

LINEAMIENTOS PARA UNA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL MERCADO DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS

GUIDELINES FOR REGULATING THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN THE MORTGAGE CREDIT MARKET

Nataly Félix Acosta*

Universidad de Lima

Priscilla Gavancho**

Universidad del Pacífico

Michael Luyo Castañeda***

Pontificia Universidad Católica del Perú

This article analyzes the application of the principle of subsidiarity in mortgage loans granted by the Banco de la Nación, highlighting the differing approaches of the Constitutional Court and Indecopi. The former emphasizes social need, while the latter prioritizes market competition and the adequacy of private supply, considering state intervention justified only when the private sector fails to meet demand effectively.

In light of the lack of consistent criteria, we propose guidelines to assess subsidiarity in the granting of these loans and to prevent market distortions. Additionally, we present alternatives to ensure the continued operation of the Banco de la Nación, guaranteeing that its involvement respects the principle of subsidiarity and remains complementary to private banking.

KEYWORDS: *Subsidiarity; market; mortgage credit; Public Administration; bank.*

En el artículo se analiza la aplicación del principio de subsidiariedad en los créditos hipotecarios del Banco de la Nación, resaltando la diferencia de criterios entre el Tribunal Constitucional e Indecopi. El primero enfatiza la necesidad social, mientras que el segundo prioriza la competencia y la suficiencia de la oferta privada, considerando que la participación estatal solo se justifica si el sector privado no cubre adecuadamente la demanda.

Ante la falta de criterios uniformes, proponemos lineamientos para evaluar la subsidiariedad en el otorgamiento de estos créditos y evitar distorsiones en el mercado. Además, presentamos alternativas para la subsistencia del Banco de la Nación, garantizando que su intervención respete la subsidiariedad y sea complementaria a la banca privada.

PALABRAS CLAVE: *Subsidiariedad; mercado; créditos hipotecarios; Estado; banco.*

* Abogada por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad del Pacífico. Egresada de la Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-8138-1011>. Contacto: nfelix@ulima.edu.pe

** Abogada por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad del Pacífico. Egresada de la Maestría de Gestión Pública de la Universidad de San Martín de Porres. Ejerció la docencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres y en la Universidad de Lima. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-9381-0134>. Contacto: gavancho@gmail.com

*** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad del Pacífico. Docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de San Martín de Porres. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7437-904X>. Contacto: mluyoc@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 17 de marzo de 2025, y aceptado por el mismo el 15 de mayo de 2025.

I. INTRODUCCIÓN

Un tema de debate constante en el Perú es la necesidad de la intervención estatal en el mercado a través de empresas públicas, especialmente en el sector bancario. Un error en este ámbito podría afectar la economía del país y perjudicar a la población, al comprometer tanto el proceso competitivo como el uso eficiente de los recursos públicos.

En el mercado financiero, la intervención estatal está regulada por el principio de subsidiariedad del artículo 60 de la Constitución. Sin embargo, su aplicación genera interpretaciones diversas, lo que ha llevado a cuestionar si el Banco de la Nación cumple realmente con este principio. Desde 1966, esta entidad ha ampliado su presencia y oferta de productos, incluyendo créditos hipotecarios desde 2009, un servicio también brindado por la banca privada, en el que también ofrece tasas menores a las del sector privado (de acuerdo con la información proporcionada por la página web del Banco de la Nación, las tasas que aplica el Banco de la Nación para créditos hipotecarios varían entre 6.75% a 7.75%, anual) (Banco de la Nación, 2025).

Dado que el Banco de la Nación compete con el sector privado en este rubro, su intervención podría generar distorsiones en el mercado y un uso discutible de los recursos públicos. No obstante, su alcance es más limitado que el de la banca privada y opera en zonas sin presencia de otras entidades financieras. Por ello, es crucial evaluar si su participación en el otorgamiento de créditos hipotecarios es realmente necesaria o si, por el contrario, su intervención en este mercado podría ser prescindible.

En este artículo se proponen lineamientos para evaluar el cumplimiento del principio de subsidiariedad en el otorgamiento de créditos hipotecarios por parte del Banco de la Nación. A través de un análisis de la oferta privada, la existencia de mecanismos de fomento y la identificación de necesidades públicas no cubiertas, se busca determinar en qué casos la participación estatal está justificada y cómo puede optimizarse su actuación para evitar distorsiones en el mercado financiero.

II. JUSTIFICACIÓN PARA LA PARTICIPACIÓN DEL ESTADO EN EL MERCADO FINANCIERO

En la doctrina se ha considerado que existen, por lo menos, cuatro argumentos que podrían sustentar la intervención del Estado en el sector bancario (Levy-Yeya *et al.*, 2004, pp. 6-9). A continuación, se presentan los principales.

A. Primer argumento: mantener la seguridad y solidez del mercado bancario

Este argumento parte de la premisa de que el sistema bancario es inherentemente frágil debido a su función para captar ahorros y colocar créditos, lo que genera riesgos de incumplimiento, inversiones más riesgosas y la posible quiebra de la entidad bancaria. La intervención del Estado no solo se justifica en la fragilidad del sistema bancario, sino en las potenciales externalidades negativas que podrían afectar a la economía de un país.

B. Segundo argumento: mitigar fallas del mercado

La historia ha demostrado que los mercados no son perfectos, y el mercado financiero no es la excepción. La información disponible en este mercado a menudo es incompleta, o no verificable, lo que obliga a las entidades bancarias a asumir un mayor o menor riesgo dependiendo de la información con la que cuentan.

Uno de los diez principios de la economía es que el Estado puede mejorar, en algunos casos, los resultados del mercado. Según lo señalado por Mankiw (2012, pp. 4-13), existen dos razones principales por las cuales resulta necesaria la participación del Estado: (i) porque es necesario que garantice el mantenimiento de las reglas, instituciones y derechos de propiedad en el mercado en el que participan los privados (esta razón se encuentra relacionada con el primer argumento que justifica la intervención estatal en los mercados financieros); y (ii) para promover la eficiencia (ante la presencia de una falla del mercado, como las externalidades, asimetría de la información, bienes públicos o una competencia imperfecta) y la equidad, que de otra manera no se lograría sin su intervención.

Sobre este punto, Levy *et al.* (2004) agregan que existe un sector que defiende la presencia de los bancos públicos a efectos de garantizar la competitividad en el mercado bancario. Sin embargo, señalan que ello solo se daría si estuviésemos en un contexto en el que la regulación del sector es limitada y proclive a la captura, entendida como la situación en la que el regulador, en lugar de actuar en defensa del interés público, adopta decisiones que favorecen a las empresas reguladas, debido a la influencia que estas ejercen sobre él, ya sea por presiones externas o por la búsqueda de beneficios personales o institucionales (Quintana, 2006, p. 2).

Otro efecto positivo que podría originar la participación de la banca pública en el mercado financie-

ro consiste en que, en los casos en que un mercado se encuentre altamente concentrado, la banca pública puede cumplir un importante rol como testigo, al forzar al sector bancario a fijar tasas en niveles más próximos a los que resultarían en un contexto más competitivo.

Lo cierto es que la historia también ha demostrado que no siempre el Estado ha podido resolver las fallas. Precisamente por ello, se ha señalado que es importante tener en cuenta las limitaciones del Estado (por ejemplo, información limitada, limitaciones impuestas por los procesos políticos y otros) a fin de determinar en qué casos corresponderá que el Estado intervenga. En esa misma línea, Weimer y Vining (2017) afirman que la presencia de una falla de mercado *per se* no justifica su intervención en la economía, para ello se deben analizar otros aspectos como las fallas de gobierno.

Otros autores sostienen que, en vez de buscar fallas de mercado, es más importante analizar el concepto de costo de transacción, el cual permite un mejor análisis para identificar los supuestos en los que el Estado debería intervenir (Zerbe & McCurdy, 1999, p. 2). En relación con esta última opinión, se ha señalado que el Estado únicamente deberá intervenir cuando se presente una falla del mercado relevante y que se pueda acreditar que con la participación del Estado dicha situación pueda mejorar, coadyuvando así con la empresa privada (Stiglitz, 2000).

C. Tercer argumento: financiar proyectos sociales valiosos, pero económicamente no rentables

A pesar de su importancia para el desarrollo económico, algunos proyectos socialmente valiosos son económicamente inviables para los bancos privados, especialmente durante recesiones. Es precisamente por ello que, en este tipo de casos, se justifica la intervención del Estado a través de bancas públicas de desarrollo. La banca pública, a través de entidades de desarrollo, puede financiar infraestructura, pequeñas y medianas empresas, y vivienda en sectores donde la banca privada no tiene presencia. La banca de desarrollo¹ ha jugado un papel crucial en América Latina², financiando

proyectos prioritarios con tasas preferenciales, lo que complementa la oferta de la banca privada. Así, se ha señalado que una de las funciones de la banca pública es el fomento, dado que su finalidad (al menos teórica) es complementar a la banca privada en aquellos sectores que resultan poco atractivos para la segunda, pero son importantes para el desarrollo económico del país (Delgado, 1996, p. 76).

Por ello, se ha señalado que con la participación del Estado en el mercado bancario se podrían cubrir brechas sociales, en tanto existen sectores de la población en los que la oferta privada no incursiona o en los que su presencia es insuficiente. Es en dichos sectores en los que la banca pública participará en el proceso de generación de crédito, puesto que los retornos sociales de la actividad o sector a financiar serán superiores que los rendimientos para las instituciones financieras privadas (Kampel & Rojze, 2004, p. 11). En estos casos, la banca pública dirige su oferta crediticia a los sectores más perjudicados por la segmentación del mercado, es decir, se convierte en un instrumento de desarrollo (Kampel & Rojze, 2004, p. 14; Villar *et al.*, 2016, p. 212).

D. Cuarto argumento: promover el desarrollo financiero y la inclusión financiera competitiva

Para el Estado, la inclusión financiera tiene como principales finalidades: (i) aumentar el desarrollo de la economía; y (ii) la consecuente reducción de la pobreza. En la India, la nacionalización de bancos y la expansión de sucursales en áreas rurales favorecieron el acceso a servicios financieros, lo que redujo la pobreza en zonas menos desarrolladas (Burgess & Pande, 2005, pp. 791-793). Según un estudio llevado a cabo por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID, 2008), la población de América Latina considera la pobreza como la principal causa de discriminación. En dicho estudio, se afirma que la inclusión financiera puede tener varios beneficios como lograr una distribución más uniforme del consumo, evitar robos, ahorro de tiempo, mayores oportunidades, entre otros. Una clara actuación a favor de la inclusión financiera es la colocación de sedes en las distintas partes del país que permitan a los ciudadanos acceder a productos bancarios.

¹ Es aquella institución que permite financiar proyectos de infraestructura de gran envergadura, financiar a pequeñas y medianas empresas, así como también la adquisición de viviendas; siempre y cuando la banca privada no tenga presencia en dichos sectores o clase de consumidores (Suárez, 1996, p. 138).

² Sobre este tema, Girón (2010, pp. 55-56) afirma que la banca de desarrollo tuvo un papel fundamental en el crecimiento de los países latinoamericanos y que esta banca se caracterizaba por conceder créditos para el desarrollo de sectores o actividades prioritarios para el desarrollo del país con tasas de interés preferenciales, en contraste con las tasas de interés ofrecidas por el sector privado.

Así, la participación del Estado en el mercado bancario puede efectuarse a través de la banca social³. Esta última, se encarga de los desbancarizados, aquellas personas que se encuentran excluidas del sistema financiero (créditos y depósitos). La finalidad de estas entidades bancarias es la inclusión financiera, promover microcréditos a aquellas personas que no tienen acceso a financiamientos otorgados por instituciones formales (Girón, 2010, p. 57).

Algunos autores enfatizan que, la importancia de este tipo de bancos, consiste en complementar la función de la banca privada, en aquel sector de la población que no tiene acceso a servicios financieros, sea por insuficiencia de los bancos privados o porque constituye una inversión de alto riesgo (Fadl, 1996, p. 143). Es decir, la banca pública, en estos casos, suplirá las funciones de la banca comercial, que se encuentra renuente o imposibilitada de cumplir con la prestación de dichos servicios.

De lo expuesto, se puede concluir que la intervención estatal en el mercado bancario variará dependiendo del contexto (jurídico, social y económico). Sin embargo, es crucial llevar a cabo un análisis profundo sobre la necesidad de dicha intervención, ya que un uso inadecuado tendría efectos perjudiciales en la economía del país.

III. EL BANCO DE LA NACIÓN Y LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS

A. La regulación del Banco de la Nación

El sector financiero y bancario es uno de los más regulados debido a su importancia en la economía de cada país (Pesqueira, 2009). En el Perú, la SBS es el organismo de derecho público encargado de supervisar el sistema financiero, de seguros y el sistema privado de pensiones, conforme a lo establecido en la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Las principales instituciones financieras supervisadas por dicha entidad son las siguientes: empresas bancarias, empresas financieras, cajas rurales de ahorro y crédito, cajas municipales, EDPYMES, empresas afianzadoras de garantías, empresas de servicios fiduciarios, empresas de arrendamiento financiero, empresas administradoras hipotecarias, Fondo Mivivienda y, finalmente, bancos de inversión.

En particular, la SBS, supervisa 17 empresas bancarias, dentro de las cuales se encuentran mayoritariamente bancos privados, así como algunas entidades públicas como el Banco de la Nación.

El Banco de la Nación es una empresa de derecho público con autonomía financiera, administrativa y económica, habilitada por el artículo 33 de la Décimo Tercera Disposición Final y Transitoria de la Ley 26702 para participar en el sistema financiero nacional. De esta manera, cumple con el requisito formal de contar con ley expresa emitida por el Congreso de la República para participar en el mercado.

Además de estar sujeto a la regulación de la SBS, el Banco de la Nación es administrado por el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (en adelante, Fonafe⁴), organismo que supervisa la banca de desarrollo, conformada también por la Corporación Financiera de Desarrollo (en adelante, Cofide) y Banco Agropecuario (en adelante, Agrobanco).

Actualmente, el Banco de la Nación se rige por: (i) su estatuto, aprobado por DECRETO SUPREMO 07-94-EF, de conformidad con la décimo tercera disposición final y complementaria de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros; (ii) por el Decreto Legislativo 1031, Decreto que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado (aplicable a las empresas bajo el ámbito de Fonafe); y (iii) el artículo 33 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, y sus modificatorias; así como por los demás artículos de la Ley General de manera supletoria.

B. La participación del Banco de la Nación en el mercado de créditos hipotecarios

Con la promulgación de la Constitución Política actual, se estableció de manera expresa el principio de subsidiariedad en su artículo 60. A partir de entonces, diversos gobiernos cuestionaron la necesidad de mantener la existencia del Banco de la Nación, argumentando que su existencia es innecesaria. Frente a la amenaza de su liquidación, la entidad adoptó ciertas medidas para mejorar sus servicios y ampliar la inclusión financiera (Banco de la Nación, 2016).

³ La banca social surgió inicialmente como cooperativas, fundaciones y organizaciones no gubernamentales. Actualmente, también son conocidas como sociedades cooperativas de ahorro y préstamos, cajas de ahorro y préstamos, instituciones de microcréditos o microfinanzas y otros (Girón, 2010, p. 57).

⁴ Fonafe es el encargado de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado, así como de aprobar el presupuesto de cada una de las empresas estatales.

En este contexto, desde el año 2009, el Banco de la Nación incurrió en el otorgamiento de créditos hipotecarios a trabajadores activos y pensionistas del sector público para la compra de inmuebles, construcción y remodelación de viviendas, un producto que tradicionalmente había sido ofrecido por la banca privada.

El crédito hipotecario para compra de vivienda, ha sido clasificada por el Banco de la Nación en tres modalidades: (i) compra de vivienda de bien terminado; (ii) compra de vivienda de bien futuro; y (iii) traslado de deuda hipotecaria. El Banco de la Nación ofrece créditos hipotecarios por un monto de 15.000 soles hasta el 90% del valor de venta del inmueble o del valor comercial de tasación (el que resulte menor), cuyo plazo para ser cancelado puede ser de 5 a 25 años, mientras que para el crédito hipotecario para mejora de inmueble, dicha entidad ofrece un financiamiento desde 10 000 soles hasta 100 000 soles (teniendo en cuenta que el límite de financiamiento es hasta el 50% del valor de tasación del inmueble en el cual se efectuará la mejora, ampliación o remodelación), cuyo plazo para cancelar puede ser hasta 10 años (Banco de la Nación, 2025).

IV. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO COMO GUÍA PARA LA ACTUACIÓN DEL BANCO DE LA NACIÓN

A. La libre iniciativa privada como eje del funcionamiento del mercado y el principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano

El Estado debe destinar el dinero recaudado a través de impuestos para cubrir necesidades públicas esenciales como salud, educación y seguridad. Si, en cambio, utiliza dichos fondos para participar en el mercado como un competidor sin existir justificación clara que sustente su intervención, podría generar dos efectos negativos: (i) dejar de cubrir necesidades públicas esenciales; y (ii) propiciar una competencia desleal con el sector privado, dado que el Estado cuenta recursos provenientes de los contribuyentes sin tener la necesidad de pagar intereses (Bullard, 2011, p. 200).

Uno de los principales cuestionamientos a la actividad empresarial estatal radica en su frecuente

ineficiencia en comparación con el sector privado. Esta ineficiencia puede deberse a diversas razones: (i) se utiliza a las empresas públicas como herramientas para lograr objetivos políticos individuales. Existen casos en los que sujetos políticos utilizan a las entidades financieras estatales para transferir beneficios a sus partidarios (recursos o puestos laborales), teniendo tales entidades un uso para maximizar fines personales (Villar *et al.*, 2016, p. 215); (ii) su mecanismo de toma de decisiones es burocrático, dado que no existe una motivación para lograr la eficiencia, por estar sujeta a motivaciones políticas y, además, que no debe preocuparse que su gestión sea rentable (Guarniz, 2012, p. 261); y (iii) podría generar distorsiones en el mercado al introducir prácticas como la predación de precios, con el objeto de desplazar a sus competidores actuales y disuadir la entrada de nuevos competidores (Falla, 2013, pp. 10-12).

Además, una intervención estatal inadecuada en sectores estratégicos, como el financiero, podría generar efectos macroeconómicos adversos, tales como inflación, incremento del endeudamiento externo y otros (Delgado, 1996, p. 78).

Debido a estos potenciales efectos negativos, el Perú ha optado por restringir la actividad empresarial del Estado de manera expresa. Así, el artículo 60 de la Constitución establece que solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, es decir, únicamente cuando no exista oferta privada para la provisión de determinados bienes o servicios. Esta participación, ya sea directa o indirecta, debe estar respaldada por una ley expresa y responder a razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

En aplicación de este principio, el Tribunal Constitucional, en la sentencia del 11 de noviembre de 2013 (EXPEDIENTE 0008-2003-AI/TC), sostuvo que el principio de subsidiariedad implica que el Estado debe intervenir en el mercado cuando existan fallas o vacíos que no puedan ser cubiertos por los agentes económicos privados, en el sentido de que su participación como agente económico se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada⁵.

Sobre esta base, es fundamental construir una perspectiva clara y debidamente justificada res-

⁵ De manera complementaria, en aplicación a la normativa que regula la leal competencia, mediante RESOLUCIÓN 3134-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010 (caso de la pollería de la Universidad Nacional de Altiplano de Puno) se afirmó que el principio de subsidiariedad estatal establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa, estableciendo criterios para analizar si la actividad empresarial cumple con ser subsidiaria.

pecto de la actividad empresarial del Estado, la cual debe proporcionar a las empresas estatales, al mercado y, al público en general, previsibilidad y una comprensión clara de los objetivos y prioridades generales del Estado como un agente económico.

B. El control del principio de subsidiariedad a través de las autoridades competentes

1. Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional⁶ ha emitido una serie de pronunciamientos sobre el rol subsidiario del Estado. Además de la sentencia recaída en el EXPEDIENTE 0008-2003-AI/TC, reafirmó su criterio en la sentencia del 15 de noviembre de 2007 (EXPEDIENTE 8152-2006-PA/TC), en la que señaló que la intervención estatal en la economía es excepcional y solo procede cuando la colectividad y los grupos sociales no estén en condiciones de hacerlo, con el fin de garantizar otros bienes constitucionales que pueden ponerse en riesgo ante las imperfecciones del mercado y respecto de los cuales existe un mandato constitucional directo de promoción, en tanto actividad, y de protección, en cuanto a la sociedad en general se refiere⁷.

De manera complementaria, el Tribunal Constitucional ha establecido que, desde el punto de vista formal, la actividad empresarial del Estado requiere autorización legal expresa, es decir, una ley emitida por el Congreso de la República, según las sentencias del 15 de febrero de 2005 y 14 de marzo de 2007 (EXPEDIENTES 00034-2004-PI/TC

y 00019-2006-PI/TC). Además, desde el punto de vista material, dicha habilitación debe justificarse en razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

De este modo, el artículo 60 de la Constitución ha sido interpretado como una limitación a la participación estatal en el mercado, permitiéndola solo ante inacción o defección de la iniciativa privada y conforme a los requisitos formales y materiales establecidos en dicho dispositivo constitucional⁸.

2. Agencia de competencia: Indecopi

El Decreto Legislativo 1044 (2008), Ley de Represión de Competencia Desleal, otorga al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) la facultad de sancionar a agentes económicos que cometan actos de competencia desleal. Según su artículo 14.3, la actividad empresarial estatal que infrinja el artículo 60 de la Constitución se considera un acto de competencia desleal bajo la modalidad de violación de normas. Esta norma introdujo una innovación al permitir que Indecopi sancione a entidades estatales que incumplan el principio de subsidiariedad (Bullard, 2011, p. 201). Así, el citado principio constitucional dejó de moverse únicamente en la esfera de la teoría (Diez Canseco & Buleje, 2011, p. 222), consolidando un régimen procedimental para su aplicación (Luyo & Bazán, 2017, p. 186). No obstante, se ha cuestionado la falta de parámetros claros para determinar la subsidiariedad de una actividad empresarial estatal (Stucchi, 2018).

Al respecto, se evalúa el carácter subsidiario de actividad la actividad empresarial bajo los tres siguientes escenarios:

- En el mercado relevante participan la empresa o entidad estatal y dos o más empresas privadas no vinculadas. Ante ello, se presume que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente.
- En el mercado relevante participan tanto una empresa privada como una entidad estatal. En este contexto, no se presume automáticamente que exista una oferta privada suficiente. Por ello, se debe evaluar si la empresa privada realmente tiene la capacidad de cubrir la demanda que podría surgir si la entidad estatal deja de participar. Asimismo, si la oferta disponible no es suficiente, se debe verificar que no existan barreras que impidan el ingreso de nuevos competidores al mercado.
- En el mercado relevante solo participa la empresa o entidad estatal. En tal caso, no existe oferta privada, por lo que corresponde evaluar la presencia de barreras a la entrada. Si tales barreras no existen, la actividad empresarial estatal tiene un rol subsidiario. Asimismo, en caso se determine que las barreras a la entrada son significativas, tal participación empresarial será subsidiaria, salvo que se determine que la presencia de la empresa o entidad estatal debe cesar al ser la barrera que desincentiva la entrada de agentes económicos privados.

⁶ El Tribunal Constitucional es un órgano autónomo, considerado por su Ley Orgánica como el supremo intérprete de la Constitución y órgano de control de la constitucionalidad. De acuerdo a lo expuesto en el artículo 202 de la Constitución, dicha entidad es competente para conocer en último grado el proceso de inconstitucionalidad, hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de incumplimiento; así como también los conflictos de competencia.

⁷ Lo anterior se ve reflejado también en las Sentencias emitidas el 23 de febrero de 2006, el 25 de junio de 2007 y el 17 de enero de 2017 en el marco de los EXPEDIENTES 7320-2005-PA/TC, 7339-2006-PA/TC y 0001-2014-PI/TC, respectivamente.

⁸ Cabe mencionar que un caso atípico resulta aquel recaído en la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2006, emitida en el EXPEDIENTE 07644-2006-PA/TC, por el cual el Tribunal Constitucional establece que el autofinanciamiento de recursos habilitado por la Ley, mediante el arrendamiento de infraestructura por el Instituto Peruano del Deporte, no puede considerarse como actividad empresarial, razón por la cual no se estaría violando el principio de subsidiariedad. Dicho caso es atípico, pues no refleja la aplicación de los criterios desarrollados en los pronunciamientos previamente citados.

En este contexto, Indecopi ha desarrollado criterios jurisprudenciales para evaluar este principio (Coronado 2018, 2020). La RESOLUCIÓN 3134-2010/SC1-INDECOPI⁹, del 29 de noviembre de 2010 (caso de la pollería de la Universidad Nacional de Altiplano de Puno), se determinó como precedente de observancia obligatoria la metodología del Indecopi vigente para evaluar si la actividad empresarial del Estado cumple con lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú. Si bien se basa en el DECRETO SUPREMO 034-2001-PCM y las metodologías aplicadas en los informes expedidos a solicitud del Fonafe, su valor radica en la sistematización de estos criterios (Quintana, 2011).

Recientemente, Indecopi ha interpretado el principio de subsidiariedad de manera distinta a lo establecido en este precedente. De esa manera, ha señalado que la actividad fuera del ámbito empresarial del Estado no se restringe a sus potestades públicas y servicios asistenciales, debido a que la propia Constitución ha establecido los deberes que el Estado debe realizar frente a sus ciudadanos, por lo que determinó que este tipo de actividades no pueden ser calificadas como empresariales¹⁰, lo que ha generado un debate sobre la vigencia del precedente de 2010. Este criterio, inclusive, lo ha plasmado en sus lineamientos¹¹, lo que evidencia un cierto distanciamiento a lo establecido en la RESOLUCIÓN 3134-2010/SC1-INDECOPI, por lo que su vigencia podría encontrarse en debate.

C. Estructura del principio de subsidiariedad para evaluar la actividad empresarial del Estado

La publicación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal otorgó a Indecopi competencia para sancionar a entidades estatales que vulneren el artículo 60 de la Constitución, lo que generó cuestionamientos sobre su constitucionalidad por parte de Fonafe (INFORMES 125-2008-DE-FONAFE y 140-2008- DE-FONAFE). Lo destacable de tales informes, para el presente artículo, es que han existido dudas desde la promulgación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, respecto a

la forma en que Indecopi aplicaría el principio de subsidiariedad a casos concretos¹².

Un caso relevante es el arrendamiento de infraestructura (estadio) por el Instituto Peruano del Deporte, evaluado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 15 de diciembre de 2006 (EXPEDIENTE 07644-2006-PA/TC). En dicha sentencia, el Tribunal determinó que esta actividad, con finalidad de autofinanciamiento, no constituía actividad empresarial. Lo afirmado por tal alta corte resulta cuestionable debido a que dicha actividad, a nuestro criterio, sí tiene como efecto concurrir en el mercado para prestar determinados servicios a un grupo de empresarios. Tal pronunciamiento ha puesto en debate cuál sería la metodología adecuada para evaluar el rol subsidiario de la actividad empresarial del Estado.

De hecho, la posición asumida por el Tribunal Constitucional ha sido cuestionada por el Indecopi en la RESOLUCIÓN 0415-2014/SDC-INDECOPI, del 20 de marzo de 2014, pronunciamiento con el cual coincidimos, en el sentido de que tal posición vacía totalmente de contenido el artículo 60 de la Constitución, toda vez que si se acogiera la interpretación de dicho Tribunal, prácticamente toda actividad estatal sería considerada no empresarial –dado que, por definición, una empresa pública o una actividad económica gestionada por una entidad estatal tienen objetivos que trascienden lo lucrativo– sin tener en consideración el hecho objetivo de que, en la realidad, su accionar sí puede estar distorsionar el buen funcionamiento del mercado.

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha declarado nula la decisión del Indecopi, al considerar que constituye una irregularidad de dicho organismo el apartarse de su pronunciamiento. Tales hechos, han generado en la práctica, inseguridad e incertidumbre de los agentes económicos, el mercado e, incluso, el propio Estado¹³ sobre los alcances de la actividad empresarial estatal.

En nuestra opinión, lamentablemente, en la sentencia recaída en el EXPEDIENTE 07644-2006-PA/

⁹ A la fecha la citada Resolución no ha sido publicada por el Indecopi en el diario oficial El Peruano para que sea de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades y empresas públicas.

¹⁰ Existe un distanciamiento que se refleja en las RESOLUCIONES 0143-2018/CCD-INDECOPI, 0146-2018/CCD-INDECOPI y 0147-2018/CCD-INDECOPI.

¹¹ Los lineamientos han sido aprobados por la comisión mediante la RESOLUCIÓN 001-2020-LIN-CCD-INDECOPI.

¹² En particular, el Fonafe ha considerado que dicho cuerpo legal violaría el principio de progresividad de las normas al establecer procedimientos sancionadores sin considerar los costos que conlleva el traslado de determinados servicios que sean considerados no subsidiarios al sector privado.

¹³ A consecuencia del pronunciamiento del Indecopi, el IPD inició un proceso de amparo contra la Sala de Competencia Desleal. En dicho proceso, con fecha 26 de enero de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo, nula la RESOLUCIÓN 0415-2014/SDC-INDECOPI, e indicó remitir copias de los actuados al Ministerio Público, en atención a lo dispuesto en el artículo 8 del Código Procesal Constitucional.

TC, el Tribunal Constitucional perdió la oportunidad de establecer una metodología clara para evaluar el principio de subsidiariedad bajo sus propios criterios.

En este punto, cabe destacar que, en línea con lo desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en sus distintos pronunciamientos, el Estado tiene el deber de participar como agente económico en el mercado, ante la inacción o defección de la iniciativa privada, de conformidad con el artículo 60 de la Constitución. A diferencia del citado Tribunal, el Indecopi considera que el principio de subsidiariedad estatal constituye un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa. Estas perspectivas han generado criterios disímiles al aplicar el principio de subsidiariedad, conforme se ha expuesto.

Frente a dicha situación, resulta necesario establecer un criterio que dilucide qué se entiende por rol subsidiario del Estado, a fin de aplicar correctamente el artículo 60 de la Constitución. Así, consideramos que las perspectivas del Tribunal Constitucional y del Indecopi, no se excluyen, por el contrario, se complementan al ser dos caras de una misma moneda.

En efecto, tal como se ha destacado recientemente en la doctrina nacional, el principio de subsidiariedad no implica ausentismo o renuncia del Estado, sino una racionalización de su intervención, la cual se simplifica en el sentido de que, si no se satisfacen las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial, corresponde al Estado realizar actividad empresarial (Cruces, 2021). Esa es la posición que compartimos.

D. Inexistencia de una posición uniforme que permita determinar el cumplimiento del principio de subsidiariedad por parte del Banco de la Nación

El 8 de junio de 2021, la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República emitió dictamen respecto a los PROYECTOS DE LEY 5787/2020-CR, 5926/2020-CR, 6013/2020-CR, 7689/2020-CR y 5450/2020-CR, Ley que faculta al Banco de la Nación a realizar operaciones y servicios de banca múltiple. A través del citado dictamen, se recomendó la aproba-

ción de una propuesta normativa con el objeto de facultar al Banco de la Nación para brindar todos los servicios y operaciones de banca múltiple a personas naturales, incluido el otorgamiento de créditos hipotecarios, sin establecer limitación de algún tipo. Se afirmó que dicha iniciativa tenía el fin de promover la competencia bancaria y la inclusión financiera.

Sin embargo, se advierte que, la mencionada comisión del Congreso de la República, no estableció ningún criterio para determinar de manera adecuada el cumplimiento del principio de subsidiariedad, limitándose a afirmar que resulta importante que haya una participación más activa del Banco de la Nación en el sistema financiero nacional, pues a través de su rol subsidiario permitiría atender a las personas brindando una alternativa financiera con mejores condiciones.

El 12 de junio de 2021, el Pleno del Congreso aprobó el dictamen, pero el 2 de julio de 2021, el Poder Ejecutivo formuló observaciones a la autógrafa de la ley que faculta al Banco de la Nación para realizar operaciones y servicios de la banca múltiple. En particular, se señaló que, la propuesta en mención, estaría contraviniendo el principio de subsidiariedad del Estado, ya que permitiría la competencia directa del Banco de la Nación con la banca comercial sin justificar su intervención¹⁴.

Estas posturas evidencian la falta de consenso y metodología para determinar la correcta aplicación del principio de subsidiariedad en actividades estatales, lo que genera incertidumbre al máximo nivel político y jurídico del país.

E. La incertidumbre para determinar el rol subsidiario de la actividad del Banco de la Nación por la ausencia de un criterio uniforme

La evaluación de la subsidiariedad de los créditos hipotecarios del Banco de la Nación, según lo previamente expuesto, puede conducir a conclusiones opuestas, generando inseguridad jurídica. De hecho, si el caso se presentara ante el Indecopi, la posible conclusión de que la actividad empresarial desplegada por el Banco de la Nación respecto al otorgamiento de créditos hipotecarios incumple el principio de subsidiariedad, podría ser revertida por el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional, como en el caso Gremco, donde el Tribunal declaró la nulidad de la resolución de Indecopi.

¹⁴ De la lectura de dicho documento, se puede advertir fácilmente que el Poder Ejecutivo considera como criterio relevante para evaluar el principio de subsidiariedad que la participación del Estado como un actor se justifique si la oferta privada no cubre las necesidades de la población, por lo que resulta necesario que sea completado por la oferta de una empresa pública.

Por lo antes expuesto, resulta necesario proponer una metodología que permita afirmar de manera adecuada si el Banco de la Nación, en lo referente al otorgamiento de créditos hipotecarios, cumple o no con el principio de subsidiariedad, dado que a partir de dicho planteamiento se podrán obtener resultados que permitan concluir si la normativa que regula dicha materia ha cumplido sus objetivos y qué tan eficiente ha sido.

V. CRITERIOS VIGENTES PARA EVALUAR EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Los resultados identificados deben evaluarse según los criterios establecidos por las autoridades competentes, el Tribunal Constitucional y el Indecopi, como encargados de aplicar lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución. Sin embargo, como se expondrá a continuación, no es posible concluir de manera uniforme si la actividad desplegada por el Banco de la Nación en el otorgamiento de créditos hipotecarios cumple con tal precepto constitucional.

A. Análisis del cumplimiento del principio de subsidiariedad en relación con el otorgamiento de créditos hipotecarios del Banco de la Nación, según los criterios del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el marco del EXPEDIENTE 05157 2014-PA/TC, destacó que existe una especial vinculación entre la actividad empresarial que ejerce el Banco de la Nación y la necesidad de que su accionar se encuentre sometido al conjunto de principios, derechos y valores que contiene y reconoce la Constitución.

En particular, en la citada sentencia se afirmó que la posibilidad de acceder a un crédito se encuentra interrelacionada con el ejercicio de otros derechos constitucionales. Por ejemplo, cuando la adquisición de un bien inmueble, se encuentra conectada con el derecho a la vivienda. En ese sentido, para amplios sectores de la población el acceso a una vivienda depende de un sistema de créditos, lo cual obedece al elevado costo que ciertos bienes tienen, y ello dificulta la adquisición para ciertas personas.

Sobre el derecho de vivienda, en la sentencia emitida en el EXPEDIENTE 0007-2012-PI/TC, el Tribunal señaló que este derecho implica la obligación

estatal de adoptar medidas para atender las necesidades habitacionales de la población. Se destacó que un gran sector carece de condiciones mínimas de calidad en su vivienda (viviendas jurídicas y geográficamente inseguras; viviendas sin servicios básicos como agua, desagüe y electricidad; viviendas no adecuadas a las condiciones climáticas; o viviendas pequeñas e insalubres).

A partir de estos criterios, el Banco de la Nación podría justificar que el otorgamiento de créditos hipotecarios es un mecanismo para garantizar el derecho a la vivienda de determinados sectores de la población. Así, el otorgamiento de créditos que se dirijan a trabajadores y pensionistas del sector público estaría supliendo las omisiones e imperfecciones del sector privado para garantizar, a través del otorgamiento de créditos hipotecarios, dicho derecho a toda la población.

De manera complementaria, el Banco de la Nación se encuentra presente en lugares del país donde no existe oferta privada (en 341 distritos constituye la única oferta bancaria), lo que fortalecería la conclusión de que dicha entidad cumple un rol subsidiario en el otorgamiento de créditos hipotecarios.

Por tal motivo, bajo la perspectiva del Tribunal Constitucional, podría afirmarse que el Banco de la Nación cumple con el principio de subsidiariedad.

B. Análisis del cumplimiento del principio de subsidiariedad en relación con el otorgamiento de créditos hipotecarios del Banco de la Nación, según los criterios del Indecopi

Desde la óptica de Indecopi, para determinar si la actividad empresarial desplegada por Banco de la Nación al otorgar créditos hipotecarios cumple con ser subsidiaria, se requiere delimitar, de manera preliminar, el mercado relevante¹⁵ en el cual participa la empresa o entidad estatal, para luego evaluar el carácter subsidiario de la actividad empresarial.

Se definirá el mercado del producto relevante del Banco de la Nación, solo respecto a sus créditos hipotecarios, los cuales consisten en otorgar financiamiento para la compra de bien inmueble terminado o bien futuro, mejora y remodelación de vivienda. Este producto también es ofrecido por la banca privada, aunque con una diferencia que le

¹⁵ Es importante aclarar que la definición de mercado relevante implica la identificación del servicio o conjunto de servicios que rivalizan por la demanda, en función de sus atributos, precio y finalidad, en un ámbito geográfico determinado. Para ello, la información obtenida de los operadores del sector en cuestión es de singular importancia, pues permite establecer el criterio de determinación de los linderos de un mercado en sus dos dimensiones: mercado producto y mercado geográfico.

podría dar una ‘ventaja’ respecto del producto de créditos hipotecarios ofrecidos por la banca privada: la tasa de interés. Las demás características del crédito hipotecario, ofrecido por el Banco de la Nación, constituyen limitaciones a su acceso, no solo por el público objetivo al cual se dirige este crédito ofrecido por la banca pública (trabajadores y pensionistas del sector público), sino también por otras limitaciones, como que el financiamiento se otorga únicamente en moneda nacional y que existe un máximo a financiar. Sin embargo, ninguna de estas limitaciones es aplicada por la banca privada, por lo que podría concluirse que los productos que brinda tienen una escala superior a aquellos brindados por el Banco de la Nación.

Una vez que se ha definido el mercado de producto de créditos hipotecarios, corresponde determinar el ámbito geográfico donde se desarrolla la concurrencia de los distintos operadores y usuarios en dicho mercado.

Desde el punto de vista de la oferta, y según lo informado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP del Perú (2025), actualmente existen 18 bancos (sin contar las cajas, el Banco de la Nación, ni otro tipo de entidad financiera), de los cuales cuatro concentran la mayor participación: Banco de Crédito del Perú (32.67%), BBVA (26.16%), Scotiabank (16.32%) e Interbank (15.83%). Considerando su nivel de participación en el otorgamiento de créditos hipotecarios en cada departamento, se puede concluir que el ámbito de operación lo constituye el espacio nacional, con especial énfasis en el departamento de Lima.

Desde el punto de vista de la demanda, la necesidad que tendrían los usuarios de obtener créditos hipotecarios hace que los proveedores posean una cobertura territorial amplia para atraer al mayor número de usuarios.

Por ello, se puede considerar que el principal mercado geográfico de otorgamiento de créditos hipotecarios en el Perú sería el ámbito nacional en

la medida que a través de dicha escala geográfica se maximizan aspectos de eficiencia operativa; y, por el lado de la demanda, se incorporan factores clave como la accesibilidad. No obstante, es preciso señalar que no se puede descartar que existan concentraciones en la demanda y en los volúmenes de otorgamiento de créditos en determinados espacios geográficos, los cuales podrían dar lugar a una delimitación más restringida del mercado geográfico.

En resumen, se puede concluir que el mercado relevante donde operaría el Banco de la Nación consiste en el mercado de otorgamiento de créditos hipotecarios orientados principalmente a personas naturales en el ámbito nacional.

Habiendo definido el mercado relevante en el que participa el Banco de la Nación, corresponde evaluar cuál es la oferta privada disponible y si ella pudiera atender la demanda cubierta o potencialmente liberada por la actividad estatal.

En ese sentido, de la revisión de la información anteriormente expuesta, en especial considerando las colocaciones de créditos, se conoce que existe oferta privada disponible en el mercado relevante al verificarse la existencia de más de dos entidades financieras privadas que podrían brindar el servicio delimitado en el presente caso. Ante ello, se presume que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente. En consecuencia, podría afirmarse, bajo la perspectiva del Indecopi, que el Banco de la Nación, respecto al otorgamiento de créditos hipotecarios, no cumple con el principio de subsidiariedad.

C. Evaluación de los enfoques planteados sobre el principio de subsidiariedad

Observemos los resultados obtenidos, a través de los tres indicadores analizados, a fin de observar con claridad el cumplimiento del principio de subsidiariedad desde la óptica del Tribunal Constitucional y del Indecopi:

Cuadro 1: Comparación de criterios

	Según los criterios del Tribunal Constitucional	Según los criterios del Indecopi
Las características de la oferta brindada por el Banco de la Nación y la banca privada	Los créditos hipotecarios del Banco de la Nación y la banca privada guardan similitudes en sus características esenciales.	Los créditos hipotecarios del Banco de la Nación y la banca privada guardan similitudes en sus características esenciales.
El público objetivo de los créditos hipotecarios ofrecidos por el Banco de la Nación y la banca privada	Las personas que pueden acceder a un crédito hipotecario del Banco de la Nación solamente son los trabajadores y pensionistas del sector público, lo que garantiza el derecho de vivienda a tal grupo de personas.	Las personas que pueden acceder a un crédito hipotecario del Banco de la Nación son los trabajadores y pensionistas del sector público, los cuales pueden recibir créditos de la banca privada. Siendo ello así, existe una competencia directa entre el Banco de la Nación y la banca privada para dicho grupo de personas.

	Según los criterios del Tribunal Constitucional	Según los criterios del Indecopi
El alcance geográfico de los créditos hipotecarios del Banco de la Nación y la banca privada	El Banco de la Nación se encuentra en lugares del país donde es la única oferta bancaria disponible, lo que permite garantizar a las personas el derecho de acceso a créditos hipotecarios.	Si bien el Banco de la Nación tiene oficinas donde es la única oferta disponible, en diversos lugares del Perú –por el nivel de alcance de dicha entidad– se refleja una competencia directa con la banca privada, en particular, donde la misma cuenta con oficinas.
Conclusiones sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad	El Banco de la Nación, mediante el otorgamiento de créditos hipotecarios, cumple el principio de subsidiariedad, entendido como deber del Estado.	El Banco de la Nación, mediante el otorgamiento de créditos hipotecarios, no cumple el principio de subsidiariedad, entendido como límite del Estado.

Fuente: Elaboración propia

Como se puede apreciar, los créditos hipotecarios del Banco de la Nación no están dirigidos a complementar la participación de la banca privada, por dos razones: (i) porque el Estado tiene el deber de brindar tales créditos en aquellas zonas donde no existe oferta privada bancaria, y (ii) porque actualmente los créditos hipotecarios que brinda el Banco de la Nación se encontrarían dirigidos a un sector de la población (4.64%) que también podría ser atendido por la banca privada.

D. Identificación de las deficiencias en los criterios vigentes para evaluar el principio de subsidiariedad

De acuerdo con lo desarrollado en el acápite anterior, existen dos perspectivas consideradas opuestas en relación con la interpretación del principio de subsidiariedad. Consideramos que dicho principio no implica ausentismo o renuncia del Estado, sino una racionalización de su intervención, la cual se simplifica en el sentido de que, si no se satisfacen las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial, corresponde al Estado suplir y realizar actividad empresarial (Cruces, 2021). En otras palabras, el Estado tiene el deber de actuar en beneficio de la sociedad, siempre dentro de los límites establecidos por la Constitución.

De la revisión de los criterios desarrollados por el Indecopi, se observa que el principal obstáculo para una evaluación adecuada del principio de subsidiariedad radica en su enfoque en la determinación del mercado relevante, pues prioriza la cantidad de agentes económicos en el mercado sin considerar las necesidades de la población en general, lo cual, a nuestro criterio, es un elemento relevante que justifica la participación del Estado.

Así, cualquier actuación debe estar fundamentada en la existencia de una necesidad pública que justi-

fique dicha intervención. Por ello, es indispensable identificar la necesidad, prioridad¹⁶ y alcance. Solo a partir de una adecuada identificación de estas necesidades se puede realizar una evaluación correcta del principio de subsidiariedad.

Ahora bien, en relación con los créditos hipotecarios en general, tal como se ha identificado previamente, estos tienen como objetivo financiar la adquisición, remodelación o construcción de viviendas. Así, se observa que tal necesidad de financiamiento se encuentra relacionada directamente con la necesidad de las personas de tener una vivienda digna.

De hecho, como se ha señalado, el Tribunal Constitucional, en el EXPEDIENTE 00018-2015-PI/TC, considera que el derecho a la vivienda adecuada es un derecho fundamental de toda persona que se encuentra íntimamente ligado al derecho a la dignidad humana, a la fórmula del Estado social y democrático de derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), al principio de igualdad material y al derecho al libre desarrollo y bienestar (inciso 1 del artículo 2 de la Constitución). Además, se precisa que contar con una vivienda digna incluye que la misma tenga acceso a servicios básicos como agua y luz, y que sea segura.

Por ello, resulta posible afirmar que la necesidad de acceder a un financiamiento hipotecario constituye una necesidad que cualquier ciudadano posee, por lo que el deber del Estado en relación con el derecho a la vivienda adecuada implica una actuación que garantice directa o indirectamente ese derecho a través de los mecanismos adecuados, e incluso a través de facilitar el acceso a financiamiento.

Por lo expuesto, es razonable afirmar que la población en general debe contar con las condiciones mínimas para acceder a créditos hipotecarios que garanticen finalmente su derecho a una vivienda digna.

¹⁶ Las necesidades pueden tener distintos rangos en relación con la prioridad de los mismos. Así, habrá necesidades como la salud, la educación y la seguridad que tendrán prioridad respecto de otras necesidades públicas.

A raíz de tal premisa, resulta sencillo afirmar que la metodología utilizada por el Indecopi cuenta con un sesgo insuperable que refleja una visión parcial de la realidad nacional, pues únicamente se enfoca en los participantes del mercado, cuando el elemento central del principio de subsidiariedad son las personas. Adicionalmente, dado que el Tribunal Constitucional no cuenta con criterios claramente definidos para evaluar la actividad empresarial del Estado en aplicación del artículo 60 de la Constitución, es necesario identificar los criterios que permitan afirmar que el Banco de la Nación cumple con el principio de subsidiariedad adecuadamente entendido. Esto es un deber frente a la población nacional que, si bien tiene un límite definido, no dejar de ser un deber.

VI. CRITERIOS PARA DETERMINAR EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

En este contexto, es fundamental proponer criterios claros para evaluar el cumplimiento del principio de subsidiariedad, los cuales, compartiendo la perspectiva general propuesta por el Tribunal Constitucional, deberían ser establecidos considerando a dicho principio como un deber del Estado, en el sentido de que se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en beneficio del bien común (Sentencia del EXPEDIENTE 0008-2003-AI/TC).

Por tanto, proponemos que el primer criterio consista en identificar la necesidad pública que se pretende satisfacer con el otorgamiento de créditos hipotecarios. Se debe determinar si la necesidad pública que busca cubrir el Banco de la Nación tiene una justificación constitucional y si requiere una intervención estatal para fomentar, complementar, integrar o sustituir la libre iniciativa privada.

Una vez identificada la necesidad, corresponde evaluar si la oferta del sector privado es suficiente para cubrirla. Si el sector privado llega a cubrir dicha necesidad, el Estado no debe intervenir, a fin de evitar el uso ineficiente de los recursos y generar distorsiones en el mercado. Si, por el contrario, existe insuficiencia de oferta del sector privado, el Estado debe evaluar si debe intervenir y de qué manera.

Como se analizó previamente, el Estado ya participa a través del Fondo Mivivienda. Es importante,

entonces, determinar si esta actuación o alternativas públicas similares pueden fomentar o complementar la participación de la banca privada, de modo que no se requiera una mayor intervención estatal en el sector.

Si se identifica una necesidad pública justificada constitucionalmente que esté siendo cubierta por el sector privado, y que no existen alternativas idóneas, se debe evaluar en qué supuestos el Banco de la Nación puede otorgar créditos hipotecarios, sin afectar su funcionamiento a largo plazo.

Finalmente, si se determina que el Banco de la Nación debe atender a un público específico mediante créditos hipotecarios, es crucial que esta entidad realice una evaluación periódica para asegurar el cumplimiento continuo del principio de subsidiariedad, dado el dinamismo de las circunstancias.

A. Identificación de la necesidad pública que tenga justificación constitucional

Los créditos hipotecarios permiten a las personas acceder a financiamiento para adquirir, remodelar o construir viviendas. Aunque el derecho a una vivienda digna no está expresamente reconocido en la Constitución, sí ha sido respaldado por normas internacionales¹⁷ y la jurisprudencia nacional.

En ese sentido, es posible afirmar que existe una necesidad pública que tiene justificación constitucional, ya que es una necesidad compartida por toda población. Esto constituye un punto de partida para aplicar correctamente el principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Banco de la Nación.

B. Determinación de la suficiencia de la actividad empresarial de la banca privada para satisfacer la necesidad pública identificada

La banca privada podría cubrir la necesidad pública de financiamiento para adquisición, remodelación y construcción de vivienda. Aunque se observa una importante colocación de créditos por parte de la banca privada; es necesario verificar si existen factores que impidan cubrir dicha necesidad en su totalidad.

Si consideramos lo descrito en el acápite IV¹⁸, la banca múltiple enfrenta barreras para ofrecer ser-

¹⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Declaración de Derechos Humanos.

¹⁸ Hemos podido apreciar que, al 2020, a nivel nacional la banca múltiple privada, conformada por 15 instituciones, tenía en total 1772 oficinas. De dichas oficinas, 945 se encuentran en el departamento de Lima y 66 oficinas en la provincia Constitucional del Callao, en los que –considerando de manera conjunta– tienen una población de 10'479,889 de personas. Es decir, más del 57% de oficinas se encuentra en los departamentos de Lima y Callao, siendo que únicamente 761 oficinas

vicios financieros en zonas alejadas, debido a la falta de infraestructura adecuada, como el acceso a internet. La expansión de sucursales bancarias implica asumir riesgos adicionales y costos elevados, lo que eleva las tasas de interés y limita el acceso de toda la población a financiamiento.

Además, los sectores socioeconómicos C, D y E enfrentan dificultades para acceder a créditos hipotecarios, especialmente los sectores D y E, que representan más del 60% de la población. La diferencia entre sus ingresos y gastos les impide acceder a créditos debido a su capacidad de pago limitada y la alta tasa de informalidad, que dificulta la construcción de un historial crediticio.

En lo referente a este último punto, cabe resaltar que la dificultad de acceder a este tipo de crédito ofrecido por la banca privada no solo se basa en la falta de capacidad de pago, sino también en la dificultad de sustentar ingresos en el sistema financiero, dada la alta tasa de informalidad que caracteriza a la población en tales sectores. Lamentablemente, el desarrollo de actividades económicas de manera informal impide a las personas contar con un historial crediticio y, por ende, tener acceso a distintos productos financieros como los créditos hipotecarios.

Por tanto, aunque la banca privada tiene presencia en diversas zonas del país, aún existen áreas donde su cobertura es insuficiente, así como no toda la población cuenta con la capacidad de pago suficiente para acceder a un crédito hipotecario otorgado desde el sector privado, lo que resalta la importancia de la participación del Banco de la Nación.

C. Identificación de las alternativas públicas de fomento o estímulo existentes en el mercado de otorgamiento de créditos hipotecarios

El Estado debe garantizar el acceso a viviendas dignas antes de intervenir directamente en el mercado, debe desplegar acciones para que el sector privado logre cubrir a aquellos sectores que encuentran dificultades de lograrlo por sí solo, dado que se trata de un servicio de naturaleza empresarial.

Actualmente, el Estado, a través del Fondo Mivivienda, cuenta con programas sociales como los

denominados Nuevo Crédito Mivivienda y Techo Propio, ambos destinados a que los ciudadanos puedan adquirir su primera vivienda, construirla o mejorarla. El primer programa al que se ha hecho referencia consiste en otorgar créditos hipotecarios a través de la banca privada, para que ese sector sea el encargado de efectuar la evaluación de riesgos y determinar si una persona cuenta con capacidad de pago suficiente para poder acceder a este tipo de créditos. El segundo, en cambio, consiste en un subsidio denominado Bono Habitacional Familiar, a fin de que unidades familiares puedan tener acceso a una vivienda digna.

El Nuevo Crédito Mivivienda se encuentra dirigido a los sectores socioeconómicos C, D y E, dado que se aplica para la adquisición de la primera vivienda, construcción o mejoramiento, por un valor máximo de S/ 436 100. El valor máximo pactado y el requisito de que se trate de una primera vivienda excluye de este tipo de créditos a los dos sectores socioeconómicos más altos de nuestra población, los cuales estarían interesados en adquirir, probablemente, inmuebles de un mayor valor.

Lo importante del Nuevo Crédito Mivivienda es que incentiva, a través del bono del buen pagador y el premio al buen pagador, a que las personas correspondientes a los sectores socioeconómicos C, D y E puedan acceder a un crédito reduciendo con dichos subsidios el crédito a pagar.

El programa Techo Propio, a diferencia del Nuevo Crédito Mivivienda, está dirigido especialmente a los sectores socioeconómicos D y E, dado que para acceder a este subsidio se requiere que los ingresos totales del grupo familiar no excedan de S/ 3 715 para compra de vivienda nueva o no excedan de S/ 2 706 para construcción o mejoramiento de vivienda. El subsidio otorgado por el Estado, a través del Fondo Mivivienda, consiste en un Bono Familiar Habitacional para adquisición de primera vivienda de S/ 38 500, para construcción es de S/ 26 400 y para mejoramiento es de S/ 10 120. Lo destacable del programa Techo Propio es que tiene la finalidad de llegar al sector más pobre de la población, a fin de brindarle la posibilidad de acceder a una vivienda digna.

Por último, si bien en los programas sociales Nuevo Crédito Mivivienda y Techo Propio no se han es-

se encuentran en los 23 departamentos restantes de nuestro país, en la que se alberga el 64% (18'901,985 al 2017) de la población nacional. En cambio, el Banco de la Nación, a junio de 2020, cuenta con el 85% de sus 640 oficinas ubicadas fuera de Lima, lo que constituye una notable diferencia respecto a las sucursales de la banca privada. Además de ello, un dato que es importante tener en cuenta, es que el Banco de la Nación, a diferencia de la banca privada, ha dirigido la apertura de sedes con la finalidad de brindar acceso a sus productos financieros a sectores de la población que se encuentran ubicadas en zonas de difícil acceso y, por tanto, con mayor nivel de pobreza. Prueba de ello es que, a junio de 2020, el Banco de la Nación cuenta con 341 oficinas, que representan el 58% del total de sus sucursales, ubicadas en áreas donde son la única oferta bancaria, encontrándose 18 de tales en distritos alejados del departamento de Lima.

tablecido límites geográficos, lo cierto es que, en la práctica, no han llegado a todas las provincias del país porque no existen intermediarios financieros en tales zonas del país o existen lugares en donde no se han llevado a cabo proyectos de construcción de viviendas sociales.

Así, se observa que la existencia de alternativas públicas de fomento o estímulo en el mercado de otorgamiento de créditos hipotecarios no son suficientes para lograr que toda la población, en general, acceda a tales créditos.

D. Determinación de la complementariedad de la participación del Banco de la Nación en el otorgamiento de créditos hipotecarios ante la ausencia de la banca privada

En lo que concierne al tema de subsidiariedad, consideramos que la empresa pública debe estar presente donde no existe empresa privada.

A raíz de lo expuesto, se considera que la banca privada tiene imperfecciones o deficiencias en relación con la penetración de los servicios financieros en diversos lugares del país. En efecto, respecto de los sectores socioeconómicos que podrían encontrar dificultades para acceder a financiamiento, se observa que el sector privado y el Estado trabajan de manera conjunta para que la población pueda acceder a una vivienda digna, ya sea a través de un crédito hipotecario o por medio de un subsidio otorgado por el Estado. Sin embargo, dada la ausencia de sucursales de la banca privada en varias provincias del país, existe un grupo de población que se encuentra imposibilitado de acceder a este tipo de créditos otorgados por la banca privada (ya sea de fondos privados o por medio del Fondo Mivivienda).

Frente a ello, el Banco de la Nación que cuenta con sucursales que le permiten tener una mayor penetración geográfica, tiene una ventaja que se debe utilizar en beneficio de la sociedad, sin perjudicar

el correcto desenvolvimiento de las empresas bancarias privadas en las zonas donde se encuentren.

De manera que, en los lugares en que el Banco de la Nación sea la única oferta bancaria, la banca estatal debe tener la posibilidad de otorgar créditos hipotecarios a los miembros de dicha comunidad, siempre y cuando cumplan con los requisitos mínimos establecidos para acceder a este tipo de créditos.

Es preciso enfatizar que, para otorgar un crédito hipotecario, incluso en aquellas zonas donde el Banco de la Nación sea considerado la única oferta bancaria disponible, se debe cumplir con requisitos mínimos como tener la capacidad económica suficiente para acceder a los mismos. El sustento de ello es que lo que se pone en juego son recursos públicos, que deben ser utilizados de manera eficiente, a fin de cubrir las necesidades públicas prioritarias de la sociedad, como lo son la salud, educación, seguridad y otros.

Lo anterior se encuentra conforme a lo establecido en el artículo 60 de la Constitución, pues este planteamiento busca satisfacer las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial; le corresponde al Estado, a través del Banco de la Nación, realizar actividad empresarial de otorgamiento de créditos hipotecarios por dicha situación.

E. La actual actuación del Banco de la Nación en el otorgamiento de créditos hipotecarios frente al correcto cumplimiento del principio de subsidiariedad

A raíz de lo identificado, aplicando los criterios propuestos para el correcto cumplimiento del principio de subsidiariedad que han sido determinados en el acápite anterior, se ha identificado la correcta aplicación del mismo frente a los créditos hipotecarios del Banco de la Nación, por lo que corresponde evaluar si actualmente en la práctica, dicha empresa pública, cumple con los mismos. Se observa lo siguiente:

Cuadro 2: Cumplimiento de requisitos por el Banco de la Nación

	El otorgamiento de créditos hipotecarios bajo el principio de subsidiariedad correctamente aplicado	El otorgamiento de créditos hipotecarios del Banco de la Nación en la actualidad	Cumplimiento del principio de subsidiariedad
Las características de la oferta brindada por el Banco de la Nación y la banca privada	Los créditos hipotecarios del Banco de la Nación pueden guardar similitudes con aquellos ofrecidos por la banca privada.	Los créditos hipotecarios del Banco de la Nación y la banca privada guardan similitudes en sus características esenciales.	En la actualidad, el Banco de la Nación no cumple con el principio de subsidiariedad como un deber frente a la población e, incluso, compete directamente con el sector privado.
El público objetivo y alcance geográfico de los créditos hipotecarios ofrecidos por el Banco de la Nación y la banca privada	Las personas que pueden acceder a un crédito hipotecario del Banco de la Nación deben ser únicamente la población que se encuentra en lugares donde no se encuentra la banca privada (en especial, fuera de Lima Metropolitana), independientemente si son trabajadores y pensionistas del sector público.	Las personas que pueden acceder a un crédito hipotecario del Banco de la Nación son los trabajadores y pensionistas del sector público, los cuales pueden recibir créditos de la banca privada. Siendo ello, así existe una competencia directa entre el Banco de la Nación y la banca privada para dicho grupo de personas.	

Fuente: Elaboración propia

VII. PROPUESTAS GENERALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Del análisis efectuado se concluye que la actual participación del Banco de la Nación en el otorgamiento de créditos hipotecarios no estaría cumpliendo el principio de subsidiariedad. Partiendo de dicha conclusión, se formula la siguiente propuesta: autorizar formalmente la participación del Banco de la Nación en el otorgamiento de créditos hipotecarios, estableciendo los límites específicos de dicha participación, a fin de que no se vulnere el principio de subsidiariedad.

Para autorizar formalmente la participación del Banco de la Nación en el otorgamiento de créditos hipotecarios sería necesario que el Congreso de la República emita una ley expresa que lo habilite, estableciendo lineamientos claramente definidos que permitan asegurar un equilibrio adecuado de dicha entidad dentro del mercado financiero peruano. Para ello, los lineamientos o pautas para su actuación en el mercado deben ser¹⁹: (i) identificar la necesidad pública que tenga justificación constitucional; (ii) determinar la suficiencia de la actividad empresarial de la banca privada para satisfacer la necesidad pública identificada; (iii) identificar las alternativas públicas de fomento y estímulo existentes en el mercado correspondiente; y (iv) determinar la complementariedad de la participación del Estado como agente económico ante la ausencia de la oferta privada.

En el análisis que se efectuará, se propone considerar lo siguiente: ampliar el público objetivo al cual están dirigidos los créditos hipotecarios del Banco de la Nación. A la fecha el Banco de la Nación ha limitado el otorgamiento de créditos hipotecarios a funcionarios públicos y pensionistas del Estado.

Como se podrá apreciar, la limitación establecida por la banca pública no cuenta con sustento alguno que permita concluir que se encuentra relacionada con el cumplimiento del principio de subsidiariedad por parte del Banco de la Nación ni con otros criterios que justifiquen dicha limitación. Al contrario, se ha determinado que tal limitación no guarda relación con la finalidad que se pretende

obtener a partir del otorgamiento de créditos hipotecarios por dicha empresa pública.

Este punto es sumamente relevante, dado que, teniendo en cuenta que se ha identificado la necesidad pública de financiamiento para acceder a una vivienda digna, la limitación de otorgar un crédito hipotecario a personas que tienen determinada cualidad (funcionarios públicos y pensionistas del Estado) es una distinción que no se justifica; ¿por qué solo ese sector de la población podría ver satisfecha aquella necesidad, y no otros grupos, como por ejemplo quienes trabajan en el sector privado?

Como resulta evidente, lamentablemente, la limitación actual establecida por el Banco de la Nación no tiene justificación alguna para efectuar una distinción entre un trabajador público y un trabajador privado o entre un pensionista del Estado y un pensionista de una AFP, por ejemplo.

Además, se ha identificado al sector conformado por funcionarios y pensionistas del sector público como un grupo de clientes potenciales de la banca privada, siempre que cuenten con capacidad de pago suficiente para poder acceder a un crédito hipotecario.

En ese sentido, consideramos que la limitación de que tales créditos hipotecarios sean otorgados de manera exclusiva a funcionarios públicos y pensionistas del Estado no cumple la finalidad por la cual ha sido entregada. Por tanto, proponemos eliminar dicha restricción. Siendo ello así, las personas beneficiarias de los créditos hipotecarios del Banco de la Nación deberían ser aquellos que pertenecen a cualquier sector socioeconómico (A, B, C y D), siempre y cuando tengan capacidad de endeudamiento, pero en lugares donde no exista presencia de oferta privada, como lo explicaremos en el siguiente punto.

En este punto cabe precisar que somos conscientes de que esta propuesta debería efectuarse a través de la modificación del Estatuto del Banco de la Nación (aprobado mediante Decreto Supremo 07-94-EF)²⁰, el cual se debe efectuar mediante otro decreto supremo aprobado por el Ministerio de

¹⁹ Los criterios para determinar el cumplimiento del principio de subsidiariedad deberían encontrarse aprobados en una norma emitida por el Congreso de la República, pues esta le daría contenido real al principio de subsidiariedad recogido en el artículo 60 de la Constitución. Sin perjuicio de ello, podría iniciarse esta corrección a través de lineamientos aprobados por los órganos funcionales competentes (originalmente Fonafe, e incluso el propio Indecopi, mediante lineamientos específicos en el mercado de créditos hipotecarios) y publicados en el diario oficial El Peruano. Esto podría encausar de manera correcta la aplicación del principio de subsidiariedad en sede administrativa.

²⁰ En particular, el literal n) del artículo 8 del estatuto de dicha entidad pública establece lo siguiente: "el banco está facultado para realizar las funciones que, a continuación se indican, ninguna de las cuales será ejercida en exclusividad respecto de las empresas y entidades del sistema financiero: [...] n) Otorgar líneas de crédito a los trabajadores y pensionistas

Economía y Finanzas. Dicha modificación implica que el otorgamiento de créditos hipotecarios no se restrinja a funcionarios públicos y pensionistas del Estado.

Proponemos que los créditos hipotecarios de la banca pública se centren en aquellas zonas donde no exista oferta privada. A diferencia de la banca privada, desde agosto de 2020, el Banco de la Nación ha abierto la mayor cantidad de sucursales en los distintos departamentos del país, con 487 oficinas ubicadas en departamentos distintos a Lima. Además, el Banco de la Nación cuenta con 341 oficinas ubicadas en áreas donde constituye la única oferta bancaria.

Esto demuestra que, a la fecha, la banca privada aún no tiene la capacidad o el interés de abrir más sucursales a lo largo y ancho del país. Esto se puede deber a distintos factores como menor desarrollo económico en departamentos distintos al departamento de Lima, dificultades de acceso para el traslado de dinero a las distintas sucursales, problemas de conectividad (internet y telefonía), entre otros.

Así, resulta importante la participación del Estado, a través del Banco de la Nación para la colocación de créditos hipotecarios en aquellas zonas donde constituye la única oferta bancaria, manteniéndose el tope máximo del valor de la vivienda, a fin de garantizar que dicho financiamiento se encuentre dirigido a aquellos sectores de la población que verdaderamente lo necesitan.

En este punto, cabe resaltar que esta propuesta también implica la modificación del Estatuto del Banco de la Nación el cual se debe efectuar mediante otro decreto supremo aprobado por el Ministerio de Economía y Finanzas. Dicha modificación implica que el otorgamiento de créditos hipotecarios se realice en lugares del país donde la única oferta bancaria sea la ofrecida por el Banco Nación. En otras palabras, las personas beneficiarias de los créditos hipotecarios del Banco de la Nación deberían ser aquellos que pertenecen a cualquier sector socioeconómico (A, B, C y D), siempre y cuando tengan capacidad de endeudamiento, pero en lugares donde no exista presencia de oferta privada.

Proponemos que para el otorgamiento de los créditos hipotecarios se evalúe la capacidad de en-

deudamiento del beneficiario. A la fecha, el Banco de la Nación, para otorgar créditos hipotecarios, evalúa la capacidad de pago del solicitante. Este análisis debe ser mantenido y reforzado por dos razones: (i) porque se debe cumplir con parámetros que permitan garantizar la recuperación del préstamo; y (ii) porque lo que está en juego son fondos públicos que deben ser utilizados de manera eficiente.

Así, los rangos para determinar la viabilidad para otorgar un crédito hipotecario podrían ser menores y la calificación crediticia podría no ser demasiado estricta en comparación con la banca privada, sin perder de vista que se encuentran en juego fondos públicos y que, por tanto, es importante también recuperar el capital colocado. Con ello se podría cubrir un nicho en el que la banca privada no tiene interés (todavía) de otorgar créditos hipotecarios.

Para determinar dichos límites, será indispensable contar con un estudio técnico riguroso que evalúe hasta qué punto el Banco de la Nación puede asumir riesgos crediticios sin comprometer la sostenibilidad de los fondos públicos. Este análisis debe partir del reconocimiento de que se busca atender a personas a quienes la banca privada actualmente no ofrece créditos hipotecarios, ya sea por su nivel de ingresos, informalidad o historial crediticio limitado. En ese sentido, el diseño del producto debe minimizar el riesgo de incumplimiento, lo que podría lograrse a través de condiciones más favorables como plazos de pago más largos, cuotas mensuales reducidas y sistemas de evaluación crediticia más flexibles pero responsables. La finalidad no es promover el sobreendeudamiento, sino crear un producto financieramente viable y socialmente útil, que responda a una necesidad desatendida del mercado.

De llegarse a determinar dichos límites, el mismo podría ser incluido también en el Estatuto del Banco de la Nación a través de una modificación que permita precisar tales límites. Se propone que exista la posibilidad de generación de convenios o coordinaciones entre el Fondo Mivivienda y el Banco de la Nación en aquellos lugares donde dicha entidad sea la única oferta bancaria.

- A la fecha el Fondo Mivivienda tiene la finalidad de promover el acceso a la vivienda única y se dirige a familias con menores ingresos, a

del sector público que, por motivo de sus ingresos, posean cuentas de ahorro en el Banco de la Nación. Dichas líneas de crédito podrán ser asignadas por el beneficiario para su uso mediante préstamos en cualquier modalidad y/o como línea de una tarjeta de crédito. Estas operaciones se harán de acuerdo a un programa anual aprobado por el Ministerio de Economía y Finanzas que podrá ser revisado anualmente".

través de los programas: Nuevo Crédito Mivienda y el Programa Techo Propio.

- Si bien los programas del Fondo Mivivienda pueden ser otorgados a nivel nacional, en la práctica el Nuevo Crédito Mivivienda es canalizado únicamente a través de entidades financieras privadas, por lo que si en un lugar no existe una entidad financiera privada, no se podría canalizar el citado programa; hecho que no resulta congruente con la facilidad que pretende otorgar el Estado con la implementación de tal programa, el cual tiene como finalidad que más ciudadanos puedan obtener una vivienda propia.
- Por dicha razón, consideramos que, en aquellas zonas donde no exista oferta privada, el Nuevo Crédito Mivivienda debería poder ser canalizado a través del Banco de la Nación. Además de ello, resulta importante proponer que el Gobierno se encargue de difundir estos programas a fin de que la población los conozca y se pueda beneficiar obteniendo una vivienda digna.

Por último, se propone que exista una evaluación periódica para determinar si es necesaria la continuidad del servicio de otorgamiento de créditos hipotecarios, en especial, porque las condiciones que justificaron su implementación pueden cambiar debido al ingreso de operadores privados, es decir, un aumento en la oferta y en la inversión privada.

Esto precisamente porque la justificación que tendría en la actualidad la banca pública para otorgar créditos hipotecarios reside en que no en todos los lugares del país la población cuenta con oferta privada que le permita acceder potencialmente a este tipo de crédito. Sin embargo, la sociedad es dinámica, por lo que con el paso del tiempo estas circunstancias podrían variar. Así, puede ocurrir que en un determinado momento la banca privada que haya decidido no invertir en una determinada zona del país o que no le haya parecido económicamente rentable, con el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias, decida abrir agencias y, con ello, otorgar la oportunidad de que más ciudadanos accedan con mayor facilidad a los servicios bancarios (créditos hipotecarios).

Esto ocurre debido a que la sociedad es dinámica. El día de hoy pueden existir circunstancias que no justifiquen la intervención del Estado en determinadas actividades empresariales; sin embargo, ante el cambio de escenario (sea que la banca privada tenga una mayor participación o que, por el contrario, la inversión privada se contraiga), la

participación del Estado podría ya no ser necesaria o, por el contrario, debería intervenir en mayor medida.

Por ello, consideramos pertinente proponer que la evaluación periódica se realice cada cinco años (tiempo que abarca un período gubernamental), para que, de esta manera, en cada gobierno se pueda analizar si efectivamente la participación del Estado, a través de la banca pública, cumple o no con el principio de subsidiariedad.

Esta última propuesta, que consiste en establecer los criterios para determinar el correcto cumplimiento del principio de subsidiariedad, así como los criterios para la determinación del cumplimiento del principio de subsidiariedad, deberá promulgarse como una norma emitida por el Congreso de la República o, en su defecto, los lineamientos aprobados por las autoridades del Indecopi y publicados en el diario oficial El Peruano.

VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En términos generales, la actividad empresarial que realiza el Estado al otorgar créditos hipotecarios a través del Banco de la Nación tiene como principales argumentos: (i) la inclusión financiera; y (ii) la misión de financiar proyectos sociales valiosos, pero no rentables, los cuales se encuentran en concordancia con el principio de subsidiariedad.

A través del primero se entiende que la banca pública buscará expandirse geográficamente a fin de brindar servicios financieros a los ciudadanos, mientras que del segundo se desprende que la banca pública privilegiará el fin social (a diferencia del sector privado que tiene una evidente finalidad lucrativa).

- La primera conclusión es que se ha identificado la necesidad de financiamiento para la obtención de créditos hipotecarios para que la población acceda a una vivienda digna mediante la compra, construcción y mejoramiento de vivienda. Cabe resaltar que esa necesidad cuenta con justificación constitucional.
- La segunda conclusión es que si bien existe una necesidad que tiene sustento constitucional, no se encuentra satisfecha por el sector privado. Es decir, la banca privada cubre parcialmente dicha necesidad, y su principal limitación es la inexistencia de sucursales en todas las provincias del país.
- La tercera conclusión es que el Estado –a través del Fondo Mivivienda– ha venido com-

plementando la actuación de la banca privada al otorgar créditos hipotecarios a través del Nuevo Crédito Mivivienda y del programa Techo Propio. Ello con la finalidad de permitir el acceso a una vivienda digna a los sectores socioeconómicos C, D y E. Sin embargo, en sí la intervención del Banco de la Nación para otorgar créditos hipotecarios no cumple con el principio de subsidiariedad, por lo que resultaría relevante adecuar su actuación en cumplimiento de este principio y establecer que solo mantenga su actuación en aquellas zonas donde no exista oferta bancaria privada, coadyuvando también para complementar los programas del Fondo Mivivienda que requieren necesariamente de una entidad financiera intermediaria; de esa manera los ciudadanos de dichas zonas podrán ver satisfecha su necesidad de financiamiento para la adquisición, construcción y mejoramiento de su primera vivienda.

- La cuarta conclusión es que debería extender el público objetivo al cual se dirige el crédito hipotecario del Banco de la Nación, dado que se ha determinado que no existe justificación alguna para que se limite dicho financiamiento a otras personas que no sean funcionarios públicos o pensionistas del Estado. Lo relevante para determinar el otorgamiento de un crédito hipotecario es la capacidad de pago del solicitante, nada más. 🏠

CONFLICTO DE INTERESES

Los autores declaran expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

Los autores declaran que no han recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

Los autores manifiestan que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

Aguilar, G (2016). *Competencia en el mercado de microcréditos peruano, una medición utilizando el Indicador de Boone* (documento de trabajo 417).

Asociación de Bancos del Perú (2018). *Boletín Semanal 273* (Departamento de Estudios Económicos).

Asbanc-Semanal-273.pdf

Banco Continental BBVA (2021). *Préstamos*. <https://www.bbva.pe/content/dam/public-web/peru/documents/prefooter/personas-naturales-y-microempresas/prestamo-hipotecario-flexible-bien-futuro-construyo-libre-casa-guapa.pdf>

Banco de Crédito del Perú (2021). *Conoce los beneficios del Crédito Hipotecario BCP*. <https://www.viabcp.com/creditos/credito-hipotecario/tradicional>

Banco Internacional del Perú S.A.A. – Interbank (2021). *Préstamo Hipotecario*. <https://interbank.pe/documents/20182/552706/TAR-0068.pdf/8a0d3fa0-cd54-41f9-9662-939071b56dc5?t=1574457847689&version=1>

Banco de la Nación (2010). *Memoria Anual del 2010*. <https://www.bn.com.pe/nosotros/memoria/memoria-bn-2010.pdf>

(2016). *El Banco de la Nación: 50 años llevando la banca a donde tú estás*. Tarea Asociación Gráfica Educativa.

(2020). *Crédito hipotecario*. <https://www.bn.com.pe/tasas-comisiones/tasas-credito-hipotecario.pdf>

(2025). *Crédito hipotecario*. <https://www.bn.com.pe/tasas-comisiones/tasas-credito-hipotecario.pdf>

(2025). *Crédito hipotecario para compra de vivienda bien terminado o bien futuro*. <https://www.bn.com.pe/clientes/servicios.asp>

Berkman, H., Pagés, C., Gandelman, N., Gandelman, E., Calónico, S., Azevedo, V., Payne, J. M., Cárdenas, J. C., Duryea, S., Chaparro, J. C., Lora, E., Ñopo, H. R., Mazza, J., Ripani, L., Chong, A. E., Polanía, S., Márquez, G., Bouillon, C. P., & León, G. (2012). *¿Los de afuera?: Patrones cambiantes de exclusión en América Latina y el Caribe. Progreso económico y social en América Latina* (informe 2008). <https://doi.org/10.18235/0012517>

Bullard, A. (2011). El Otro Pollo La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad. *Revista de Derecho Administrativo*, (10), 199-209.

Burgess, R. & Pande, R. (2005). Do Rural Banks Matter? Evidence from the Indian Social Banking

- Experiment. *American Economic Review*, 95(3), 780-795. <http://www.jstor.org/stable/4132740>
- Coronado, J. (2018). "Política Industrial y la Promoción de la Industrial Nacional: Aspectos Relacionados a las Políticas de Competencia". En *Latin American and Caribbean Competition Forum (Spanish Version), Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia, Sesión III: Política Industrial y Promoción de la Industria Nacional*, (pp. 2-9). [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2018\)7/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2018)7/es/pdf)
- (2020). Using the Competition Toolkit to Ensure a Level Playing Field Indecopi's experience enforcing the Unfair Competition Act. En: *Competition Policy in Eastern Europe and Central Asia, Focus on Competitive Neutrality*, OECD-GVH Regional Centre for Competition in Budapest (Hungary), Newsletter 15, July 2020, pp. 26-28.
- Cruces, A. (2021). *Economía social de mercado y principio de subsidiariedad en la Constitución Peruana*. Palestra Editores.
- Delgado, O. (1996). La función de la banca de fomento: Agente promotor del desarrollo económico. En A. Girón & E. Correa (Coords.), *La banca de desarrollo hacia el inicio del siglo XXI: Encuentro de expertos de banca de desarrollo* (pp. 75-88). Editorial Cambio XXI S.A. de C.V. & Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM.
- Díaz-Bravo, L., Torruco-García, U., Martínez-Hernández, M. & Varela-Ruiz, M. (2013). La entrevista, recurso flexible y dinámico. *Investigación en Educación Médica*, 2(7), 162-167. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_artext&pid=S2007-50572013000300009
- Díez Canseco, L. & Buleje, C. (2011). Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI. *Revista de Derecho Administrativo*, (10), 221-235.
- Fadl, S. (1996). Papel actual y perspectivas de la banca de desarrollo en el marco de una economía abierta. En A. Girón & E. Correa (Coords.), *La banca de desarrollo hacia el inicio del siglo XXI: Encuentro de expertos de banca de desarrollo* (pp. 141-150). Editorial Cambio XXI S.A. de C.V. & Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM.
- Falla, A. (2013). ¿Petro Reloaded o Petro Retro? De las distorsiones generadas por la presencia de la actividad empresarial del Estado y las dificultades para controlarlo. *Forseti* 1(1), 7-29. <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/view/1217/1380>
- Fondo Mivivienda (2018). Estudio de Demanda de Vivienda a Nivel de las Principales Ciudades. Hogares No Propietarios. <https://www.mivivienda.com.pe/PortalCMS/archivos/documentos/17.%20Estudio%20de%20Demanda%20de%20Vivienda%20Nueva%20de%20Lima%20Centro.pdf>
- Girón, A. (2010). "Financiarización, Banca Pública y Banca Social". En: *Banca Pública, Crisis Financiera y Desarrollo*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, pp. 53-96.
- Guarniz, R. (2012). La actividad empresarial del Estado y la bolsa de valores. *THĒMIS Revista De Derecho*, (61), 255-268.
- Guzmán, C. (2011). El Principio de subsidiariedad empresarial del Estado en el reciente precedente del Indecopi. *Actualidad Jurídica*, (206), 41-47.
- Instituto Nacional de Estadísticas (2019). *Perú tiene una población de 32 millones 131 mil 400 habitantes al 30 de junio del presente año*. <http://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/peru-tiene-una-poblacion-de-32-millones-131-mil-400-habitantes-al-30-de-junio-del-presente-año-11659/>
- (2021). *Perú: Mapa de Vulnerabilidad Económica a la Pobreza Monetaria*. <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/expo-vulnerabilidad-pnud-12-feb-2021.pdf>
- Jiménez, W. (2020). Competencia y eficiencia bancaria en el Perú mediante el índice de Boone. *Pensamiento Crítico*, 25(1), 77-112. <https://doi.org/10.15381/pc.v25i1.18478>
- Kampel, D. & Rojze, A. (2004). *Algunas reflexiones sobre el rol de la banca pública* (documento de trabajo 2). http://www.iade.org.ar/system/files/dt2_unlocked.pdf
- Levy-Yeyat, E., Micco, A., & U. Panizza (2004). *Should the Government Be in the Banking Business? The Role of State-Owned and Development Banks* (working paper 517). <https://www.econstor.eu/handle/10419/88042>
- Luyo, M. & Bazán, V. (2017). Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades No Económicas. *Derecho & Sociedad*, (49), 185-202. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19887>

- Mankiw, G. (2012). *Principios de economía* (6ta ed.). Santa Fé: Cengage Learning Inc.
- Ochoa, C (2011). El principio de subsidiariedad de la iniciativa pública: Análisis del precedente aprobado por la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI. *Actualidad Jurídica*, (206), pp. 33-39.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2018). *Política Regulatoria en el Perú: Uniendo el Marco para la Calidad Regulatoria, Revisiones de la OCDE sobre reforma regulatoria*. <https://doi.org/10.1787/9789264279001-es>
- Quintana, E. (2006). Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿captura o administración de recursos dispersos? *THÉMIS-Revista De Derecho*, (52), 93-120.
- (2011). El Rol asistencial y subsidiario de la actividad Empresarial del Estado y su Alto Interés Público o Manifiesta Conveniencia Nacional. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (149), 29-33.
- Rosenstein-Rodan, P. (1961). Notes on the theory of the 'big push'. En H. S. Ellis y H. C. Wallich (Eds.). *Economic development of Latin America* (pp. 57-81). Londres: Macmillan.
- Scotiabank (2021). *Créditos Hipotecarios*. <https://scotiabankfiles.azureedge.net/scotiabank-peru/PDFs/personas/prestamos/23-Prestamos-Hipotecarios-CAT.pdf?t=1498090088182>
- Stiglitz Joseph, E. (2000). *La economía del sector público* (3ra ed.). Barcelona: Editorial Antoni Bosch.
- Stucchi, P (2018). Comentarios sobre la actividad empresarial bajo el ámbito del FONAFE, el principio de legalidad y el procedimiento administrativo sancionador en materia de competencia desleal. En: *El Derecho Administrativo como Instrumento al Servicio del Ciudadano: Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*, Palestra Editores, Universidad de Piura, pp. 77-112.
- Suárez, F (1996). La banca de desarrollo y el desarrollo de la banca: Los retos para el siglo XXI. En: *La banca de desarrollo hacia el inicio del siglo XXI*. Encuentro de expertos de banca de desarrollo. México D.F.: Instituto de Investigaciones Económicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Cambio XXI, pp. 127-13
- Superintendencia de Bancos, Seguros y AFP (2025). *Estadísticas Financiera*. <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fintranet2.sbs.gob.pe%2Festadistica%2Ffinanciera%2F2025%2FMarzo%2FB-2333-ma2025.XLS&wdOrigin=BROWSELINK>.
- Villar, L., et al. (2016). El rol de la banca pública en el financiamiento a pymes: Estudio comparativo para la Argentina y Brasil. *Revista Desarrollo y Sociedad*, (76), 205-241. <https://www.redalyc.org/pdf/1691/169144237005.pdf>
- Weimer, D. & Vining, A. (2017). *Policy Analysis: Concepts and Practice*. Estados Unidos: Pearson.
- Zerbe, R. & Mccurdy, H. (1999). The Failure of Market Failure. *Journal of Policy Analysis and Management*, 18(4), 558-578. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2466644

NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, 14 de marzo de 2018, Resolución 0143-2018/CCD-INDECOPI, Expediente 000357-2017/CEB (Perú).
- Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, 22 de diciembre de 2020, Resolución 001-2020-LIN-CCD/INDECOPI, (Perú).
- Constitución Política del Perú [Const.] (1993).
- Decreto Legislativo 1031, Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2008, (Perú).
- Decreto Legislativo 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de junio de 2008 (Perú).
- Decreto Supremo 034-2001-PCM, Decreto Supremo que establece procedimientos mediante los cuales el FONAFE delimita y autoriza el desarrollo de actividades empresariales que con carácter subsidiario realiza el Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de julio de 2001 (Perú)
- Decreto Supremo 07-94-EF, Decreto Supremo que modifica el Estatuto del Banco de la Nación, aprobado mediante Decreto Supremo 07-94-EF y dicta otra disposición, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de noviembre de 2021 (Perú)

Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado [FONAFE], Informe 125-2008-DE-FONAFE.

Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado [FONAFE], 140-2008-DE-FONAFE.

Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de diciembre de 1996, (Perú)

Proyecto de Ley 5450/2020-CR, Proyecto de Ley que fomenta la inclusión financiera, autorizando al Banco de la Nación la apertura de cuentas automáticas de ahorros para quienes cumplan la mayoría de edad, 1 de junio de 2020 (Perú).

Proyecto de Ley 5787/2020-CR, Proyecto de Ley que faculta al Banco de la Nación subsidiariamente a realizar todas las operaciones de la banca múltiple en el mercado financiero, en virtud del artículo 60 de la Constitución, 21 de julio de 2020 (Perú).

Proyecto de Ley 5926/2020-CR, Proyecto de Ley de modernización del Banco de la Nación para mejorar el servicio de microcrédito a la ciudadanía en situaciones de emergencia, pandemia y desastres naturales, 7 de agosto de 2020 (Perú).

Proyecto de Ley 6013/2020-CR, Proyecto de Ley que faculta al Banco de la Nación a incorporarse al sistema financiero nacional, 21 de abril de 2021 (Perú).

Proyecto de Ley 7689/2020-CR, Proyecto de Ley que promueve la participación de municipalidades distritales, de centros poblados y anexos en actividades de inclusión financiera, 12 de mayo de 2021 (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 29 de noviembre de 2010, Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, Expediente 201-2008/CCD (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y

Propiedad Intelectual del Indecopi, 20 de marzo de 2014, Resolución 0415-2014/SDC-INDECOPI, Expediente 102-2012/CCD (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de noviembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0008-2003 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de febrero de 2005, sentencia recaída en el Expediente 00034-2004-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 23 de febrero de 2006, sentencia recaída en el Expediente 7320-2005-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de diciembre de 2006, sentencia recaída en el Expediente 07644-2006-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 14 de marzo de 2007, sentencia recaída en el Expediente 00019-2006-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de noviembre de 2007, sentencia recaída en el Expediente 8152-2006-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 25 de junio de 2007, sentencia recaída en el Expediente 7339-2006-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 26 de octubre de 2012, sentencia recaída en el Expediente 0007-2012-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de noviembre de 2013, sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 24 de setiembre de 2014, sentencia recaída en el Expediente 05157 2014-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 17 de enero de 2017, sentencia recaída en el Expediente 0001-2014-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 5 de marzo de 2020, sentencia recaída en el Expediente 00018-2015-PI/TC (Perú).