

# “Inversiones sociales” en el Perú: el caso de la Seguridad Social en Salud

Ernesto Soto Chávez<sup>1 2</sup>

---

## SUMARIO:

I. Introducción, II. Respecto de las denominadas “Inversiones sociales” III. La seguridad social como derecho fundamental, IV. La reforma incompleta y la tarea pendiente, V. Características especiales de la seguridad social en salud, VI. Inversiones en seguridad social en salud, VII. Contingencias que afectan los objetivos de la seguridad social en salud, VIII. Síntesis.

## PALABRAS CLAVE:

Inversiones Sociales, Asociación Público Privada, Seguridad Social en Salud, reforma del sector salud, servicios públicos sociales.

## KEYWORDS:

Social investments, Public Private Partnerships, National Health Care, Health sector reform, social public utility

## RESUMEN:

Tradicionalmente, el Estado ha gestionado, de manera directa, servicios de interés general como la educación pública, la salud pública o la seguridad social, por lo que la participación del sector privado en estos ámbitos, con todo lo que ello conlleva, ha sido prácticamente nula.

Sin embargo, en el presente artículo, se muestra, a partir del análisis del caso de la seguridad social en salud, que la participación del sector privado en la gestión de esas actividades no solo es posible y deseable; sino conveniente, pues, en el caso de la seguridad social, sus características especiales benefician el desarrollo de proyectos de inversión de ese tipo.

Dicho análisis podría ser replicado en otros ámbitos de interés social y su importancia radica en orientar el desarrollo de la discusión hacia las denominadas “inversiones sociales” que son un tema casi inexplorado en nuestro país.

---

<sup>1</sup> Dedicado a Aquila y Alicia.

<sup>2</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Con estudios de maestría en economía de las telecomunicaciones. Profesor adjunto del Seminario de Derecho Administrativo en la PUCP. Consultor en temas de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Económico.

## ABSTRACT:

Traditionally, the state has managed, in a direct way, general interest services such as public education, public health and social security, so the participation of private sector in these areas, with everything that entails, has been practically null.

However, in this article, is shown from the analysis of the case of social security in health, which the participation of private sector in the management of these activities is not only possible and desirable, but is also convenient, should therefore in the case of social security, its special features benefits the development of investment projects of this kind.

This analysis could be replicated in other areas of social concern and its importance lies in guiding the development of the discussion to the so-called "social investments" that are a largely unexplored issue in our country.

## I. Introducción

Tradicionalmente, el Estado ha gestionado, de manera directa, servicios de interés social como la educación pública, la salud pública o la seguridad social, por lo que la participación del sector privado en estos ámbitos, con todo lo que ello conlleva, ha sido prácticamente nula.

En efecto, la seguridad social en salud (en adelante, "seguridad social") es un claro ejemplo de que aún existen sectores que se encuentran fuertemente sujetos al paradigma de la gestión estatal y solo, lentamente, empiezan a incorporar los recursos, conocimientos y la filosofía de la gestión privada.

Es importante resaltar aquello, porque en nuestro ordenamiento jurídico, la seguridad social y, en general, la salud pública, no califican como servicios públicos; sin embargo, son materias intensamente reguladas sobre las cuales el Estado ejerce amplias potestades de dirección y reglamentación con el objetivo de garantizar el acceso de las personas a prestaciones de salud, ya sea como parte del sistema de salud pública o como parte de la seguridad social.

De hecho, como señala Rubio Correa, el oportuno y efectivo otorgamiento de prestaciones de salud, que conjuntamente con el otorgamiento de pensiones representan la esencia de la seguridad social<sup>3</sup>, explican las especiales características del sistema de seguridad social en el Perú, como lo son: el carácter intangible de sus recursos, la autonomía del ente encargado de su administración, la constitución de fondos de contingencias o su exclusión de algunos sistemas administrativos.

En ese sentido, el presente artículo demuestra, a partir del análisis del caso de la seguridad social en salud, que la participación del sector privado en la gestión de actividades calificadas como servicios sociales, no solo es posible y deseable; sino conveniente, pues, en el caso de la seguridad social, sus especiales características benefician el desarrollo de proyectos de inversión.

<sup>3</sup> 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.

Cabe precisar que este trabajo no plantea como problema que agentes privados puedan prestar servicios de salud, como parte de la gestión de la seguridad social, mediante una autorización administrativa o algún otro tipo de título habilitante. Ese es un hecho que no está en discusión, pero que no es parte del presente trabajo.

## II. Respetto de las denominadas “inversiones sociales”<sup>4</sup>

### II.1 Las inversiones sociales y la Tercera Vía

El origen de la denominación “inversión social”, de algún modo, está vinculado a la tesis que popularizó Anthony Giddens según la cual se debe sustituir el concepto de Estado de bienestar por Sociedad del Bienestar y que es conveniente que el Estado invierta en el desarrollo de capital humano, a través de la “inversión social del Estado”, frente a la mera provisión directa de bienes y servicios.

En efecto, para mantener su propia legitimidad, el Estado de Bienestar proveía a los ciudadanos un conjunto de prestaciones para protegerlos de riesgos como la desocupación, las enfermedades, la miseria, etcétera. Sin embargo, esta política, a la larga, desincentivaba la producción y el emprendimiento, por lo que se postuló la implementación de políticas alternas que, básicamente, consisten en priorizar la inversión del Estado en los sectores de educación, salud, entre otros, que le permita al Estado desarrollar capital humano y a las personas, desenvolverse en las mejores condiciones posibles.

Entonces, el concepto de inversión social nace como un intento por sintetizar las ideas de crecimiento económico (como reducida propuesta del capitalismo) y el desarrollo social (como reducida propuesta del socialismo), en una etapa en la cual la tesis del Estado de Bienestar estaba prácticamente superada, pero persistía en la sociedad una fuerte preocupación por las desigualdades sociales.

A ese conjunto de intentos por crear políticas alternativas, ubicadas en un punto equidistante entre el *capitalismo salvaje* y el *socialismo utópico*, se denominó “Tercera Vía o Terceras Vías”<sup>5</sup>. Incluso, nuestro propio Tribunal Constitucional ha señalado, en más de una vez, que la tercera vía equivale a la Economía Social de Mercado que rige en nuestro país, pues sintetiza los principios de libertad (como expresión del liberalismo) y solidaridad (como expresión del socialismo). En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“En esta línea, la economía social de mercado se presenta como una “tercera vía”, como un *tertium genus*, frente a los modelos económicos del mero imperio del mercado o del puro direccionismo estatal, y que pone el acento en el estímulo de la iniciativa privada y en el libre desenvolvimiento de los agentes económicos con el objeto de producir riqueza y lograr el desarrollo del país, pero que complementa

<sup>4</sup> Este artículo diferencia el concepto de “inversión social” de la denominada “inversión socialmente responsable” conocida también como inversión ética.

<sup>5</sup> Tesis, recogida y desarrollada por Anthony Giddens, discutible, pero útil para efectos del presente artículo. Frente a ello, por ejemplo, Ludwig von Mises, ha señalado que: “Simplemente no hay otra opción que esta: ya sea se abstiene de interferir en el libre juego del mercado, o se delega el manejo completo de la producción y distribución al gobierno. Ya sea capitalismo o socialismo: no hay un camino intermedio”. Traducción libre de la siguiente cita: “There is simply no other choice than this: either to abstain from interference in the free play of the market, or to delegate the entire management of production and distribution to the government. Either capitalism or socialism: there exists no middle way”. Ver: <http://mises.org/books/liberalism.pdf>. Última visita realiza el 10 de julio de 2013.[.]

dicho accionar con los objetivos sociales de promoción del bienestar general y de igualación material de las condiciones de vida tan necesarios en un Estado Social y Democrático de Derecho".<sup>6</sup> (subrayado agregado)

Actualmente, la tesis de la tercera vía sigue vigente, pero sin hegemonía – si es que alguna vez la tuvo y, a lo mucho, podemos utilizarla para sugerir que existe consenso, incluso entre partidos políticos de izquierda y derecha, sobre las políticas que se debe implementar en cuestiones sociales como la salud, educación o la seguridad social. Por ejemplo, todos los grupos políticos están de acuerdo, aceptando ciertas variantes, sobre la necesidad de reformar el sistema de educación o la salud pública para que puedan ser prestados con estándares idóneos de calidad.

Sin embargo, ese objetivo común puede alcanzarse de diferentes maneras. Así, el Estado podría ser titular de todos los establecimientos educativos o los hospitales y financiar los servicios con recursos públicos. De hecho, este es el único mecanismo que el Estado, hasta ahora, ha utilizado para gestionar y brindar servicios sociales (educación, salud y seguridad social). Es una alternativa válida, pero no la única ni la mejor.

Curiosamente, en dichos ámbitos ni siquiera se había considerado otra alternativa que, por lo demás, es común en otros ámbitos económicos: la inversión y participación directa del sector privado mediante mecanismos de colaboración como las asociaciones público privadas, alternativa que, precisamente, postula este artículo.

## **II.2 Las inversiones sociales, servicios público sociales y servicios asistenciales**

Más allá de sus orígenes, este trabajo utiliza la expresión "inversiones sociales" como un eufemismo para referirse a las inversiones que se realizan en ámbitos que el derecho administrativo, tradicionalmente, ha denominado servicios públicos sociales, que es una categoría que subsiste en nuestros sistemas legales - para algunos - como rezagos del Estado de Bienestar o - para otros - como logros del Estado Social de Derecho.

Entonces, se refiere a las inversiones que se realizan en servicios sociales como salud, educación o seguridad social. Ámbitos donde el Estado, por mandato constitucional, debe garantizar que las personas accedan, en mayor o menor medida a dichos servicios, independientemente de la situación económica en la que se encuentren.

Efectivamente, los servicios sociales garantizan el disfrute efectivo de los derechos sociales previstos en la Constitución Política, entre los cuales se encuentran la salud, educación y la seguridad social. Desde el punto de vista económico, tales servicios son externalidades positivas pues producen un aumento de la utilidad de los consumidores, representados, en este caso, por los usuarios de los servicios sociales<sup>7</sup>.

Algunos pueden ver en la prestación de servicios sociales una disyuntiva entre equidad y

<sup>6</sup> Sentencia recaída en el expediente 00228-2009-PA/TC. Fundamento 28.

<sup>7</sup> Al respecto, Robert Cooter y Thomas Ulen ha señalado que los efectos pueden ser perjudiciales o beneficiosos: la contaminación es un ejemplo típico de externalidad negativa o deseconomía externa que impone una a la sociedad gastan no compensados, y las amplias ventajas para la sociedad en general de una población culta y formada son una externalidad positiva o economía externa de la educación (también presentan externalidades positivas la sanidad, las infraestructuras y los servicios públicos). Ver: Robert Cooter y Thomas Ulen. Fondo de Cultura Económica. México. \_

eficiencia. La equidad, como se sabe, justifica la intervención del Estado en la economía, aun cuando no existan fallas de mercado, porque, para quienes asumen dicha posición, resulta inaceptable, desde un punto de vista social, que determinados grupos sociales no puedan acceder a servicios que garantice una vida digna. En esas circunstancias, la prestación de servicios sociales resultaría necesaria para proteger a los grupos más vulnerable. Sin embargo, como señala Juan de la Cruz Ferrer:

"La compasión y la aspiración a ofrecer una red de seguridad a los menos afortunados se contraponen con el deseo de brindar incentivos y la preocupación por la eficiencia. Sin embargo, más allá de toda disyuntiva, la búsqueda de la equidad responde a determinados valores sociales que afectan no solo a las cuestiones de la eficiencia y la igualdad, sino también a los derechos individuales y a las responsabilidades sociales"<sup>8</sup>. (Resaltado agregado)

En el caso peruano, los artículos 9, 11 y 17 de la Constitución Política demuestran que el Estado tiene la responsabilidad de garantizar la prestación de servicios sociales:

"Artículo 9.- El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud. (...)

Artículo 11.- Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones.- El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento (...)

Artículo 17.- Obligatoriedad de la educación inicial, primaria y secundaria.- La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación." (Resaltado agregado)

Asimismo, el artículo 58 de la Constitución Política enfatiza que el Estado actúa principalmente en las áreas identificada como servicios sociales:

"Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura."

En relación a estas disposiciones, Quiñones Alayza, con razón, ha señalado, que *"atribuyen al Estado un rol de facilitador y garante de acceso universal y equitativo a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas"*<sup>9</sup>.

Si los servicios sociales se gestionarán mediante empresas privadas, el criterio que primaría sería la eficiencia, puesto que, de acuerdo con Joseph Stiglitz, las empresas

<sup>8</sup> Teoría de la regulación y derecho público. Juan de la Cruz Ferrer. p.22.

<sup>9</sup> QUIÑONES ALAYZA, María. Actividad empresarial del Estado, Competencia Desleal y Servicios Públicos. Revista de Derecho Administrativo No. 12. p. 68.

privadas tienen como principal objetivo maximizar beneficios. En cambio, si la gestión se realizaría mediante una empresa pública -y podríamos decir lo mismo de las entidades públicas- los objetivos que prevalecerían, no serían, necesariamente, económicos<sup>10</sup>. Es decir, mientras que la empresa privada siempre buscará la eficiencia; la empresa pública - y las entidades públicas - puede atender a objetivos diferentes, como la equidad.

La síntesis sería que, sobre la base de la empresa privada, el Estado también pueda participar del desarrollo de los servicios sociales, de manera que pueda asegurar algunos objetivos sociales, sean estos en materia de salud, educación, entre otros. Pues bien, el mejor esquema desarrollado para ese objetivo, hasta el momento, es el mecanismo de la asociación público privada (en adelante, también denominada "APP").

Finalmente, otro aspecto importante de las inversiones sociales es que engloban a las denominadas "actividades asistenciales" que, según Kresalja y Ochoa, materializan la cláusula de Estado Social de Derecho contemplada en la Constitución Política<sup>11</sup>. Dichas actividades esenciales no son cosa distinta de los servicios sociales, pero brindados de "manera obligatoria por el Estado a las personas de más bajos recursos de forma ineludible"<sup>12</sup>. Es esa porción de los servicios sociales que el Estado tiene la obligación de garantizar a las personas que no pueden tomarlos del mercado.

De esta manera, cuando los servicios de salud o educación adquieren matices de actividad asistencial, el Estado los puede brindar directamente, a través de entidades públicas como los ministerios o incluso mediante empresas públicas creadas con tales propósitos. De lo contrario, cuando los servicios sociales no están al nivel de ser calificadas como actividades asistenciales, porque no están dirigidos a los sectores más pobres, sino a toda la población, el Estado puede recurrir a otras alternativas para garantizar su prestación en condiciones de calidad, por ejemplo, fomentando la promoción de inversión privada.

### III. La seguridad social como derecho fundamental

Los derechos fundamentales, típicamente, representan ámbitos de protección de las personas frente al poder del Estado o al ejercicio de los derechos de los demás. La propiedad, la libertad de empresa, la libertad de expresión, la libertad de conciencia son ejemplos típicos de estos derechos, denominados también individuales o de primera generación. Sin embargo, existen derechos fundamentales que, además, fundamentan, acciones del Estado para alcanzar su goce efectivo. La salud, el trabajo, la educación y la seguridad social son ejemplos de esos derechos, también denominados económicos y sociales o de segunda generación.

Ahora bien, de acuerdo a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la seguridad social ese refiere a "la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, o enfermedad laboral, desempleo,

<sup>10</sup> STIGLITZ, Joseph E. "La economía del sector público". Barcelona: Editorial B. p. 102.

<sup>11</sup> KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y César OCHOA CÁRDICH. "Derecho Constitucional Económico". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 239.

<sup>12</sup> Resolución 2472-2010/SC1-INDECOPI. Fundamento 37.

invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos".

Del universo de prestaciones reconocidas en convenios internacionales como parte de la seguridad social, los países cuya economía y/o recursos médicos no han alcanzado un desarrollo suficiente y que han hecho una declaración a este efecto en el momento de la ratificación de los referidos convenios pueden cubrir un número más reducido de destinatarios y aspectos. En el Perú, la seguridad social incluye, básicamente, el sistema de pensiones y la asistencia médica de salud; sin embargo, este artículo se refiere exclusivamente a este último aspecto bajo la denominación de seguridad social en salud.

La salud, entendiendo por ella al "estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente (...) como la ausencia de afecciones o de enfermedad"<sup>13</sup>, es un derecho fundamental de segunda generación, previsto en el artículo 7° de la Constitución Política, y resalta por su vinculación con el derecho a la vida, en el sentido que una afectación de la salud puede devenir en la afectación de la vida misma.

De allí que el Estado protege la salud, determina la política nacional al respecto y garantiza el acceso a servicios de prevención, promoción y protección de la salud. De la misma forma, garantiza el libre acceso a prestación de salud como parte de la seguridad social, tal como lo establece el artículo 11° de la Constitución Política. 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. En ese sentido, ha señalado lo siguiente:

"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 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."<sup>14</sup> (Énfasis agregado)

De ello se deriva que la salud no solo comprende una política pública de acceso, sino que dicho acceso se realice en las mejores condiciones de calidad posibles. Precisa el Supremo Tribunal que "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"<sup>15</sup>.

En tal sentido, el Estado está en la obligación de modernizar y fortalecer instituciones como el Ministerio de Salud (en adelante, "MINS") o EsSalud pues, si bien obedecen a fundamentos diferentes, ambas instituciones se encargan de brindar servicios de salud a la sociedad. Esa necesidad de modernizar dicha instituciones, por ejemplo, actualmente sustenta el desarrollo de proyectos de inversión en seguridad social mediante asociaciones público privadas (en adelante, "APPs"), tema que, precisamente, nos ocupa.

<sup>13</sup> 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 12 de setiembre de 2012.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2945-2003-AA/TC.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

#### IV. La reforma incompleta y la tarea pendiente

La Ley 26842, Ley General de Salud y Ley 2679, Ley de Modernización de la Seguridad Social, establecieron un régimen paralelo de la salud en el país<sup>16</sup>: el régimen no contributivo de la salud pública y el régimen contributivo de seguridad social en salud.

En ese diseño, actualmente vigente, el régimen de salud pública está a cargo del MINSA y destinado, básicamente, a la población de escasos recursos económicos (mediante el Seguro Integral de Salud – SIS)<sup>17</sup>. Se trata de un régimen de subsidios que se financia, básicamente, con recursos públicos.

Por su parte, la seguridad social en salud está a cargo de EsSalud y, complementariamente, por las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) que son empresas autorizadas a brindar servicios de salud a cambio de un porcentaje de la contribución por seguridad social. Este sistema se financia mediante las contribuciones de sus afiliados quienes abonan, mensualmente, el 9 % de la remuneración que perciben.

¿Qué esquema de financiamiento es más eficiente? Teóricamente, el esquema de la seguridad social es más eficiente que el esquema de la salud pública, puesto que cada afiliado paga por los servicios de salud que recibe. Es decir, cada afiliado financia sus propios servicios de salud y asume sus propios costos; a diferencia del sistema de salud pública donde se subsidian servicios de salud por consideraciones de política social. En la práctica, empero, incluso en el esquema de la seguridad social existen subsidios que van del grupo con riesgo de enfermedades bajo e ingresos altos al grupo con riesgo de enfermedades alto e ingresos bajos (quien gana más, aporta más; independientemente de su riesgo de salud) desnaturalizando de algún modo el esquema de financiamiento basado en contribuciones.

Dicha distorsión no se produciría, en cambio, si optáramos por un esquema de seguros sujetos a libre competencia. Como el costo del seguro depende del riesgo, cada grupo asume, íntegramente, su propio riesgo (a mayor riesgo, mayor costo del seguro y viceversa) reduciendo la posibilidad de subsidios encubiertos. El único "problema" es que este esquema quiebra la lógica tradicional de la seguridad social basada en el principio de solidaridad, según el cual su financiamiento se basa en contribuciones fijadas en función al ingreso y no al riesgo, permitiendo el subsidio de unos hacia otros. El alto costo político que implicaría eliminar esa forma de "solidaridad" es una de las causas para mantener vigente el actual esquema de financiamiento de la seguridad social en salud.

Aunque la reforma de la salud en el Perú no implementó un sistema de seguros, avanzó en el objetivo de introducir participación privada en el sector, básicamente, mediante la incorporación de las EPS, medida que representó un giro en la visión de la seguridad social, hasta entonces a cargo únicamente de entidades estatales, permitiendo que

<sup>16</sup> Ello como parte de las reformas impulsadas en los 90s que incluyeron el sector salud. Los Lineamientos de Política en Salud en Salud 1995 – 2000 establecieron que dicha reforma se sustentaría en la equidad, universalidad, solidaridad, calidad, eficacia y eficiencia.

<sup>17</sup> "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 120. Atención de Salud para los más pobres: El Seguro Integral de Salud. Defensoría del Pueblo. Lima. 2007. p. 50.



empresas privadas puedan proveer servicios de salud como parte de la seguridad social. Este nuevo escenario, además, teóricamente permite que el proveedor público (EsSalud) compita con proveedores privados (EPS) por los servicios que brinda, propiciándose el desarrollo de un mercado de servicios de salud en beneficio de las personas<sup>18</sup>. Algunos estudios, empero, han tratado de explicar las causas que impidieron consolidar esa competencia efectiva señalando que:

"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 incorporar mecanismos de libre mercado en la provisión de servicios de salud como parte de la seguridad social<sup>19</sup>.

Ahora bien, la reforma del sector propició cambios importantes en la seguridad social, pero benefició poco al sistema de salud en general, pues lo fragmentó en cuatro (4) subsistemas: el MINSA, EsSalud, la sanidad de las Fuerzas Armadas y Policiales y el sector privado.

El problema es que estos subsistemas, aún hoy, actúan con poca coordinación, generando, muchas veces, una sobreoferta de infraestructura o servicios de poca o nula demanda para la sociedad, producto<sup>20</sup>, situación que según las Bases para la Reforma de la Salud, explica por qué muchas personas no logran acceder a servicios de salud, pese a existir capacidad ociosa.

El problema se agrava si consideramos que el sistema, en general, no permite a un usuario adscribirse libremente a un centro de atención primaria y cambiar a otro, después de cierto periodo, si así lo desea, manteniendo en la práctica poblaciones cautivas en cada subsistema.

Se plantea, entonces, la posibilidad de permitir el intercambio de servicios de salud entre los subsistemas, de modo que los usuarios 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, como EsSalud y el MINSA, cuando menos, compitan por la calidad de sus servicios, potenciando el desarrollo de un mercado de servicios de salud<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> Las actuales asociaciones públicas privadas en salud continúan ese sendero.

<sup>20</sup> Un caso paradigmático en la ciudad de Iquitos, descrito en las Bases para la Reforma de la Salud, donde existe nueve (9) hospitales entre EsSalud, MINSA, Fuerzas Armadas y Policiales para una demanda que no requiere tal nivel de infraestructura.

<sup>21</sup> 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.

Mientras no se evalúen e implementen esas reformas<sup>22</sup>, la incorporación de recursos, conocimientos y la filosofía del sector privado en la gestión de seguridad social en salud mediante mecanismos como las asociaciones público privadas que son otra estrategia que la entidad puede adoptar para lograr servicios de salud de calidad y que lleguen cada vez a más personas que son los objetivos finales de la seguridad social.

## V. Características especiales de la seguridad social en salud

El desarrollo de inversión privada en la seguridad social, mediante APPs, no solo es posible y deseable, sino hasta conveniente, pues la seguridad social posee ciertas características especiales que benefician el desarrollo de este tipo de proyectos. Dichas características especiales son las siguientes:

### V.1 La intangibilidad de los recursos de la seguridad social

El artículo 12 de la Constitución Política consagra la intangibilidad de los recursos de la seguridad social en los siguientes términos:

"Artículo 12.- Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley".

Los recursos intangibles engloban los recursos previsionales (pensiones) y los recursos de la seguridad social en salud, propiamente. En el diseño del Estado, se ha previsto crear un tipo de entidad pública para, específicamente, administrar los recursos intangibles de la seguridad social. Se trata de las "Entidades Administradoras de Fondos Intangibles de la Seguridad Social" previstas en el artículo 39 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que la define de la siguiente manera:

"Artículo 39.- Naturaleza  
El Fondo Consolidado de Reservas Previsionales - FCR, y el Seguro Social de Salud - ESSALUD, constituyen entidades administradoras de fondos intangibles de la seguridad social. Están adscritos al Ministerio que corresponda conforme a la ley de la materia. Por ley ordinaria se pueden incorporar otros fondos con funciones similares a esta categoría".

El Fondo Consolidado de Reservas Previsionales administra los recursos previsionales (pensiones); EsSalud, los recursos de la seguridad social en salud. De acuerdo con el artículo 11° de la Ley No. 27056, "Ley de Creación del Seguro Social de Salud", los recursos intangibles que administra EsSalud son los siguientes:

- (i) Los aportes o contribuciones de los afiliados a la seguridad social en salud,
- (ii) las reservas y el rendimiento de sus inversiones financieras,
- (iii) los ingresos provenientes de la inversión de sus recursos,
- (iv) los ingresos por los seguros de riesgos humanos y las prestaciones de salud a no asegurados; y
- (v) los demás recursos que adquiera EsSalud, con arreglo a ley.

<sup>22</sup> Entre otras medidas se propugna integrar el MINSa y EsSalud.

La intangibilidad de estos recursos hace referencia a su especial condición jurídica, en virtud de la cual puedan ser utilizados, única y exclusivamente, para cumplir los objetivos que la propia ley ha previsto. Dichos objetivos, según la Ley No. 26790, "Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud", son los siguientes:

- a) La administración, producción, generación de infraestructura de salud,
- b) el otorgamiento de prestaciones,
- c) la constitución de reservas técnicas, inversiones o colocaciones necesarias para su rentabilidad<sup>23</sup>.

Entonces, los recursos de la seguridad social, dada su condición de intangibles, solo pueden ser aplicados para conseguir los objetivos señalados, entre los cuales se encuentra, cabe resaltar, la generación de infraestructura de salud y el otorgamiento de prestaciones médicas. La intangibilidad incluye el privilegio de la inafectación, de modo que "ninguna autoridad puede disponer medidas cautelares ni de ejecución sobre los recursos de la seguridad social en salud"<sup>24</sup>.

A propósito de ello, cuando el Tribunal Constitucional resolvió declarar infundada una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 4° de la Ley No. 27056, que autoriza a EsSalud a brindar servicios de salud no afiliados, resaltó que dicho dispositivo no vulnera la Constitución Política, pues los servicios no son financiados con recurso de EsSalud, sino con recursos de las entidades cuyos trabajadores acceden a las prestaciones médicas. Situación que no compromete los recursos de la seguridad social. El Tribunal Constitucional confirma, indirectamente, que la intangibilidad garantiza que los recursos de la seguridad social se destinen, exclusivamente, para los fines de la seguridad social.

## V.2 La autonomía del ente que administra la seguridad social en salud

La autonomía de EsSalud, entidad encargada de administrar la seguridad social, es otra característica especial del sistema de seguridad social en el Perú<sup>25</sup>. Efectivamente, conforme al artículo 1° de la Ley No. 27056, EsSalud es una entidad pública con autonomía técnica, administrativa, económica, financiera, presupuestal y contable.

El concepto jurídico de autonomía tiene varias acepciones. Para Fernández Vázquez<sup>26</sup> es 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 este para integrar su propio sistema jurídico y declararlo obligatorio como sus propios reglamentos y leyes". En esa línea, el Tribunal Constitucional, citando a Ferrando Badía, ha señalado 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 (...)"<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Artículo 8 de la ley 26790.

<sup>24</sup> Artículo 8 de la ley 26790, último párrafo.

<sup>25</sup> Dicha condición no está recogida en la Constitución, solo en norma con rango de ley, relegándose así a los vaivenes de la ley determinar la condición autónoma de dicha entidad.

<sup>26</sup> FERNANDEZ VAZQUEZ, Emilio. Diccionario de Derecho Público. Astrea editores. Buenos aires.1981. p. 63.

<sup>27</sup> Sentencia recaída en los expedientes acumulados 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:

Estas definiciones, sin embargo, se refieren principalmente a la autonomía política que es un concepto derivado de la descentralización, es decir, de la distribución del poder político<sup>28</sup>. En ese sentido, la autonomía (política) "conlleva la facultad de crear Derecho y no sólo de ejecutarlo".

La autonomía de EsSalud, en cambio, deriva del principio de la seguridad social denominado Unidad de Gestión según el cual, explica Julio Grisolia, "la seguridad social debe ser regulada por una legislación única y organizada; y ejecutada por medio de una estructura financiera y administrativa única"<sup>29</sup>. Por consiguiente, se fundamenta en la necesidad de un marco jurídico *ad hoc*, desarrollado sobre la base de sus especiales características y que garantice su adecuado funcionamiento.

Sobre la base de ese fundamento, el Decreto Supremo 002-99-TR (en adelante, "Reglamento") define la autonomía como el atributo que le permite a EsSalud: "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". Cabe destacar que dicha autonomía implica facultades reglamentarias, las que EsSalud ejerce conforme a la Constitución y la ley.

Específicamente, la autonomía administrativa consiste en la capacidad de EsSalud de gestionar y organizarse internamente, así como reglamentar sus propios servicios. En ese sentido, se equipara al concepto de autonomía funcional, esto es, libertad de gestión de un ente público respecto de su matriz.

A su vez, la autonomía presupuestal consiste en la capacidad de EsSalud de formular, aprobar, ejecutar, evaluar y controlar su propio presupuesto, con independencia de su organización matriz. Finalmente, la autonomía económica - financiera garantiza la libertad de EsSalud de recaudar, administrar, disponer sus ingresos e invertir sus recursos.

### V.3 Constitución de reservas técnicas para la seguridad social en salud

La constitución de reservas técnicas, es decir recursos financieros, es otra característica importante de la seguridad social y obedece a la necesidad brindar servicios de salud durante situaciones de emergencia. En efecto, el artículo 6° del Reglamento se refiere a las reservas técnicas de EsSalud y establece lo siguiente:

"Las reservas técnicas de EsSalud deben mantenerse como mínimo en un nivel equivalente al 30% del gasto incurrido para la producción de prestaciones durante el ejercicio anterior. Su utilización sólo procede en casos de emergencia, declarados como tales por acuerdo del Consejo Directivo de ESSALUD".

En otros términos, las reservas técnicas son fondos de contingencia que la entidad utiliza en situaciones de emergencia, calificadas de esa manera por su Consejo Directivo. La

---

*"(...) 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 191° y 194° de la Constitución, acepta la convivencia de sub-sistemas normativos (...)"*. Sentencia recaída en los expedientes acumulados 0020-2005-PI/TC 0021-2005-PI/TC.

<sup>28</sup> Sentencia recaída en el expediente 0020-2005-PI/TC y 0021-2005 PI/TC (acumulados). Fundamento 57.

<sup>29</sup> GRISOLIA, Julio Armando. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lexis Nexis. Depalma. Buenos Aires. 2002. p. 916.

ley no define cuáles son esas situaciones de emergencia que habilitan el uso de dichas reservas, sino que faculta a un órgano de la entidad a calificar en cada caso una situación como emergencia.

Sólo como referencia, según la Organización Internacional de Trabajo - OIT, 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, así por ejemplo: "desastres naturales, contingencias epidemiológicas de alcance masivo o coyunturas macroeconómicas que afecten abruptamente los ingresos (hacia abajo) o los gastos (hacia arriba)"<sup>30</sup>.

Un caso paradigmático fue el dispuesto por el Decreto Supremo 001-2006-TR que ordenó a EsSalud utilizar sus reservas técnicas para financiar prestaciones de salud a los trabajadores afiliados al seguro social del pescador durante los meses de enero, febrero y marzo de 2006.

En esa ocasión, la situación que habilitó el uso de la reserva fue la orden de suspender la extracción de anchoveta durante los meses de enero, febrero y marzo de 2006, medida que impidió a un sector importante de trabajadores pesqueros cumplir la acreditación necesaria para recibir prestaciones de salud durante los meses de suspensión de la extracción<sup>31</sup>.

En principio, las reservas técnicas de EsSalud no están previstas para cubrir las contingencias creadas por el propio Estado, sino por situaciones propias de la seguridad social (pandemias, epidemias, etcétera), pero es posible y conveniente que la entidad pueda recurrir a ellos para asegurar la continuidad de sus prestaciones, pues este, finalmente, es el fundamento y razón de las reservas técnicas. Por tanto, incluso una situación de riesgo de un proyecto de inversión para la construcción de hospitales donde se otorgaran prestaciones de salud, podría calificar como situación de emergencia, pues finalmente afecta la funcionalidad de la seguridad social.

## VI. Inversiones mediante asociaciones público privadas en seguridad social

### VI.1 Proyectos de inversión en seguridad social con recursos intangibles

Actualmente existe una creciente demanda de servicios de seguridad social generada, principalmente, por el aumento del número de asegurados, lo cual coincide con un creciente interés del sector privado en participar en proyectos de infraestructura y servicios de salud (en adelante, "proyectos sociales"). Consecuentemente, la regulación sectorial creada por EsSalud en virtud de su autonomía debe conciliar estas circunstancias y catalizar la ejecución de este tipo de proyectos.

La primera idea importante al respecto es que la condición intangible de los recursos de la seguridad social no impide que puedan ser utilizados en la ejecución de proyectos sociales<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Al respecto, se puede revisar el Informe financiero-actuarial y de la gestión de ESSALUD: análisis y recomendaciones técnicas", elaborado en mayo del 2005, por la Organización Internacional del Trabajo - OIT.

<sup>31</sup> Actualmente, ESSALUD se encuentra bajo el ámbito de FONAFE, en virtud de la Ley 29626, Ley de Presupuesto 2011. Sin embargo, la facultad para autorizar el uso de la reserva técnica sigue en titularidad del Consejo Directivo de ESSALUD. Sin embargo, si el uso de la reservas conllevan una modificación del presupuesto de la entidad, FONAFE tendría competencia para autorizar tal operación en virtud a la Ley 27170.

<sup>32</sup> 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

Es importante resaltarlo, porque en el marco de dichos proyectos es imprescindible que la entidad comprometa sus recursos intangibles en operaciones económico-financieras necesarias para financiarlos. Por ejemplo, dichos recursos pueden ser usados para constituir fideicomisos que garanticen el pago a los concesionarios por la construcción y operación de redes hospitalarias, sin que ello implique afectar su intangibilidad, toda vez que se realizan como parte de los fines señalados anteriormente, específicamente en la generación de infraestructura, fin previsto en la Ley No. 26790.

De igual manera, todos los actos que EsSalud realice con cargo a sus recursos intangibles serán válidos si se efectúan como parte de dichos objetivos. Para ello, el Reglamento faculta a EsSalud a celebrar todo tipo de contratos permitidos por la legislación peruana<sup>33</sup>, sean de naturaleza privada o pública<sup>34</sup>. Esto también debe resaltarse, ya que en el proceso de ejecución de los grandes proyectos de inversión social es usual que la entidad celebre contratos de diversa índole, muchos de ellos inusuales fuera de esos ámbitos.

## VI.2 Proyectos de inversión en seguridad social en un marco jurídico autónomo

La segunda idea importante sobre las inversiones en seguridad social es que se realizan en un marco jurídico autónomo que promueve la inversión. Dicho marco legal está integrado, básicamente, por la Ley de APPs (Decreto Legislativo No. 1012), su Reglamento (aprobado por Decreto Supremo No. 146-2008-EF) y el Reglamento de Promoción y Gestión de Inversión en Obras de Infraestructura y Servicios de Salud (en adelante, "Reglamento de Inversiones"), aprobado por Acuerdo de Consejo Directivo No. 50-16-ESSALUD-2010.

En concreto, la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley de APPs establece 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 norma<sup>35</sup>. 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.

El Reglamento de Inversiones precisa que 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 público privada, concesión, asociación en participación, gerencia, *joint venture*, especialización de servicios.

---

(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.

<sup>33</sup> 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 002-99-TR.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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 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.

### VI.3 Modalidades de promoción de la inversión en seguridad social

La promoción de inversiones sociales puede realizarse mediante iniciativa privada o estatal, incluyéndose en esta última incluye las modalidades de Iniciativas Privadas, Licitación Pública Especial y Concurso de Proyectos Integrales, sobre las cuales Fanelli Evans, en magistral resumen de sus diferencias, ha señalado 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"<sup>36</sup>; descripción que concuerda con el Reglamento de Inversiones que ordena a EsSalud convocar a concurso de proyectos integrales o licitación pública cuando cuente con estudios previos respecto de un proyecto de inversión y a iniciativa privada en caso que no cuente con ello.

Además de estas modalidades tradicionales, resalta la denominada "Invitación Nacional e Internacional a Presentación de Iniciativas Privadas" que siendo una variante de la "Iniciativa Privada"<sup>37</sup> le permite a EsSalud seleccionar a los mejores inversionistas, nacionales e internacionales, e instarlos a realizar proyectos de inversión sociales.

Esta es una modalidad activa para ámbitos que requieren urgentemente inversión privada y donde el rol de la administración se asemeja más a una agencia de promoción de la inversión, antes que a una autoridad resolutoria. Por ello, parafraseando a Fanelli Evans podemos precisar que cuando la autoridad no sabe lo que quiere ni como lo quiere, pero lo necesita con urgencia, invita a la presentación de iniciativas privadas<sup>38</sup>.

### VI.4 Proyectos de Inversión en seguridad social 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. 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 hasta hace poco mantenía la prohibición de cofinanciar iniciativas privadas, prohibición que ya no se encuentra vigente por aplicación de Ley No. 29771. Por consiguiente, EsSalud puede cofinanciar iniciativas privadas que así lo requieran. Para hacerlo bastaría invocar la aplicación directa de la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley de APPs que, como

<sup>36</sup> FANELLI EVANS, Guillermo. En: "La Concesión". Revista Argentina del régimen de la Administración Pública", noviembre 1993.

<sup>37</sup> 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](http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap2.pdf). Última visita realizada el 9 de julio de 2012.

<sup>38</sup> Llamar supone convocar a todos en general y a nadie en particular, esperando que acudan; invitar supone identificar, individualizar y proponer.

indicamos, le faculta a suscribir contratos usando los mecanismos establecidos en la Ley de APPs, siendo uno de ellos la iniciativa privada con los límites y alcances impuestos por dicha norma, entre los cuales no se encuentra la prohibición de cofinanciamiento.

Es importante definir si los proyectos de inversión cofinanciados o, en general, aquellos realizados con fondos de la seguridad social, están excluidos del Sistema Nacional de Inversión Pública – SNIP.

En principio, todas las entidades de los tres niveles de gobierno que ejecutan proyectos de inversión con recursos públicos están sujetas al SNIP<sup>39</sup>, salvo que una norma con rango de ley, expresamente, los excluya de su ámbito de aplicación. No obstante, los recursos de EsSalud, mayoritariamente, provienen de los aportes de sus afiliados, por lo que podría cuestionarse que califique como recurso público, el mismo que ha sido definido por la ley No. 28112, "Ley marco de la Administración Financiera del Sector Público", como: "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".

Ahora bien, aun considerándolo como inversiones públicas, es bastante claro que las reglas y procedimientos del SNIP restringen el ejercicio de la autonomía de la entidad, entre otras razones, porque limitan su competencia para decidir sobre la ejecución de proyectos de inversión<sup>40</sup>, pues ello dependería de la evaluación que al respecto realicen los organismos a cargo del SNIP. La aplicación del SNIP relativiza el principio de Unidad de Gestión de la seguridad social y al carácter autónomo de la entidad que lo administra, los mismos que, teóricamente, sustentarían su exclusión del referido sistema administrativo.

Por esos mismos fundamentos, la Ley No. 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 mencionar expresamente al SNIP, pues este aún no había sido creado.

Resulta evidente que dicha exclusión se inspira en la Unidad de Gestión de la seguridad social, al garantizar que los recursos de la seguridad social se administren al margen del sistema administrativo de gestión financiera. Por consiguiente, existen fundamentos y casos reales que sustentan la exclusión de las inversiones en seguridad social del SNIP, sistema del cual no fue excluido por esta norma, probablemente<sup>41</sup>.

## VI.5 Autoridades competentes en proyectos de inversión en seguridad social

En los procesos de promoción de la inversión privada de EsSalud intervienen órganos de decisión, de ejecución y de control.

Conforme al Reglamento de inversiones, el Consejo Directivo es el máximo órgano de decisión de EsSalud y, como tal, adopta las decisiones determinantes en los procesos de

<sup>39</sup> 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

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> 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.



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 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.

## **VI.6 Breve esquema de los proyectos ejecutados de asociación público privada en seguridad social**

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 APP<sup>42</sup>.

Los Contratos APP celebrados por EsSalud (entre ellos para la construcción, mantenimiento y gestión del Hospital III - Callao y Centro Asistencial Sabogal y el Hospital III - Villa María del Triunfo) reflejan otra visión de la seguridad social donde un proveedor privado (concesionario) brinda servicios de salud a un número de afiliados (lote) por lo cual es retribuido por EsSalud con un monto determinado.

Los gastos que exceden dicho monto son internalizados por el proveedor concesionario, de manera que este obtiene más beneficios cuando menos servicios de salud requieren sus afiliados, es decir, cuando más saludables se encuentren y, consecuentemente, demanden menos servicios de salud.

Como explica O'Neill de la Fuente se "rompe el esquema tradicional por el cual los proveedores de servicios de salud ganan más cuanto más se enferman las personas"<sup>43</sup>. Así, el esquema incentiva a brindar servicios de salud de calidad (para evitar brindar nuevos servicios derivados de malas atenciones), y a priorizar servicios de prevención de la salud.

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> O'Neill De la Fuente, Cecilia. "Entrevista sobre Asociaciones Público Privadas". Revista de Derecho Administrativo No. 12. Tomo I p 285.

Otro aspecto que resalta en estos Contratos APP es su esquema de financiamiento, el cual prevé la constitución de un Fideicomiso Matriz de Administración y Pagos (en adelante, "Fideicomiso") al cual se destinan los derechos de cobro representados por un porcentaje del aporte por seguridad social.

A través del Fideicomiso, a su turno, se realizan los pagos a los titulares de los denominados Certificados de Reconocimiento de Derechos Irrevocables (en adelante, "CR-RPIs") que son los instrumentos financieros de libre transferencia con los cuales el proveedor concesionario accede a los mercados internacionales de financiamiento para hacerse de los recursos necesarios que financien el proyecto de inversión social en cuestión.

Dicha cadena de flujos financieros, en última instancia, están respaldados por los recursos intangibles de la seguridad social (los aportes), hecho que supone una ventaja para los titulares del proyecto y de los CR-RPIs, pues nadie podrá afectar o disponer de los recursos de la entidad destinado a garantizar su pago.

Esa función de "garantía" que, en la práctica, cumple la condición intangible de los recursos de la seguridad social en el financiamiento de los proyectos sociales, incrementa el atractivo del sector para desarrollar proyectos de inversión respaldados por los recursos de la seguridad social.

## VII. Contingencias que afectan las inversiones en seguridad social

Existen riesgos propios de la seguridad social, como terremotos o epidemias, que pueden afectar el normal funcionamiento de la seguridad social. En nuestro país, sin embargo, debemos incluir también los riesgos políticos, es decir, los riesgos de las acciones creadas por el propio Estado que afectan la seguridad social.

Un caso paradigmático es la situación creada por la Ley No. 29351, que dispone que los empleadores entreguen a sus trabajadores los montos correspondientes al aporte a EsSalud de julio y diciembre como una bonificación.

Dicha medida fue una respuesta frente a los efectos de la última crisis internacional y su vigencia se extendió, en principio, desde el año 2009 hasta el año 2011, pero posteriormente fue ampliada hasta el año 2014. EsSalud calcula por efecto de esta norma dejará de percibir, hasta el año 2014, aproximadamente, S/. 3000,000.000 por concepto de aportes, suma adicional a los S/. 900,000.000 dejados de percibir durante la vigencia inicial de la norma.

Esta medida vulnera el carácter autónomo de EsSalud y la intangibilidad de sus recursos. Sin embargo, lo más peligroso es que crea un desbalance en el presupuesto de la entidad que afecta indirectamente el financiamiento de los servicios de la seguridad social, incluyendo las prestaciones de servicios de salud o la ejecución de sus proyectos de inversión actuales y futuros.

EsSalud podría afrontar dicha situación, parcialmente, utilizando sus fondos de contingencia de la seguridad social, es decir, sus reservas técnicas<sup>44</sup>. Sin perjuicio de ello, también podría recurrir a las siguientes acciones:

<sup>44</sup> Abanto Revilla explica la diferencia entre los conceptos de "fondo" y "reservas" señalando 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.

1. Incrementar sus partidas presupuestales hasta los márgenes fijados por el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE<sup>45</sup>.
2. Utilizar los recursos de uno de sus fondo presupuestales para cubrir los gastos imprevistos generados en otro fondo presupuestal<sup>46</sup>.
3. Solicitar nuevos fondos a FONAFE<sup>47</sup>.

También ha sucedido que el Estado, en su posición de garante de seguridad social, de forma excepcional y ante una situación que afectó la funcionalidad de EsSalud, autorizó la transferencia de fondos públicos a esta entidad a través del Ministerio de Trabajo y Promoción Social<sup>48</sup>. Este es un supuesto residual y excepcional.

## VIII. Síntesis

Tradicionalmente, el Estado ha considerado que existen servicios como la educación, la salud pública o la seguridad social que, pese a no tener la condición de servicios públicos, tienen un especial interés social, por lo que, igualmente, conforman el núcleo duro la actividad prestacional del Estado. Consecuentemente, el Estado se ha encargado de financiarlos, gestionarlos y proveerlos directamente.

Sin embargo, el Estado, en su objetivo de volverse una entidad eficiente, y entendiendo que su posición es de garante de tales prestaciones, lentamente ha replegado su actividad sobre dichos ámbitos buscando incorporar la participación del sector privado y los mecanismos de libre mercado.

La seguridad social es uno de los primeros ámbitos donde se ha empezado a quebrar el paradigma de la gestión estatal directa de los servicios sociales facilitando la incorporación del sector privado en su gestión, tal como lo demuestran las últimas experiencias en asociaciones público privadas realizadas por EsSalud.

Dichos proyectos incluyen novedosos esquemas para garantizar la provisión de servicios de salud de calidad, esquemas que podrían replicarse en otras áreas de interés social, como la educación o la salud pública, para ejecutar grandes proyectos de inversión con participación privada.

Recibido: 15/07/2013  
Aprobado: 15/08/2013

<sup>45</sup> En concordancia con el acuerdo al Acuerdo de Directorio 001-2010/014-FONAFE, directiva para la formulación del plan operativo y presupuesto de las empresas bajo el ámbito de FONAFE.

<sup>46</sup> Conforme al numeral 11.3 del artículo 11 de la Ley 27056.

<sup>47</sup> Al respecto, 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".*

<sup>48</sup> La Ley 29418 autorizó al Ministerio de Economía y Finanzas transferir S/. 230,000.000 al Ministerio de Trabajo y Promoción Social para que este, a su turno, los transfiera a ESSALUD con la finalidad expresa de financiar la provisión de servicios de salud y la ejecución de proyectos de inversión pública.