social fue gestionada directamente por el Estado y la participación privada, prácticamente, estuvo reducida a las EPS. Sin embargo, desde hace algunos años, EsSalud pretende cambiar esta situación, fundamentalmente, mediante la suscripción de Contratos APP³⁷.

Estos Contratos APP reflejan otra visión de la seguridad social donde un proveedor privado (concesionario) brinda servicios de salud a un lote de afiliados y EsSalud

retribuye al proveedor con un monto determinado por dichos servicios. Los gastos del proveedor que exceden dicho pago son asumidos directamente por él. Como explica O'Neill de la Fuente esto "rompe el esquema tradicional por el cual los proveedores de servicios de salud ganan más cuanto más se enferman las personas". Efectivamente, con este esquema el proveedor gana más, cuando menos servicios de salud requieran sus afiliados, pues continuará recibiendo el pago previsto a pesar de no brindar el servicio de salud. De esta manera, como cada afiliado "saludable" representa un ingreso para el proveedor, el esquema del Contrato APP incentiva a los proveedores a brindar servicios de salud de calidad (para evitar que incurran en nuevos servicios derivados de malas atenciones), y a priorizar servicios de prevención de enfermedades.

Otro aspecto que resalta en estos Contratos APP es su esquema de financiamiento. Como parte de ese esquema Essalud constituye un Fideicomiso Matriz de Administración y Pagos al cual aporta los derechos de cobro representados por un porcentaje del aporte por seguridad social. El Fideicomiso, a su turno, retribuye a los proveedores (concesionarios) a través de los denominados Certificados de Reconocimiento de los Derechos Irrevocables (en adelante, "CR-RPIs") que son instrumentos financieros utilizados en el financiamiento de diversos tipos de infraestructura y provisión de servicios. Dichos CR-RPIs, a su vez, son de libre transferencia y son utilizados por su titular para acceder a los mercados internacionales de financiamiento de proyectos y hacerse de los recursos que financien el desarrollo del proyecto de inversión.

Notese que la cadena de flujos financieros del proyecto, en última instancia, están respaldados por los recursos intangibles de la seguridad social. Hecho que supone una ventaja para los involucrados en el desarrollo del proyecto, incluyendo los titulares de los CR-RPIs, pues nadie más podrá afectar o disponer de los recursos que garantizan su financiamiento.

Por consiguiente, debemos destacar la importante función que cumple el atributo de la intangibilidad de los recursos de la seguridad social en el financiamiento de proyectos de inversión en seguridad social, al impedir que se destinen a un propósito distinto a financiar el desarrollo de dichos proyectos, incrementando el atractivo para desarrollar proyectos respaldados por recursos de la seguridad social.

V. Contingencias que afectan los objetivos de la seguridad social en salud

Existen riesgos, principalmente políticos, que pueden afectar el normal funcionamiento de EsSalud y los fines de la seguridad social. Un caso paradigmático es la situación creada por la Ley 29351, medida supuestamente temporal, expedida para afrontar los efectos de la última crisis internacional, con vigencia

36 Cabe precisar que la autonomía de EsSalud tiene límites impuestos por la Constitución y las leyes que regulan la seguridad social imponen. Sin perjuicio de ello, también se sujeta al sistema nacional de control, a cargo de la Contraloría General de la República, que fiscaliza la transparencia y legalidad de sus actos.

37 Algunos de esos contratos para el desarrollo de los siguientes proyectos: (i) construcción, mantenimiento y gestión del Nuevo Hospital III - Callao y Centro Asistencial Sabogal; (ii) construcción, mantenimiento y gestión del Nuevo Hospital III - Villa María del Triunfo, y (iii) construcción, mantenimiento y gestión la red de almacenes y farmacias de Lima del Seguro Social de Salud, entre otros.

iniicial hasta el 2011, pero prorrogada hasta fines del 2014, que dispone que los empleadores entreguen a sus trabajadores los montos correspondientes al aporte a EsSalud, como bonificación extraordinaria.

EsSalud calcula que por efecto de esta norma dejará de percibir aportes por un monto aproximado de S/. 3000 millones, adicionales a los S/. 900 millones no percibidos percibir en el periodo 2009 - 2011. Esta medida no solo vulnera el carácter autónomo de EsSalud y el carácter intangible de los recursos de la seguridad social, sino que, necesariamente, crea desbalances en el presupuesto de la entidad e, indirectamente, afecta el financiamiento de sus proyectos de inversión actuales y/o futuros.

Estas situaciones imprevistas, creadas por acción del propio Estado, pueden ser afrontadas solo parcialmente con los fondos de contingencia de la seguridad social, como las reservas técnicas de EsSalud. La constitución de reservas técnicas, que es otra característica especial de la seguridad social, obedece a la necesidad de brindar, por algún periodo, servicios de salud durante situaciones de emergencia. La ley no define tales situaciones de emergencia, sino que faculta al Consejo Directivo de EsSalud a hacerlo. Sólo como referencia, según la Organización Internacional de Trabajo, se suele considerar como emergencia a las situaciones que incrementan transitoriamente el gasto por encima de su nivel regular y afectan, temporalmente, el flujo de caja, "por ejemplo desastres naturales, contingencias epidemiológicas de alcance masivo o coyunturas macroeconómicas que afecten abruptamente los ingresos (hacia abajo) o los gastos (hacia arriba)"³⁹.

Como se aprecia, en principio, las reservas técnicas de EsSalud no deberían servir para afrontar contingencias creadas por el propio Estado, sino por situaciones propias de la seguridad social (terremotos, epidemias, etcétera), pero cabe recurrir a ellas para asegurar su viabilidad de la seguridad social que finalmente es el fundamento mismo de la existencia de las reservas técnicas.

Sin perjuicio de ello, EsSalud podría recurrir a las siguientes acciones frente a situaciones que afectan afectando sus recursos, ponen en riesgo la prestación de sus servicios: (i) Incrementar sus partidas presupuestales hasta los márgenes fijados por FONAFE⁴⁰; (ii) utilizar los recursos de uno de sus fondos para cubrir los gastos imprevistos generados en otros⁴¹; (iii) solicitar fondos a FONAFE (la operación requiere sustentó técnico, económico y financiero, y la disponibilidad de recursos de FONAFE⁴²). Por otro lado, también ha sucedido que el Estado en su posición de garante último de la salud, de forma excepcional y ante una situación que puso en peligro la viabilidad de la seguridad social, autorizó la transferencia de fondos públicos a EsSalud⁴³.

VI. Conclusión

El Estado tiene el deber de mejorar el sistema de salud pública, incluyendo la seguridad social, para garantizar el disfrute del derecho a la salud e, indirectamente, mejorar la calidad de vida de las personas. La participación privada puede ayudar, eficazmente, a cumplir dicho objetivo. Sin embargo, las inversiones sociales en nuestro país, todavía, se encuentran en desarrollo.

Específicamente en seguridad social se han retomado los intentos por incorporar participación privada en su gestión y provisión. Las características especiales de la seguridad social, como la intangibilidad de sus recursos, la autonomía del ente encargado de administrarlo, entre otros, pueden incidir favorablemente en el desarrollo de dichos procesos de inversión. Las experiencias más recientes como las asociaciones público privadas de EsSalud, que incluyen novedosas estrategias para garantizar servicios de salud de calidad, así lo confirman.

Finalmente, el Estado debe cuidarse de no afectar el desarrollo de las inversiones sociales con medidas legislativas que responden a objetivos políticos, antes que a criterios técnicos, que pueden poner en riesgo la viabilidad del sistema de seguridad social. 

38 Abanto Revilla explica la diferencia entre los conceptos de "fondo" y "reservas" señalan lo siguiente: "(...) el concepto reserva implica una proyección de gastos que no puede ser equiparada al concepto fondo, que entendemos sirve para la atención permanente de las prestaciones de salud y pensiones, aunque –como precisamos– ambas masas dinerarias se pueden comprender en un solo bloque bajo la administración de cada entidad". Ver: *La Constitución Comentada*. Tomo I. p. 453.

39 Al respecto, se puede revisar el informe "Estudio financiero-actuarial y de la gestión de EsSalud: análisis y recomendaciones técnicas", elaborado en mayo del 2005, por la Organización Internacional del Trabajo – OIT.

40 Ello de acuerdo al Acuerdo de Directorio No. 001-2010/014-FONAFE, Directiva para la Formulación del Plan Operativo y Presupuesto de las Empresas bajo el ámbito de FONAFE.

41 Numeral 11.3 del artículo 11 de la Ley 27056.

42 El artículo 4 de la ley 27170 establece lo siguiente:

"Mediante acuerdo, el Directorio del FONAFE podrá aprobar transferencias corrientes, aportes de capital o financiamiento a entidades del Estado que así lo soliciten, siempre que cuenten con la debida sustentación técnica, económica y financiera".

43 En ese caso el Ministerio de Economía y Finanzas transfirió fondos al Ministerio de Trabajo y Promoción Social, que es el ente rector del sector al cual se encuentra adscrito EsSalud, para que este los transfiera a EsSalud. Por ejemplo, la Ley 29418 autorizó a transferir S/. 230 millones al Ministerio de Trabajo para que los transfiera a EsSalud, con la finalidad expresa de financiar los servicios de EsSalud y sus proyectos de inversión pública.