

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**“LA EDAD COMO CRITERIO VÁLIDO, DESDE LA PERSPECTIVA
CONSTITUCIONAL, PARA EL OTORGAMIENTO DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER
EN DERECHO DE LA EMPRESA**

AUTOR

Gustavo Adolfo Ayon Aguirre

ASESOR

Bruno Edoardo Debenedetti Luján

LIMA - PERÚ

Octubre, 2020

A mis abuelos Juan y Edita, porque con su amor iniciaron el camino para este sueño.

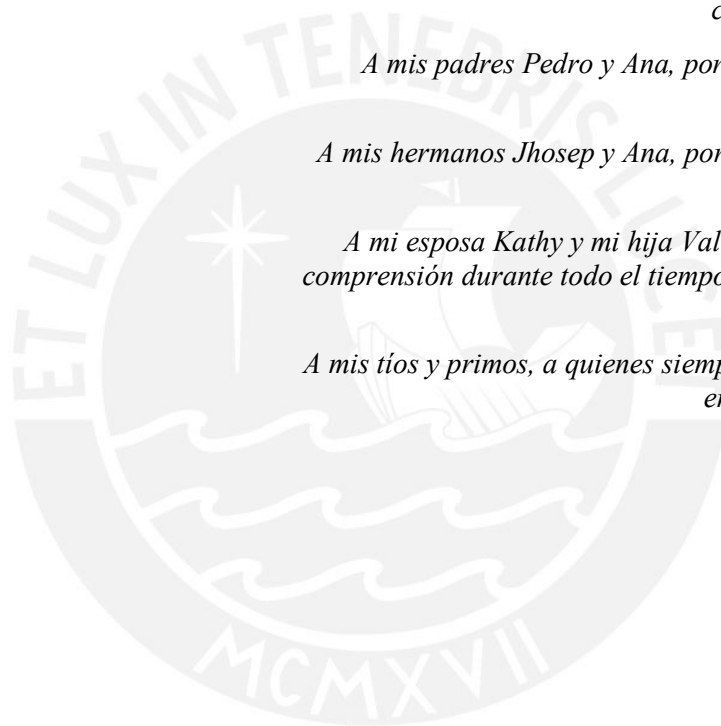
A mis padres Pedro y Ana, por sus sacrificios y apoyo incondicional.

A mis hermanos Jhosep y Ana, por el cariño fraternal que siempre nos unirá.

A mi esposa Kathy y mi hija Valeria, por su paciencia y comprensión durante todo el tiempo que significó culminar este proyecto.

A mis tíos y primos, a quienes siempre voy a tener presente en cada paso de mi vida.

Gustavo Ayon



RESUMEN EJECUTIVO

De modo general, las entidades del sistema financiero tienen la obligación de evaluar las operaciones que conforman su cartera crediticia, tomando en cuenta varios factores, entre estos, la capacidad del pago del solicitante. No obstante, las particularidades de los créditos hipotecarios exigen analizar si la edad es o no un criterio compatible con la Constitución para efectos de decidir su otorgamiento, al amparo de la libertad de contratar y otras razones de índole constitucional; o si, por el contrario, estamos frente a un supuesto de discriminación o vulneración del derecho a la igualdad. Sobre la base de un enfoque jurisprudencial y argumentativo, la presente investigación tiene como objeto principal demostrar que, desde una perspectiva constitucional, resulta válido que las entidades del sistema financiero establezcan diferenciaciones por razón de la edad en el otorgamiento de créditos hipotecarios, ya que, los derechos en conflicto no solo se limitan a la libertad de contratar y al derecho a la igualdad, sino que, por la propia naturaleza de la actividad financiera, los recursos que se utilizan en este sector provienen de ahorros del público, cuya protección deriva de un mandato expreso de la Constitución, cuyo fin último apunta a prevenir el riesgo sistémico en el país, tomando como referencia la última crisis global de 2008 que precisamente surgió en el campo de los créditos hipotecarios; y, además, porque en el ordenamiento jurídico de nivel constitucional, el ejercicio de algunos derechos relacionados a la participación en la vida política del país está condicionado a tener una edad mínima o máxima, lo que permite asociar este concepto a la aptitud o capacidad de las personas para desenvolverse en ciertos ámbitos, siendo este un criterio aplicable válidamente en la evaluación de créditos hipotecarios, tomando en cuenta las particularidades de este producto financiero asociadas al factor riesgo.

ÍNDICE

	Pág.
Resumen ejecutivo	1
Índice	2
Introducción	4
CAPÍTULO I: ESTADO DEL ARTE	9
1.1. El derecho a la libertad de contratar	9
1.2. El derecho a la igualdad	11
1.2.1. Aproximaciones a una definición	11
a. De los métodos estructurales	13
b. De la intención discriminatoria	15
c. Sobre la fijación entre distinciones justificadas e injustificadas	15
d. De la acción afirmativa	16
1.2.2. Trato discriminatorio y clases de discriminación	17
a. Discriminación directa	18
b. Discriminación indirecta	19
c. Discriminación por indiferenciación	19
d. Discriminación interseccional	19
e. Discriminación estructural o sistémica	19
1.3. El contrato y las relaciones de consumo en el sistema financiero	20
1.3.1. El contrato	20
1.3.2. Aspectos básicos sobre la intermediación financiera	21
a. Importancia del sistema financiero	22
b. El crédito hipotecario <i>subprime</i> y la crisis de 2008	23
c. De Basilea I y II a Basilea III: Reformas en medidas prudenciales frente al riesgo sistémico	25
1.4. Las políticas comerciales de segmentación en el mercado financiero	29
1.5. La tarea de interpretación frente al conflicto de derechos fundamentales	31
1.6. El crédito hipotecario	33

1.6.1. Aproximaciones a una definición	33
1.6.2. Criterios legales para evaluar los créditos hipotecarios	34
CAPÍTULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	37
2.1. Contexto del problema	37
2.2. El sistema financiero como espacio primario del problema	38
2.3. Los créditos hipotecarios como espacio secundario del problema	42
2.4. La edad y su relación con los riesgos	44
2.5. La edad como criterio para evaluar créditos hipotecarios	46
2.6. Justificaciones al tratamiento diferenciado por la edad en los créditos hipotecarios	49
2.7. El derecho a la igualdad en el sistema de protección al consumidor	52
2.8. La línea argumentativa considerada en la jurisprudencia constitucional y en la resolución administrativa del Indecopi	53
CAPÍTULO III: DISCUSIÓN	54
3.1. La Sentencia recaída en el Expediente 05157-2014-PA/TC	54
3.2. La Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI	58
Conclusiones	62
Referencias Bibliográficas	64

INTRODUCCIÓN

La realización de cualquier tipo de proyecto, tanto de naturaleza personal, profesional como empresarial, requiere de recursos económicos, para lo cual, las personas suelen recurrir a productos ofrecidos por las empresas del sistema financiero, cuya actividad principal es precisamente captar recursos del público, a través de operaciones pasivas como es el caso de los ahorros, y otorgarlos a quienes los requieran, mediante operaciones activas como los créditos en sus distintas modalidades (personales, vehiculares, hipotecarios, etc.)

Como la regulación sectorial del sistema financiero no es ajena a las disposiciones que sobre el régimen económico se contemplan en la Constitución Política del Perú, las empresas de este sector pueden válidamente decidir con quienes contratar, estableciendo en ese sentido, requisitos o condiciones para abrir una cuenta de ahorros o conceder un determinado préstamo. El ejercicio de este derecho tiene, adicionalmente, un importante sustento de rango constitucional, ya que es deber del Estado fomentar y garantizar el ahorro, y para este último caso, se ha previsto que la ley define las obligaciones y límites de aquellas empresas que reciben ahorros del público, pues son estos fondos los que, de modo natural, se utilizan para los financiamientos.

Del catálogo de productos financieros que regularmente se ofrecen en este sector, los denominados créditos hipotecarios representan los de cierta mayor complejidad, debido, principalmente, al plazo por el cual se otorgan, siendo en algunos casos hasta por 30 años, y a los montos involucrados, situación que requiere evaluar si durante este extenso periodo de tiempo el prestatario estará en condiciones de cumplir de manera sostenida la obligación asumida.

No cabe duda que para las entidades del sistema financiero uno de los factores importantes a analizar al momento de calificar cualquier solicitud de crédito es la capacidad de pago o servicio de la deuda; no obstante, de manera previa a este filtro, corresponde discutir si en el caso de los créditos hipotecarios, con sus características particulares y complejas, el establecimiento de un rango de edad, o en todo caso, de límites mínimos y/o máximos,

constituye un criterio de exclusión válido desde la perspectiva constitucional; o si, por el contrario, estamos frente a un acto de discriminación por edad prohibido.

En efecto, la discusión surge cuando en el ejercicio de esta libertad de contratar de la que gozan los agentes en el mercado, incluyendo las entidades del sistema financiero, la cual les permite, entre otras facultades, decidir con quien contratar, nos enfrentamos al derecho de igualdad también reconocido constitucionalmente, el mismo que proscribe actos de discriminación. Esta libertad de contratar forma parte de los derechos fundamentales de la persona (Const., 1993, art. 2, inc. 14), y a su vez, representa un principio básico de la economía social de mercado (Const., 1993, art. 62), en virtud del cual las personas y agentes económicos pueden decidir contratar y con quien hacerlo. Como categóricamente sostiene Soto, en principio y de modo general, nadie está obligado a celebrar contratos (2008, p. 104).

Por otro lado, el derecho a la igualdad está reconocido en nuestra Constitución como un derecho fundamental de la persona humana, el cual, a su vez, prohíbe tratos discriminatorios (Const., 1993, art. 2, inc. 2). Con relación al problema materia de la presente investigación, si bien la norma constitucional no hace mención expresa a la edad dentro de las distintas formas en que se prohíbe la discriminación, como sí ocurre con el “origen”, “raza”, “sexo”, “idioma”, “religión”, “opinión” y la “condición económica”, lo cierto es que tratar de modo distinto a personas en función a su edad sin que medien razones objetivas y justificadas implicaría un acto de discriminación prohibido.

Cabe apuntar, finalmente, que la propia Constitución, de cierto modo, admite condiciones de edad para el ejercicio de algunos derechos relacionados a la participación de los ciudadanos en la vida política del país, como postular a la presidencia de la república, ser congresista, ministro de estado, defensor del pueblo, miembro de la Corte Suprema, del Tribunal Constitucional o del Jurado Nacional de Elecciones. Estos supuestos ponen en evidencia que la edad si puede representar un elemento diferenciador válido para ejercer derechos, y no solo en el ámbito político, sino también en el económico.

La cuestión por analizar, entonces, es *si desde una mirada constitucional, las entidades del sistema financiero, en el ejercicio de su libertad de contratar y en su deber de protección del ahorro -por así disponerlo un mandato constitucional- podrían válidamente establecer, para el caso concreto de créditos hipotecarios, edades mínimas y/o máximas para evaluar su otorgamiento; o si, por el contrario, tal determinación significaría un trato discriminatorio por razón de la edad prohibido.*

En el ámbito relacionado a la protección al consumidor, nuestra Constitución establece como deber del Estado, defender el interés de los consumidores y usuarios (Const., 1993, art. 65), para cuyo efecto, el vigente Código de Protección y Defensa del Consumidor prohíbe a los proveedores que, en las relaciones de consumo, establezcan tratos discriminatorios a los consumidores, en base a los mismos criterios señalados en la Constitución.

Esta norma dispone, en ese sentido, que la exclusión de personas debe responder a causas de seguridad del establecimiento, tranquilidad de los usuarios u otros motivos similares, y que cualquier trato diferente debe obedecer a causas objetivas y razonables (Ley 29571, 2010, art. 38). Como bien afirma Guerrero (2005), al referirse a la discriminación por parte de particulares, en tanto la defensa de la persona humana es el fin supremo no solo del Estado sino de la sociedad, los particulares también están obligados a respetar el derecho de igualdad de toda persona (p. 313).

Ahora bien, en el caso particular de las relaciones de consumo propias del sector financiero, cuyas actividades en el Perú están supervisadas y reguladas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, el derecho a la igualdad y la prohibición de no discriminar tienen un matiz distinto, en la medida que los productos financieros que ofrecen, como los créditos hipotecarios, conllevan ineludiblemente la posibilidad de riesgo de incumplimiento, razón por la cual, la regulación sectorial, establece límites y prohibiciones que procuran atenuar riesgos para el ahorrista, conforme a la protección prevista en el artículo 87 de la Constitución, exigiendo que en toda solicitud de crédito se evalúen flujos de caja del deudor, ingresos, situación financiera, patrimonio, proyectos, entre otros factores relevantes para determinar la capacidad del servicio y pago de deuda, siendo el criterio básico para

conceder el préstamo, la capacidad de pago (Ley 26702, 1996, art. 222). En efecto, es la entidad financiera quien debe asumir los riesgos inherentes al negocio y garantizar al ahorrador sus recursos (Becerra, Guzmán & Trujillo, 2010, p. 272).

Conviene agregar que, si bien existen mecanismos legales para reducir el riesgo de incumplimiento, como la constitución de garantías, avales, seguros u otros, estos representan medidas de resguardo propias de los créditos que se otorgan a clientes que, dentro de un rango de edad determinado, permiten proyectar el normal y sostenido cumplimiento de la obligación.

Bajo este escenario, a fin de dar respuesta a la interrogante planteada, se formula la siguiente hipótesis: ***“El otorgamiento de créditos hipotecarios a personas que recién han alcanzado la mayoría de edad, o que se encuentran en condición de adultos mayores, conlleva, objetivamente y por razón de la edad, un mayor riesgo de incumplimiento por las propias características del producto y la requerida capacidad de pago sostenida en el tiempo; y, en tanto los recursos a utilizarse provienen, tradicionalmente, de los ahorros del público, cuya protección responde a un mandato constitucional que busca prevenir el llamado riesgo sistémico, y que, el propio ordenamiento jurídico constitucional admite la diferenciación de personas por la edad, la limitación a este tipo de créditos considerando el factor edad constituye, desde la perspectiva constitucional, una medida prudencial válida y ajustada a las reglas de la libertad de contratar, y no un trato discriminatorio prohibido”.***

Los antecedentes de la presente investigación, tanto en el ámbito constitucional y administrativo, se circunscriben a las recientes resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional y el Indecopi que tratan sobre discriminación etaria en las relaciones de consumo en la oferta de productos financieros.

A nivel administrativo, el Indecopi, como Autoridad Nacional de Protección al Consumidor, halló responsable y sancionó a un proveedor del sistema financiero que estableció un rango de edad -no menor de 20 ni mayor de 70 años- para acceder a créditos

hipotecarios, considerando dicho tratamiento en la oferta como un acto de discriminación prohibido, pues a juicio de referida entidad, la edad por sí sola no es un criterio que asegure el cumplimiento del pago de una deuda, debiendo analizarse la capacidad real de endeudamiento y los medios que garantizan el crédito otorgado (Sala Especializada en Protección al Consumidor, Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI, 2019).

Cabe señalar que en buena parte de los fundamentos de esta decisión administrativa se hace referencia al proceso de amparo seguido por María Chura Arcata a quien el Banco de la Nación le denegó un préstamo debido a su edad (83 años), caso en el cual, el Tribunal Constitucional, con voto en mayoría, declaró fundada la demanda, determinando que el hecho de denegar, de manera genérica, la posibilidad de acceder a un crédito considerando como único factor la edad de la persona es un trato discriminatorio prohibido por la Constitución. Conviene precisar que el voto singular de esta resolución recoge algunos aspectos desarrollados en la hipótesis del presente trabajo, proponiendo que la demanda se declare infundada, por considerar a la edad como un criterio válido para diferenciar entre personas (Tribunal Constitucional, Sentencia 05157-2014-PA/TC, 2017).

CAPÍTULO I: ESTADO DEL ARTE

En el presente capítulo se profundizará en el contenido constitucional de los principales derechos involucrados en la investigación, como es el caso del derecho a la libertad de contratar y el derecho a no ser discriminado. También se analizarán los aspectos centrales de la contratación en las relaciones de consumo, así como la importancia del sistema financiero en el deber de protección de los ahorristas y la adopción de medidas prudenciales alineadas a criterios supranacionales para evitar o atenuar los efectos negativos del riesgo sistémico, poniendo como ejemplo la experiencia de los créditos hipotecarios *subprime* que dieron lugar a la crisis de 2008. Posteriormente, se revisarán las posiciones más relevantes referidas al aparente conflicto entre derechos fundamentales.

1.1. El derecho a la libertad de contratar

Refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Landa (2014) precisa que, por el derecho a la libre contratación, dos o más personas naturales o jurídicas acuerdan o convienen voluntariamente crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, debiendo dicho vínculo estar referido a bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener un fin lícito y no contravenir leyes de orden público. Bajo este enunciado, dicho derecho garantiza, de un lado, la capacidad de autodeterminación para decidir la celebración o no de un contrato, así como la posibilidad de elegir a la contraparte del contrato; y, de otro lado, la autodeterminación para, de común acuerdo, decidir la materia que será objeto de la regulación contractual. En esa línea de reflexión el referido autor se refiere a la voluntad como el elemento esencial del contrato, entendido este como un acto bilateral que nace de la manifestación de voluntad coincidente de las partes, la cual, a su vez, se sustenta en el principio de autonomía de la voluntad, cuyo doble contenido abarca tanto la libertad de contratar, o también llamada libertad de conclusión consistente en la facultad de decidir cómo, cuándo y con quien contratar, y la libertad de contratación, conocida también como libertad de configuración interna, por la cual las partes pueden determinar el contenido del contrato (p. 314).

Aun cuando la libertad de contratar se encuentra dentro del catálogo de derechos fundamentales, este encuentra sus límites en otros derechos constitucionales, así como en principios y bienes con especial relevancia constitucional. Por ello, alegar que lo estipulado en un contrato tenga carácter absoluto por el solo hecho de haber sido convenido por las partes representa un argumento insustentable. En ese sentido, el ejercicio legítimo de la libertad de contrato requiere, en el marco de los principios y derechos constitucionales, su compatibilidad con estos últimos, lo cual no implica en modo alguno una restricción al legítimo ámbito de este derecho, sino un encuadramiento exacto en este marco.

La Constitución Política del Perú no solo contempla una protección al derecho de libertad de empresa que ostentan los agentes económicos, sino que además prevé una protección al individuo generador de la demanda constituido por el consumidor o usuario, siendo esta última disposición constitucional un límite al comportamiento de las empresas dentro de una economía social de mercado (Landa, 2019, p. 259).

Para Soto (2008), la autonomía privada, conocida en doctrina como autonomía de la voluntad, autonomía contractual o libertad de contratación, es la facultad o poder jurídico que permite a las personas, por un lado, tomar la decisión de contratar o no; elegir al sujeto con quien interrelacionarse, esto es, a su contraparte y, finalmente, determinar libremente los elementos que formarán parte del contenido del contrato, incorporando las cláusulas o condiciones que mejor convengan a sus intereses, tengan estos un carácter patrimonial o no. La libertad de contratar además de permitir a las personas decidir si contratan o no, los faculta a elegir a su contraparte, es decir, a aquella persona con quien desean vincularse jurídicamente. Por consiguiente, no está permitido imponer contrapartes a quienes deseen contratar (p. 105).

Si bien existe una titularidad primaria respecto a los derechos fundamentales, por la cual, en principio, es la persona humana la que por excelencia goza de la titularidad de los derechos fundamentales, las personas jurídicas, en tanto son conformadas eventualmente por personas naturales, también tienen derechos fundamentales, destacando entre estos, el derecho a la

libertad contractual. Para Landa (2014), la libertad contractual tiene dos principales límites (p. 317):

- El orden público, definido este como el espacio mínimo indispensable establecido por el Estado para garantizar la pacífica y armónica convivencia entre los miembros de una sociedad, en línea a los fines que persigue la Constitución.
- Otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, pues todos los derechos fundamentales y principios constitucionales constituyen la base material sobre la cual se sustenta la validez de cada uno de los negocios jurídicos; por lo que, la contravención o incompatibilidad de estos con tales derechos o principios determina la nulidad o invalidez del acto. El reto importante que surge entonces es armonizar, del mejor modo posible, la autonomía privada y la libertad contractual con la protección de otros derechos constitucionales, pues la interpretación constitucional no busca encontrar el mejor derecho garantizado por la Constitución, sino que, al haberse integrado dos libertades o derechos en esta, se entiende que existe una protección de ambos bienes jurídicos.

En efecto, como se verá más adelante, el legítimo ejercicio de la libertad de contratar suele ponderarse en su dimensión social, esto es, en la relación del sujeto que la ejerce con los demás miembros de una sociedad, y en tales supuestos, surgen los conflictos con otros derechos también consagrados constitucionalmente como el derecho a la igualdad y a no ser discriminado, concepto al cual nos referiremos en el siguiente acápite.

1.2. El derecho a la igualdad

1.2.1. Aproximaciones a su definición

Al entender la discriminación como un sinónimo de diferenciación, despojamos al término de connotaciones positivas o negativas, justas o injustas, favorables o desfavorables, siendo estas consideraciones las que apuntan a conceptualizar a la discriminación como un término

“neutro”. Bajo esta reflexión, son los calificativos que acompañan al término discriminación los que definen si esta es o no positiva, justa o favorable, como ocurre con las expresiones “discriminación arbitraria” o “discriminación positiva”. No obstante, desde otra posición de la doctrina, se habla de una discriminación como una diferenciación injusta y no como un término neutro. De este lado se admiten los tratos diferenciados siempre que existan razones objetivas y razonables, de lo contrario estamos ante una norma arbitraria; y, por tanto, discriminatoria. La discriminación también puede ser vista como un fenómeno de carácter intragrupal o intergrupalo. En el primer caso, esta se proyecta sobre individuos de un mismo grupo social, o personas que pertenecen a distintos grupos sociales, mientras que, en el segundo caso, implica designar la ruptura de la igualdad que se da en el trato de personas que pertenecen a grupos sociales diversos entre los que sí se advierte una diferencia de estatus o de poder (Salomé, 2017, pp. 256-259).

Por su parte, Latorre sostiene que la igualdad, como concepto, no puede dejar de mirar la diferencia, por el contrario, debe reconocerla. La sociedad que pretende tratar a todos por igual no es una sociedad justa. Bajo esa premisa, la verdadera igualdad no significa eliminar o pulir las diferencias entre personas y grupos distintos, sino aceptar estas diferencias y su igualdad entre sí, tanto en derechos como obligaciones. En ese sentido, se debe completar esa igualdad con un respeto a la diferencia; y, a través de esta última perfeccionar la primera (2016, p. 59).

Teóricamente, definir el derecho a la igualdad no resulta una tarea simple. El derecho internacional, por ejemplo, ha definido dicho concepto sobre la base de cuatro áreas que considera importantes: los métodos estructurales para prohibir la discriminación o proteger la igualdad; el asunto de si la intención discriminatoria es un elemento necesario de la discriminación; la fijación de un límite entre distinciones justificadas e injustificadas; y la coherencia entre las medidas especiales de protección y la no discriminación (Bayefsky, 1990, p. 3).

a. De los métodos estructurales

Según sostiene Bayefsky, son dos las dimensiones o métodos estructurales que afectan la capacidad sustantiva del derecho a la igualdad o de alguna disposición no discriminatoria. En un primer nivel puede existir una dimensión autónoma; o, por el contrario, una de tipo subordinada. Cuando es autónoma, la declaración del derecho, por sí misma, garantiza la igualdad ante la ley y no en el contexto de una amenaza hacia otros derechos o libertades (1990, pp. 3-4). Un ejemplo de este tipo de método se observa en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual reconoce el derecho a la igualdad bajo la siguiente expresión:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de (...)”.

Cuando se trata de una cláusula subordinada, esta prohíbe la discriminación solo en el contexto en el que se verifique la existencia de otros derechos y libertades que se hayan contemplado en otros artículos del mismo instrumento, respecto de los cuales se brinde protección (Bayefsky, 1990, pp. 3-4). Un ejemplo, de esta dimensión se presenta en la redacción del artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la misma que prevé lo siguiente:

“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Estas cláusulas subordinadas de no discriminación deben interpretarse en conjunto con cada uno de los otros derechos y libertades que se reconocen en la misma norma, como si formaran parte integral de todos y cada uno de los artículos que establecen derechos y

libertades. En ese sentido, y tal como lo menciona Bayefsky, pese a que la cláusula subordinada no tiene existencia independiente, esta complementa las demás disposiciones normativas. Así, entonces, si nos encontramos frente a una medida que guarda conformidad con las exigencias de una disposición que consagra un derecho o libertad dado, pero que por su naturaleza sea discriminatoria, esta violará las dos disposiciones consideradas en su conjunto (1990, pp. 4-5).

De otro lado, tenemos la dimensión abierta o restringida. Se dice que una disposición que recoge el derecho de igualdad o de no discriminación es abierta o indeterminada, cuando no se identifican las posibles razones o motivos por los cuales se afecta el derecho, supuesto en cual, el resultado interpretativo tiene particularidades significativas (Bayefsky, 1990, p. 5). Así, por ejemplo, en la Carta de Naciones Unidas, los derechos humanos y libertades fundamentales se deben respetar sin distinción en cuanto a un limitado número de motivos expresamente establecidos, como es el caso de la raza, sexo, idioma y religión.

En el caso de cláusulas restringidas, las disposiciones plantean de modo expreso los aspectos sobre los cuales se prohíbe discriminar. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo, se establece que los derechos enunciados se ejercerán sin discriminación considerándose una lista, también fija pero mucho más amplia, de motivos previamente establecidos. Lo propio ocurre con la Convención de los Derechos del Niño, donde aparece un listado de motivos cada vez más amplios. Por otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos prohíben la discriminación sobre la base de un número de motivos claramente abierto o indefinido, mientras que, la Declaración Universal emplea las palabras “*sin distinción alguna (...)*”.

En opinión de Bayefsky (1990), la labor de interpretación frente a una disposición de igualdad o que prohíbe discriminar, bajo la característica de indeterminada o abierta, es decir, que no precisa los motivos por los que se discrimina, resulta muy significativa, razón por la que, determinar si en este tipo de distinciones la conducta infringe o vulnera el principio de no discriminación en ningún modo supondrá determinar si tal distinción se encuentra

protegida por el enunciado que prohíbe discriminar, ya que cada distinción en particular exigirá invocar el principio de igualdad o no discriminación (p. 5).

b. De la intención discriminatoria

Tomando como referencia el material jurídico internacional o supranacional, no se requiere de una intención o propósito para que se configure una conducta discriminatoria o un acto que en su manifestación niegue la igualdad. A modo de ejemplo, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza, la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y el Convenio de la OIT relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación incluyen en sus respectivos contenidos disposiciones relativas a la discriminación haciendo referencia al bien o al efecto. En base a estas disposiciones, es posible afirmar que la finalidad o intención discriminatoria no representa un elemento constitutivo o requisito para que se materialice un acto de discriminación (Bayefsky, 1990, pp. 8-10).

La discriminación, así entendida, implica toda restricción, exclusión, distinción o preferencia basada o fundada en determinados motivos, como el color, la raza, el idioma, la religión, el sexo, la opinión política o de otra índole, la nacionalidad, la posición social o económica, el nacimiento u otra condición social, cuyo objeto o resultado anule o menoscabe el reconocimiento, ejercicio o goce, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. Consecuentemente, en ningún caso resultará necesario verificar la intencionalidad para que se configure un trato discriminatorio (Bayefsky, 1990, pp. 8-10).

c. Sobre la fijación del límite entre distinciones justificadas e injustificadas

Partiendo de que no toda diferencia de trato es discriminatoria y que un trato igualitario no implica el otorgamiento de un trato idéntico, a nivel internacional se ha precisado que el goce en condiciones de igualdad de derechos y libertades no significa identidad de trato en

toda circunstancia. Así, como bien lo menciona Bayefsky, el otorgamiento de un trato idéntico a personas diferentes sin tomar en cuenta sus rasgos o aspectos notoriamente distintos resultará tan discriminatorio como tratar a personas iguales de modo diferente (1990, p. 11).

En ese sentido, el citado autor señala que, cuando se hace una distinción no discriminatoria, se deberá tener en cuenta la presencia de una justificación que resulte tanto objetiva como razonable, elementos necesarios para evidenciar la legitimidad del fin que se busca o persigue; pero, además, ello debe complementarse con una ponderada interrelación entre la finalidad que se pretende y los medios empleados para lograrla (Bayefsky, 1990, p. 12).

Pese a que existe cierto consenso y similitud en las definiciones que sobre discriminación encontramos en las normas y tratados internacionales, lo cierto es que, en buena parte, la jurisprudencia internacional ha sido la que ha establecido los límites entre distinciones justificadas e injustificadas. En ese sentido, el impacto de la definición teórica en la práctica dependerá de la voluntad del órgano interpretativo para aplicarla con rigor. Finalmente, en cuanto a las categorías sospechosas encontramos a la raza y el sexo. El derecho internacional indica que tanto la raza como el sexo constituyen categorías que, de modo particular, merecen un más alto y riguroso grado de escrutinio.

d. De la acción afirmativa

Como bien refiere Bayefsky, el derecho internacional ha tenido por mucho tiempo una preocupación marcada por el derecho de las minorías (1990, p. 23). Luego de esfuerzos iniciales, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se consagró una disposición sobre la protección de las minorías:

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les

corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”

En línea a esta proposición, el derecho internacional sugiere la implementación de medidas especiales que resulten coherentes con el principio de igualdad o no discriminación, es decir, que logren garantizar la igualdad en el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales. Por otro lado, la jurisprudencia internacional ha sugerido a los Estados adoptar de forma obligatoria medidas positivas para lograr la igualdad.

Compartiendo las conclusiones de Bayefsky, en el derecho internacional es posible encontrar múltiples enunciados que apuntan a definir el principio de igualdad y no discriminación. Algunas de estas disposiciones son autónomas, a diferencia de las que tienen un carácter subordinado. Unas se expresan en forma abierta, en contraposición a las que lo hacen de modo restringido, e incluso existen aquellas que no recogen ningún motivo. También están las que se refieren concretamente a la igualdad ante la ley, mientras que otras, prefieren optar por la igualdad de protección, o a la discriminación, o bien a la distinción. En otra clasificación están las que recogen aspectos conceptuales sobre discriminación; mencionan contextos específicos, como el empleo o la educación; o, las que permiten medidas especiales de protección (1990, pp. 32-33).

Habiendo desarrollado ciertas ideas sobre la definición de discriminación en el plano internacional, pasaremos a exponer algunos apuntes sobre el trato discriminatorio, expresión ligada a la igualdad, y luego a identificar las clases de discriminación, según la literatura revisada.

1.2.2. El trato discriminatorio y las clases de discriminación

Al referirse a la Sentencia del Tribunal Constitucional 01211-2006-AA, Landa cita fragmentos de dicho pronunciamiento, en los que se señala que, para plantear un supuesto de trato discriminatorio en razón a la diferencia de personas es preciso que se proponga un término de comparación suficiente y adecuado, en base al cual resulte posible constatar que,

frente a situaciones fácticas iguales, uno de los sujetos de la relación ha sufrido un trato diferente, sin que medien razones objetivas y razonables que lo legitimen (2019, p. 72). De igual modo, el referido autor, citando la Sentencia del Tribunal Constitucional 00027-2006-AI, precisa que el tratamiento y la aplicación de la igualdad, como principio y derecho, se ha previsto para los distintos ámbitos en los que la persona humana se desenvuelve, por ser esta el fundamento básico de la sociedad y del Estado. Así, la igualdad cruza de modo transversal todos y cada uno de los espacios de desarrollo de la persona, pues busca garantizar la dignidad humana (Landa, 2019, p. 74).

Para Guerrero (2005), las razones por las cuales se puede discriminar son de diferente tipo. En el caso de las normas constitucionales, estas por lo general hacen mención expresa a varias razones sobre las cuales se discrimina, dejando en claro que no se trata de una lista taxativa sino enunciativa. La Constitución peruana expresamente menciona siete situaciones que dan lugar a una discriminación, precisando que la prohibición se aplica a toda otra discriminación que se produzca por cualquier otra índole (p. 311).

Según la clasificación desarrollada por Salomé existen o se pueden identificar hasta cinco tipos de discriminación: directa, indirecta, discriminación por indiferenciación, interseccional y estructural (2017, pp. 261-285).

A continuación, se exponen las principales ideas de cada una de estas, en base a lo señalado por la referida autora.

a. Discriminación directa

Es aquella por la cual una persona o grupo de personas recibe un trato diferenciado y perjudicial sobre la base de una categoría sospechosa, la misma que es referida de modo expreso como causa de la distinción o exclusión (Salomé, 2017, p. 261).

b. Discriminación indirecta

En cambio, en la denominada discriminación indirecta, llamada también “de impacto”, el trato diferenciado se basa en un elemento en apariencia “neutro”, pero en su aplicación se materializa un impacto perjudicial e injustificado a los integrantes de un determinado grupo o colectivo protegido por una disposición antidiscriminatoria (Salomé, 2017, p. 262).

c. Discriminación por indiferenciación

Es aquella que se configura cuando no se le brinda un trato diferente, sin justificación objetiva ni razonable, a personas o grupos que se encuentran en situaciones o condiciones substancialmente distintas (Salomé, 2017, p. 267).

d. Discriminación interseccional

Llamada también “múltiple”. Es aquella por la cual distintos factores de discriminación se presentan al mismo tiempo o a la vez, como ocurriría, por ejemplo, con el caso de una mujer con discapacidad motriz, excluida en el marco de sus relaciones laborales por ambas condiciones. En este caso, los motivos por los cuales se discrimina pueden presentarse en distintos momentos o de manera simultánea (Salomé, 2017, pp. 271-274).

e. Discriminación estructural o sistémica

Es aquella que parte de considerar a la definición tradicional de discriminación como insuficiente, ya que sus causas y manifestaciones suelen desenvolverse en el ámbito de complejas prácticas sociales que impiden a determinados grupos disfrutar o gozar de sus derechos en el mismo nivel, forma o dimensión en que lo hacen otros grupos de la sociedad (Salomé, 2017, pp. 280-281).

Luego de haber recogido los aspectos más relevantes que desde las concepciones doctrinarias existen sobre el derecho a la libertad de contratar y el derecho a la igualdad, a

continuación, se profundizará, también desde el ámbito teórico, respecto a aquellos aspectos que tratan sobre el ejercicio de estos derechos en las relaciones contractuales de consumo, en especial dentro del sistema financiero, escenario en el cual tiene un desenvolvimiento especial el tema materia de investigación.

1.3. El contrato y las relaciones de consumo dentro del sistema financiero

1.3.1. El contrato

Como bien lo expone Yuri, el contrato como instrumento de libertad se convirtió, en determinado contexto histórico, en una herramienta de justicia en los cambios. En ese sentido, se le vio como un reino en el que la libertad, la voluntad y la igualdad ejercían poderes soberanos; por ello, se decía que, a menor intervención de factores ajenos a este triunvirato, mayor felicidad y progreso experimentaban los individuos. Luego, esta masificación de la contratación dio lugar a su estandarización, encontrándonos frente a dos tendencias por el lado de las empresas. Una que buscaba racionalizar los medios o instrumentos jurídicos de colocación de productos en el mercado y otra que, de modo no tan saludable, y ligada al espíritu de lucro propia de la empresa privada, buscaba sacar provecho indebido de dichos mecanismo de racionalización contractual, que se materializaron en las denominadas cláusulas generales de contratación, las mismas que surgen del mercado de consumidores a quienes las empresas tratan como iguales ofreciéndoles idénticos productos y servicios (2001, p. 538).

Ante la aparición del derecho del consumidor se decía que la capacidad de autodeterminación que explicaba el concepto de autonomía privada, como piedra angular de la contratación, había llegado a su fin, ya que era la empresa, la que dictaba los contratos, imponía sus reglas, y no solo fomentaba el consumo, sino que hacía consumir sus reglamentos y disposiciones contractuales. Es en este escenario que interviene el Estado, entendiendo que no debe permanecer impasible frente al aniquilamiento de las voluntades y que el contrato puede no solo ser un instrumento de intercambio, sino de abusos que no pueden quedar librados a la decisión de los particulares. La contratación masiva no escapó a la visión estatal, sometándose a los dictados del legislador, más aún cuando se asomaba en

este campo un personaje con mayor perfil definido, el llamado consumidor (Yuri, 2001, p. 538).

Uno de los sectores en los que, sin duda alguna, desarrolló la masificación de los contratos y le dio un giro importante a la definición de consumidor es el sector financiero. Es en este campo semi regulado, ya que además de la regulación sectorial los distintos productos se materializan en contratos, en su mayoría por adhesión, donde podemos identificar un significativo número de usuarios; y, por ende, la verificación o constatación de múltiples conflictos de consumo. Habiendo profundizado en los aspectos más importantes sobre la libertad de contratar, el derecho a la igualdad y a no ser discriminado, y a la contratación en las relaciones de consumo en la que interviene como sujeto determinante el consumidor, pasaremos a exponer algunas consideraciones relevantes sobre la actividad de intermediación financiera.

1.3.2. Aspectos básicos sobre la intermediación financiera

Respecto a la naturaleza jurídica de la actividad de intermediación financiera, para Hernández-Mendible existen dos posiciones o teorías (2012, p. 96) las cuales se desarrollan a continuación. Por un lado, hay quienes sostienen que se trata de una actividad propia de servicio público; y por otro lado de la doctrina, hay quienes postulan de que se trata de una actividad privada sometida al control del Estado. En el primer caso, la denominada “Banca” es considerada como un servicio público al cual se le asigna la tarea de intermediación del ahorro interno del país, lo que le exige operar bajo un control cuantitativo y cualitativo respecto de los recursos que capta, administra e invierte, considerando claramente que los servicios que brinda buscan satisfacer las necesidades económicas de los usuarios de dicho servicio, tratándose, por ende, de un servicio de interés general. No obstante, la actividad bancaria es susceptible de ser sometida a inspección, vigilancia, regulación y supervisión a cargo de las autoridades sectoriales, con un nivel de rigurosidad más profundo que en otras actividades, pero ello no la convierte en una concesión otorgada por el Estado a los particulares para su realización.

Desde la otra perspectiva, la naturaleza de la actividad de intermediación financiera es estrictamente privada y mercantil, descartando de plano el título de servicio público. En esta última postura, hay quienes no descartan de que se trata de Servicios Públicos Impropios, los mismos que son brindados por operadores privados que tienen un derecho preexistente para realizar la actividad, y que solo la podrán brindar luego de que obtengan la debida autorización.

Tomando parte de lo recogido por estas dos teorías, se puede decir que la intermediación financiera expresa el desarrollo de una actividad económica privada de naturaleza mercantil, la misma que se ejerce en virtud al derecho de libertad de empresa y dentro de un régimen de competencia, y como se trata de una actividad en la que está involucrado el interés general, ello justifica la intervención del Estado, tanto en la fase previa de promoción, la misma que se inicia con la autorización, durante la fase de promoción que finaliza con la autorización de funcionamiento, en la fase operativa o funcional, mediante labores de supervisión y fiscalización, y, de ser el caso, de intervención o, en un supuesto más grave, de liquidación lo que conduce a la extinción del título administrativo habilitante.

Hechas estas precisiones sobre la esencia del funcionamiento del sistema financiero, corresponde plasmar algunas ideas sobre su importancia, así como la relación con las denominadas crisis sistémicas, con especial énfasis en el fenómeno ocurrido en la crisis de 2008.

a. Importancia del sistema financiero

En las economías capitalistas, la importancia del sistema financiero radica en que este cumple una doble función. Por un lado, sirve para la inversión, en tanto concreta el capital de quienes no tienen cómo utilizarlo, distribuyéndolo o transfiriéndolo a quienes dispongan de medios para emplearlo; y de otro lado, recibir en depósito las rentas de sus clientes y reembolsarlo a medida que lo vayan necesitando para sus fines de consumo. En el primer caso estamos frente a lo que se llama circulación de capital, lo que implica inversión para

reproducción del capital; mientras que, en el segundo caso, abordamos la llamada circulación del dinero, destinado principalmente al consumo (Salgado, 2017, pp. 247-248).

El sistema financiero, entendido en sentido amplio, es aquel conjunto de instituciones, entre estas las bolsas de comercio y las entidades bancarias, cuyo fin primordial es canalizar los ahorros que generan las unidades de gasto como superávit hacia los prestatarios o unidades de gasto como déficit. De aquí surge el riesgo propio de la actividad bancaria y la preocupación natural de las autoridades de todas las economías mundiales, la misma que se justifica porque ella representa la base del crédito. La quiebra de una institución bancaria siempre surte efectos sobre el resto de las actividades económicas de un país (Gerscovich, 2018, pp. 223-224).

Una premisa clave para entender la importancia del sistema financiero es aceptar que se trata de un negocio basado en la confianza. Este elemento constituye, en buena cuenta, su activo principal. Como bien lo enfatiza López (2012), la pérdida de la confianza ocasionada por la insolvencia o quiebra de una entidad financiera o de un banco, con la consecuente pérdida de los ahorros de los usuarios, representa una amenaza que podría extenderse a todo el sector, escenario al que se le ha llamado o conceptualizado como riesgo sistémico, contexto en el cual se pone en peligro la estabilidad del sistema y de los ahorros del público que le fueron confiados.

Por esta razón, los Estados expiden una serie de disposiciones, algunas de ellas conocidas comúnmente y de modo general como regulación prudencial, cuyo propósito u objeto es minimizar y controlar los diferentes riesgos a los que se encuentra expuesto los distintos operadores que participan como agentes en la actividad financiera; procurando mantener su solidez y solvencia.

b. El crédito hipotecario subprime y la crisis de 2008

Pese a que el denominado crédito *subprime*, tal como lo señala Salgado (2017, pp. 245-247) no tiene una definición consensuada, esta parte de tomar las características de los

agentes económicos que aparecen involucrados. Así, por un lado, el prestatario es considerado un sujeto de alto riesgo, mientras que el prestamista se caracteriza por los altos costos en los que incurre el otorgamiento de préstamos. En el caso del crédito *subprime* que existió en los contratos hipotecarios, en los que no se requirió de comprobantes de ingresos a los solicitantes, ya que estaban amparados por seguros o garantías de pago, tales operaciones calificaban de alto riesgo por la alta probabilidad de una situación de impago.

En el caso de Estados Unidos, el crédito *subprime* fue utilizado, en su mayoría, para la adquisición de viviendas, y la crisis hipotecaria que se desencadenó obedeció básicamente a tres aspectos: i) las características del préstamo; ii) las características del prestatario; y, iii) el alza de los precios de las viviendas. Dicha crisis se preveía desde el 2001, por el acelerado crecimiento de este tipo de créditos y su escasa o nula sostenibilidad.

Ello ocurrió porque los créditos *subprime* representaron una atractiva rentabilidad debido a sus altas tasas de interés, bajo las cuales se otorgaba el préstamo, siendo esta la razón por la cual ingresó al mercado bursátil, siendo estas carteras adquiridas tanto por sociedades como por fondos de inversión, luego de lo cual, frente a la especulación por la explosión de la llamada burbuja financiera hipotecaria, los inversionistas retiraron sus fondos de los bancos de inversión, quienes recurrieron a la Reserva Federal como prestamista de último recurso, procediendo a vender sus activos a otras entidades como el *Bank of America* tras reconocer su falta de liquidez; es por ello, y como bien afirma Salgado, que la crisis del crédito hipotecario *subprime* se presentó en la esfera financiera y no en el sector real como es el sector vivienda, ya que este último se encontraba inactivo, es decir, sin condiciones para producir, afectando a las principales potencias económicas por tener estas un sistema financiero muy desarrollado y contar con una inmensa gama de activos financieros, siendo por este motivo que la crisis hipotecaria *subprime* tuvo un carácter internacional (2017, p. 247).

Como bien apunta Fernández (2015, pp. 334-335) con referencia a esta crisis, en el 2004, la Reserva Federal de Estados Unidos optó por elevar las tasas de interés para evitar un brote inflacionario, lo cual generó que los precios de las viviendas bajaran debido a que el crédito

se contrajo. Esto trajo como consecuencia el incumplimiento del pago de las cuotas de los créditos hipotecarios, las ejecuciones de los inmuebles adquiridos, así como la sobrevaloración de los valores inmobiliarios respaldados con dichos créditos hipotecarios. La quiebra de *Lehman Brothers* anunciada el 12 de setiembre de 2008 y la caída de otras entidades que le siguieron generó un forado en el mercado de Wall Street, saltando a la denominada *Main Street*, por lo que, no solo se afectó el funcionamiento del mercado financiero, sino que el financiamiento de otras actividades empresariales también se vio rápidamente perjudicada. Esta situación se expandió a los mercados financieros a nivel mundial, provocando profundos estragos en países de Norteamérica, Europa y del resto del mundo.

c. De Basilea I y II a Basilea III: Reformas en medidas prudenciales frente al riesgo sistémico

Como bien afirman Pérez y Gragera (2018, pp. 228-229), Basilea I se inició como una mera recomendación de buenas prácticas en la gestión de las entidades del sector bancario. Su Comité estuvo integrado por autoridades de los bancos centrales que conformaban el G-10, cuya labor se centró en formular un acuerdo de nivel internacional que lograra equiparar las diferentes normas regulatorias de varios países.

Fue precisamente de este acuerdo que surgió el concepto de “capital regulatorio” como un acercamiento al mínimo capital que una entidad financiera debe poseer, dependiendo de los riesgos a los que se encuentre expuesta, entre los que destacaban: el riesgo de crédito, de mercado y de tipo de cambio aunque el principal de ellos era el riesgo de crédito, por lo que los primeros métodos de cálculo de capital regulatorio agrupaban las exposiciones de riesgo en cinco categorías según la contraparte y se les asignaba una ponderación diferente para cada categoría. La sumatoria de riesgos multiplicados por su coeficiente de ponderación daba lugar a los activos de riesgo y el 8% de dicho valor era el capital mínimo que se exigía al banco.

Lo cierto es que, tratándose únicamente de una recomendación, las entidades mantenían su libertad de usar esta fórmula u otra diferente para llevar a cabo dicho cálculo. Pese a que esta primera aproximación al cálculo del capital regulatorio adolecía de varias deficiencias técnicas, fue un primer paso clave para dotar al sistema bancario de una mayor fortaleza y estandarización.

El primer acuerdo de Basilea fue reemplazado por Basilea II en el año 2004 con la intención de evadir sus comprobadas limitaciones, para luego complementar y vigorizar las metodologías propuestas en el primer documento. Con el Nuevo Acuerdo de Capital se cambió el concepto de riesgo de crédito, y se desarrollaron fórmulas novedosas para su cálculo, agregándose un nuevo tipo de riesgo a los ya existentes; el riesgo operacional. Fue en el nuevo marco de Basilea II que se llegaron a identificar y diferenciar tres pilares: Pilar I o los requisitos de capital, Pilar II o las técnicas de investigación del regulador y Pilar III o la disciplina de mercado. Dicha división no fue más que una manera de ordenar las etapas que la entidad y el regulador debían tener en cuenta y realizar para garantizar de que el banco estaba en la posibilidad de afrontar los diferentes riesgos asumidos.

Bajo la misma línea expuesta, Vodanivich (2012, pp. 148-149) precisa que los mercados financieros se regulan por distintos propósitos, siendo uno de estos la prevención del riesgo sistémico, mediante diversas herramientas como una adecuada gestión de este riesgo, por la cual procure velar por solvencia y solidez. En ese sentido, refirió que antes de la crisis de 2008, el objetivo de la estabilidad sistémica se enfocaba en las firmas individuales, partiendo de la premisa de que si se mantenía la solvencia de cada una de las entidades financieras se garantizaba la estabilidad del sistema en su conjunto. Precisamente esta fue una de las principales críticas que se formuló a Basilea II, al no considerar medidas regulatorias que permitan prevenir crisis sistémicas.

Según sostiene el citado autor, y recapitulando lo dicho por Pérez y Gragera, Basilea II tuvo tres pilares fundamentales: por un lado, se centró en los requerimientos mínimos de capital; luego, se consideró el proceso de evaluación del supervisor; y, finalmente, apuntó a establecer una adecuada disciplina de mercado. Conforme al primer pilar, se definió el

coeficiente de capital mínimo que cada banco requería de acuerdo con los activos ponderados por su nivel de riesgo (sea crediticio, operacional o de mercado). Por su parte, por el segundo pilar se pretendió que mediante el proceso de supervisión se asegure que los bancos cuenten con el capital suficiente para soportar sus riesgos, así como incentivar que dichas empresas desarrollen e implementen mejores mecanismos de administración de estos riesgos. Finalmente, el tercer pilar complementó a los primeros dos pilares, incentivando la disciplina de mercado mediante el establecimiento de una serie de requerimientos de divulgación de información, con la finalidad de permitir a los participantes del mercado el acceso a información clave sobre la adecuación del capital de los bancos a sus respectivos riesgos (2018, pp. 229-231).

Atendiendo a que, tal cual lo sostiene Vodanovich (2012), la conducta pro-cíclica incrementa el riesgo de una crisis sistémica, Basilea III se ha concentrado en la conducta pro-cíclica de los mercados financieros exigiendo mayor capital y de mejor calidad a las entidades del sistema financiero (p. 44). En ese sentido, los reguladores coinciden mayoritariamente en resaltar la importancia del capital y la adecuada gestión de los riesgos. En cuanto al manejo de riesgos, ha sido la crisis de 2008, la razón por la cual se ha cuestionado que las entidades que actúan como agentes en este mercado tengan a su disposición información suficiente, capacidad e incentivos para controlar de forma idónea sus riesgos.

Sobre ello, existe una errónea percepción que tiene que ver con la irracionalidad de la conducta humana. Según los reguladores ingleses, siguiendo la reflexión de Vodanovich (2012, p. 151), el ser humano tiende, por un lado, a subestimar los riesgos lejanos o poco probables, y de otro lado, a sobredimensionar los riesgos cuando son recientes y significativos. Bajo esta idea, las personas suelen, por lo general, otorgar una mayor importancia a aquello que voluntariamente deciden escoger (selecciona los riesgos); y, además, el análisis de los riesgos se basa en estadísticas y predicciones económicas, las cuales no consideran las probabilidades de cambio.

La crisis y lo que esta generó en el mercado exige reevaluar los objetivos y fundamentos de la regulación financiera, así como apreciar la importancia que tiene el sistema financiero

en el ámbito social, dado el impacto que puede generar en el crecimiento económico del país donde se presente o se materialicen sus efectos. En ese sentido, los modelos tanto de regulación como de supervisión en materia financiera varían en función a la decisión política de cada país y de cómo conciben a sus mercados financieros. En algunos sistemas, la estructura de la supervisión sigue la industria, creándose así un supervisor para cada industria o para varias de ellas. Muestra de este modelo de regulación por industria es la SBS en Perú, autoridad que supervisa a los bancos, a las empresas de seguros y a aquellas que conforman el sistema privado de pensiones; y, de otro lado, para supervisar el mercado de valores existe la Superintendencia de Mercado de Valores (Vodanovich, 2012, p. 153).

Entonces, a nivel internacional ¿qué se propone en cuanto a medidas prudenciales para evitar y controlar riesgos sistémicos? Tal como se indicó líneas arriba, el Acuerdo de Capitales o también llamado Basilea II marcó la principales pautas y directrices para la supervisión del sistema crediticio a partir de su publicación en el 2004, y su progresiva incorporación en las normativas bancarias internacionales. La crisis de 2008 evidenció que los profundos niveles de asimetría de información, las innovaciones en el sector financiero, y los incompletos esquemas de supervisión contextualizaron un escenario en el que se demostró el fracaso de la “autoregulación”, requiriéndose de reformas que de alguna manera redujeran las probabilidades de crisis sistémicas. Por esta razón, en el 2009, se sucedieron diversos documentos que llegaron a configurar Basilea III, a través del cual se exigieron mayores niveles de capital que permitiera cubrir, en forma adecuada, ciertas operaciones de especial protagonismo, como las titulizaciones, y los riesgos tratados inadecuadamente, en cuanto a liquidez y mercado.

Conforme lo refieren Gutiérrez y Fernández (2011, pp. 88-89), al comentar sobre Basilea III, las nuevas normas deben estar enfocadas en mejorar de manera notable la calidad del capital bancario, incrementar los niveles de capital exigidos y reducir el riesgo sistémico; pero no solo ello, sino que Basilea III se perfila y diseña mediante un conjunto de documentos que toman en cuenta Basilea II y otras publicaciones difundidas con posterioridad, encontrándose dentro de las medidas que conforman su estructura la introducción de un *colchón de conservación de capital* del 2,5% para enfrentar periodos de tensión (conformado

por capital ordinario, para garantizar que los bancos tengan una específica partida de capital con la que absorban pérdidas durante fases de tensión económica y financiera), así como la aplicación de un *colchón anticíclico* que oscile entre 0 y 2,5% del capital ordinario con el objetivo macroprudencial de proteger el sistema bancario en los periodos en los que el crédito agregado crezca excesivamente, medida que solamente se activará cuando se presente una burbuja de crédito que eleve el denominado riesgo sistémico.

Luego de haber presentado en términos generales la importancia del sistema financiero para efectos de prevenir o controlar crisis derivadas del riesgo sistémico, conviene desarrollar apuntes sobre las legítimas políticas comerciales de segmentación de productos en el mercado financiero, como una válida expresión de la libertad de contratar, y su relación con el derecho a la igualdad y las denominadas medidas prudenciales.

1.4. Las políticas comerciales de segmentación en el mercado financiero

Tal cual lo afirma Trejo (2006), no es extraño observar en el mercado la existencia de diversas prácticas de segmentación de consumidores que desarrollan las empresas, las mismas que suelen rondar entre lo legal y lo ilegal. Pero diferenciar no es ilegal, dado que responde o debería responder a una política empresarial de segmentación. Se trastoca lo legal cuando, bajo la figura de la diferenciación, se discrimina a los consumidores por razones subjetivas, como sucede con la raza, el sexo, la condición social, entre otros motivos. La segmentación se puede definir como aquella práctica consistente en dividir mercados grandes y heterogéneos en segmentos más pequeños a los que se puede llegar de manera más eficaz con productos y servicios adaptados a la singular necesidad de los individuos que conforman cada grupo. Un nivel de segmentación consiste en seleccionar a los consumidores por variables geográficas, demográficas, psicográficas y conductuales. Dentro de las variables demográficas se encuentra la segmentación por edad, sexo, tamaño de la familia, ciclo de vida, ingreso, ocupación, educación, religión, raza y nacionalidad.

Esta variable implica orientar las políticas de marketing hacia la satisfacción de necesidades de determinado segmento de la población. Se presenta entonces en este punto el

asunto controvertido, pues la segmentación como tal está orientada a cubrir las necesidades de un determinado estrato poblacional y no a restringir, limitar o prohibir el consumo en el estrato no contemplado en la política de segmentación. Esta última constituye una práctica de diferenciación y no de discriminación, aunque no se puede negar que en muchos casos a través de la primera se ha intentado justificar la segunda, supuestos en los cuales el Indecopi ha intervenido sancionando a los proveedores por prácticas lesivas a los derechos de los consumidores.

Como bien agrega Navarretta (2014, pp. 139-140), al referirse al principio de no discriminación y el control del contrato individual, el razonamiento que induce a excluir la posibilidad de generalizar un control sobre las elecciones individuales que subyacen al contrato no necesariamente equivale a negar la posibilidad de que existan motivaciones y contextos que, contrariamente, justifiquen una valoración del ejercicio de la autonomía privada, ni que estos ámbitos deban concebirse en términos estrictamente excepcionales. Incluso, según sostiene la citada autora, se deberá tener en cuenta que una razón general que induce al ordenamiento a someter a la autonomía contractual a un control de tal entidad que coloca su ejercicio en términos discrecionales, es el hecho de que en las relaciones precontractuales una de las partes haya generado en la otra un sentimiento de confianza. Es precisamente este elemento, el que, a modo de insumo, crea el vínculo entre aquellas partes predispuestas a interrelacionarse, al someter el ejercicio de la libertad al control de la corrección, la cual, ciertamente, no puede reputarse impermeable al principio de dignidad.

En efecto, nada obsta para que, a través de una aparente política de segmentación se disfrace una práctica discriminatoria atentatoria contra la dignidad humana en las relaciones de consumo, en especial, en el mercado financiero. Sin embargo, tal política puede configurar en la práctica una legítima estrategia para colocar productos hacia un tipo de consumidores o determinada población teniendo como fundamento no solo una estrategia comercial para incentivar el consumo de determinados sujetos con mayor predisposición a contratar, sino también, de modo paralelo o simultáneo, a una medida prudencial para evitar una crisis o mitigar los efectos contraproducentes, garantizando la estabilidad del sistema financiero frente al riesgo sistémico.

Bajo este contexto, la política comercial de segmentación constituirá el mecanismo de medida prudencial frente al riesgo de incumplimiento y de generación de crisis en un negocio en el que prima la confianza y la protección del dinero de los ahorristas.

Tal como se indicó en el planteamiento del problema materia de la presente investigación, además de la libertad de contratar y el derecho a la igualdad, existe otro derecho constitucional que interviene de modo significativo en las relaciones de consumo dentro del sector financiero: la protección del ahorrista. Entonces, ya no solo corresponde armonizar la libertad de contratar con el derecho a la igualdad, sino que, además, en esta difícil tarea de integrar ambos derechos debemos tomar en cuenta que el objeto de la contratación, por la propia naturaleza de las actividades del sistema financiero, incide en el derecho de protección del que gozan quienes depositan sus ahorros en las entidades financieras. Conviene entonces desarrollar algunas consideraciones sobre el tratamiento del aparente conflicto entre los mencionados derechos fundamentales y constitucionales.

1.5. La tarea de interpretación frente al conflicto entre derechos fundamentales

Dado que gran parte de los derechos fundamentales son formulados de manera explícita en disposiciones normativas, existen dificultades específicas y peculiares para cuando corresponda desarrollar la tarea interpretativa. El problema, entonces, y así lo sugiere Pino (2013, pp. 13-14) es uno de interpretación en sentido estricto, esto es, ponderar la atribución de significado a los enunciados de las fuentes. La sospecha de que la interpretación de las disposiciones normativas que conceden derechos fundamentales pueda presentar dificultades específicas en cuanto a la interpretación de otras disposiciones surge de la técnica caracterizadora de la formulación de dichas disposiciones, las mismas que son redactadas o expresadas de manera muy genérica e indeterminada; y, además, incluyen términos de tipo valorativo ético-político. En buena cuenta, son disposiciones con categoría de principios, para cuya interpretación, evidentemente, no se podrá recurrir al tipo de interpretación literal, pues precisamente el significado literal de dichos términos, como “libertad”, “igualdad”, “dignidad”, entre otros, constituyen el asunto controvertido.

Como bien señala Castillo (2007, pp. 336-338), la persona humana, como fundamento esencial respecto de la cual se desprenden derechos humanos, tiene una naturaleza que ontológicamente comprende una realidad unitaria y coherente, cuya realización plena niega cualquier tipo de contradicción interna. Desde esa perspectiva, de ella no pueden brotar derechos contradictorios entre sí que generen situaciones de conflicto entre ellos. Por el contrario, en la medida que tales derechos constituyen o representan derechos humanos, la única manera de que existan y se ejerzan es compatibilizándolos armónicamente unos con otros. Bajo esta lógica, es posible afirmar que los denominados conflictos entre derechos fundamentales o derechos constitucionales no existe, o en todo, caso resultan solo aparentes.

En efecto, ningún derecho fundamental que realmente califique como tal puede exigir, y, por ende, legitimar, una conducta que sea contraria con el contenido de otro derecho que califique también como derecho fundamental. Así, se niega que uno de estos derechos se sobreponga y desplace a otro de estos derechos en un determinado conflicto. Pero esta unidad y coherencia pareciera perderse al momento de considerar al hombre en su ámbito relacional, ello en virtud de la existencia de un bien común cuya satisfacción es prioritaria; sin embargo, la naturaleza humana no es solo individual sino también social; por lo que, el contenido de los distintos derechos de la persona humana se configura plenamente considerándosele a esta como parte de una comunidad; y, por ende, en relación con otros sujetos también titulares de derechos.

Consecuentemente, si partimos por afirmar que los derechos fundamentales favorecen la realización plena e íntegra de la persona humana, y el bien común equiparado al interés general comparte este propósito, no podría concebirse la existencia de un contenido de derecho fundamental formulado en contraposición o al margen del bien común.

Finalmente, para concluir el desarrollo del presente marco teórico, resulta imprescindible repasar los aspectos con mayor relevancia dentro de los llamados créditos hipotecarios.

1.6. El crédito hipotecario

1.6.1. Aproximaciones a una definición

Una aproximación a lo que podríamos entender por un crédito hipotecario consiste en identificarlo como un producto propio y típico del sistema financiero que permite la adquisición, mediante un préstamo por lo general a largo plazo, de un bien inmueble, quedando el mismo como garantía hipotecaria a favor de la entidad financiera que concede el préstamo, hasta su total cancelación.

En opinión de Eyzaguirre y Calderón, el financiamiento para la adquisición de viviendas constituye sin duda un elemento central dentro de cualquier política habitacional, motivo por el cual, durante décadas en el Perú se vinieron aplicando diferentes políticas para intentar brindar una solución al problema de la vivienda mediante el desarrollo de un mercado de crédito hipotecario. No obstante, ninguno de estos programas logró eliminar el déficit habitacional ni desarrollar un sólido y estable mercado de crédito hipotecario hasta ese entonces (2003, p. 5).

Bajo tal premisa, los mencionados autores señalan que la importancia de mirar con atención al mercado de crédito hipotecario no solo radica en la contribución de este a resolver el problema habitacional, sino también por los múltiples efectos que este tiene sobre el crecimiento de la economía nacional, pues un mercado hipotecario con un desarrollo importante contribuye al desarrollo del sector construcción y otros sectores vinculados a este como es el caso de la electricidad, el agua y el alcantarillado, incluyendo a aquellas industrias productoras de insumos para la construcción, favoreciendo también el desarrollo de intermediarios financieros como las empresas encargadas de custodiar los activos hipotecarios titularizados y las compañías de seguros (Eyzaguirre & Calderón, 2003, p. 5).

Pero ¿qué se requiere para acceder a un crédito hipotecario? A continuación, se precisan los criterios normativos para el otorgamiento de este particular tipo de crédito.

1.6.2. Criterios legales para evaluar un crédito hipotecario

En el caso peruano, el artículo 222 de la Ley 26702 establece que, para evaluar las operaciones que formarán parte de la cartera crediticia, cuyos productos comprende el crédito hipotecario, las entidades del sistema financiero deberán considerar diversos criterios, tales como:

- i) Los flujos de caja del deudor.
- ii) Sus ingresos.
- iii) Capacidad de servicio de la deuda.
- iv) Situación financiera.
- v) Patrimonio neto.
- vi) Proyectos futuros; y,
- vii) Otros factores relevantes para determinar la capacidad de pago de la deuda.

La referida norma enfatiza que el criterio básico es la capacidad de pago del deudor y que las garantías tienen carácter subsidiario.

A partir de la literatura revisada, resulta claro que la edad representa un elemento sobre el cual es posible discriminar; ello, aun cuando los instrumentos normativos no lo consignent expresamente, como ocurre en el caso de la Constitución Política del Perú, en cuyo artículo 2 se establece la prohibición de discriminar por distintos motivos, entre los que no se incluye a la edad. No obstante, habiéndose considerado una cláusula abierta al introducirse la expresión “cualquier otra índole”, se admite válidamente considerar a la edad dentro de las diversas causas por las que se discrimina.

Ahora bien, la doctrina consultada también sugiere que, en el ámbito financiero, como en cualquier otra actividad comercial, es posible segmentar los productos dirigidos a los consumidores como una estrategia de posicionamiento, sin que a través de dicha práctica se intente encubrir una práctica discriminatoria.

En la medida que la norma sectorial peruana que rige las actividades financieras permite considerar entre sus factores de evaluación para conformar la cartera crediticia diversos criterios, también considerando una cláusula abierta al señalar “otros factores relevantes”, las entidades que ofrecen créditos hipotecarios, en principio, podrían delimitar este particular producto financiero a personas que tengan una cierta edad o se encuentren dentro de un determinado rango de edad, lo cual constituiría una estrategia de segmentación comercial aceptable, que a la par, representaría una medida prudencial sustentada en la protección de los ahorristas en aras de garantizar la estabilidad del sistema financiero y la mitigación del riesgo sistémico.

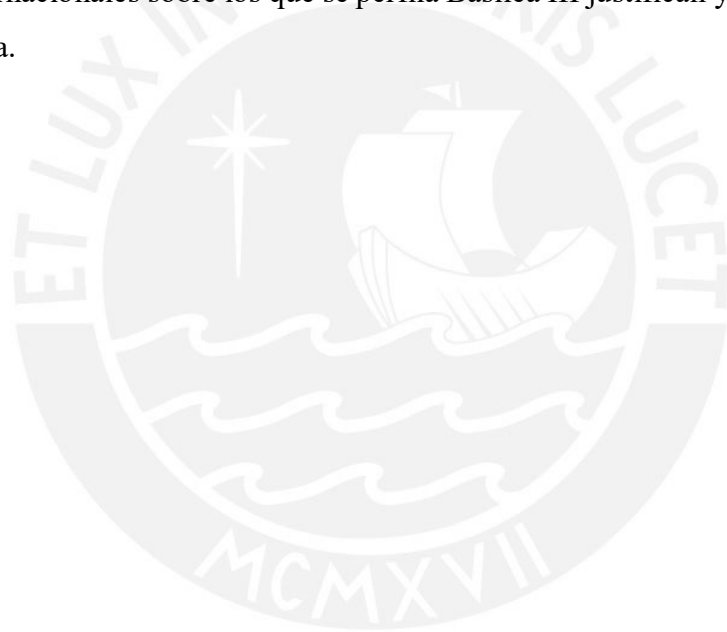
En una reciente investigación, Alegría y Bravo (2016) analizaron los riesgos de los deudores hipotecarios en Chile, llegando a sostener que variables como la edad influyen en las probabilidades de incumplimiento de créditos hipotecarios. Los mencionados autores señalan que la incorporación de este tipo de variables contribuye a un mejor ajuste de los modelos y políticas macroprudenciales tendientes a fortalecer la estabilidad del sistema financiero (pp. 59-61).

Actualmente, el Banco de Chile ofrece sus créditos hipotecarios considerando como seguro obligatorio el denominado “seguro de desgravamen”, estableciendo como edad máxima para ingresar al seguro 75 años y 364 días; y, como edad máxima de permanencia en el seguro 82 años y 364 días. Con tales requisitos, de modo ciertamente indirecto, se condiciona el otorgamiento de créditos hipotecarios a tener un máximo de edad.

En base a la experiencia chilena y a lo ocurrido en el caso peruano, del cual derivó el pronunciamiento emitido por Indecopi que, a su vez, motivó la presente investigación, se advierte que las entidades del sistema financiero no están obligadas a concentrar su evaluación en un solo criterio, como podría ser la capacidad de pago, sino que la propia norma sectorial peruana las habilita para fijar criterios de evaluación relevantes, y para el caso de créditos hipotecarios, en los que los montos y los plazos por los cuales se otorgan

resultan significativos frente a otro tipos de productos, la edad constituye un criterio objetivo y relevante para su concesión.

De ese modo, se armonizan, por un lado, el derecho a la libertad de contratar con el derecho a la igualdad, sobre la base de otros derechos constitucionalmente reconocidos como la protección de los ahorristas a través de medidas prudenciales para garantizar la estabilidad del sistema financiero; y de otro lado, se reconoce el derecho de las entidades financieras a segmentar sus productos a determinado grupo de consumidores en función a los riesgos asociados a un factor relevante como lo es la edad, siendo esta una estrategia comercial legítima que no tiene por finalidad encubrir una práctica discriminatoria. La crisis de 2008 y los acuerdos internacionales sobre los que se perfila Basilea III justifican y amparan medidas de esta naturaleza.



CAPÍTULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El problema sobre el cual versa la presente investigación se ha enunciado bajo los siguientes términos: ¿Desde la perspectiva constitucional, resultará válido que las entidades financieras, que captan ahorros del público para destinarlos al otorgamiento de créditos, establezcan un trato diferenciado por razón de la edad en la evaluación de créditos hipotecarios, al amparo de su libertad de contratar y el riesgo de incumplimiento?

Ante este problema, el enfoque argumentativo jurisprudencial nos permite tomar como punto de partida la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 05157-2014-PA/TC, la misma que se encuentra relacionada a un caso de discriminación por edad en el sector financiero. El criterio que prevaleció en este pronunciamiento fue aprobado por mayoría, ya que dos de los magistrados que intervinieron, votaron porque se declare infundada la demanda de amparo promovida por la persona a quien la entidad bancaria le negó el préstamo por razón de su edad.

Esta metodología nos permite al mismo tiempo revisar, ya en sede administrativa, la Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI, a través de la cual la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi, al resolver en última instancia un procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra una entidad bancaria, determinó que basarse en la edad como criterio único para acceder a créditos hipotecarios representa una conducta discriminatoria prohibida por el ordenamiento de protección al consumidor.

2.1. El contexto del problema

El problema objeto de la presente investigación se desenvuelve en un terreno con especiales características como lo es la actividad financiera; y, además, tiene como actores protagónicos a dos principios constitucionales, que, a su vez, representan derechos fundamentales en nuestro país y en buena parte de las legislaciones mundiales: el derecho a la libertad de contratar y el derecho a la igualdad o a no ser discriminado. El marco teórico

desarrollado en el capítulo previo nos ha permitido comprender, a modo general, los conceptos que se vinculan e interrelacionan en el problema planteado. Por un lado, el derecho a la libertad de contratar es el que busca predominar desde el lado de las entidades financieras, quienes dentro de este espacio de libertad podrían fijar las condiciones o requisitos para acceder a los productos pasivos o activos que ofrecen en el mercado, mientras que, desde el lado del consumidor, es el derecho a la igualdad el que intenta prevalecer, exigiendo que la posibilidad de acceder a dichos productos no se vea limitado por razón de la edad, ya que ello constituiría una conducta discriminatoria prohibida.

La problemática así descrita despierta un interés mayor si se consideran los factores de sensibilidad económica y social que trascienden a la actividad financiera, pues aquí es donde se depositan los ahorros del público, cuya protección, en el caso peruano, también deriva de un mandato constitucional, siendo este un tercer elemento de ese rango -además de los principios de libertad de contratar y de igualdad ya mencionados- cuya evaluación resulta vital para contextualizar el problema.

Los créditos hipotecarios y la edad son los elementos objetivos del problema. El primero forma parte de los productos ofrecidos por las entidades financieras, mientras que el segundo tiene que ver con una característica del consumidor que pretende acceder a tal producto. A continuación, se exponen, con mayor profundidad, los aspectos que configuran el planteamiento del problema, para luego, someter a discusión las ideas que surgen de estos.

2.2. El sistema financiero como espacio primario del problema

Hoy en día, no cabe duda en afirmar que el denominado sistema financiero es el pilar de las transacciones que se llevan a cabo en la economía en un país. Precisamente, por ello, para poder participar en este terreno es preciso que los agentes cumplan con determinados requisitos. Así, por ejemplo, los accionistas mayoritarios, así como los administradores deberán ser personas idóneas, pues por su propia naturaleza, en este tipo de actividades existe asimetría informativa entre quienes conforman la empresa, bancos o financieras, y los clientes o consumidores, ya que los primeros gozan de mayor conocimiento frente a los

segundos, colocando a estos últimos en una posición de desventaja evidente, más aún si se toma en cuenta la información que podría ser utilizada en forma indebida a favor o en beneficios de quienes controlan el negocio.

Tal situación exige que, para el desarrollo de esta actividad, resulte imprescindible contar con autorización del Estado, siendo insuficiente ampararse únicamente en el derecho a la libertad de empresa para emprender un negocio bancario o financiero. Por ello, se trata entonces de una actividad que goza de una regulación especial, con ciertas condiciones para operar, como es el caso de los patrimonios mínimos (López, 2012, pp. 20-22).

Hay un concepto que resulta consustancial o inherente a las actividades que se desarrollan dentro del sistema financiero y este es el “riesgo”. Terminológicamente proviene del latín “*risicare*”, que significa “atreverse” o “transitar” por un sendero “peligroso”. Al riesgo se le asocia comúnmente a un escenario negativo, a una situación de peligro, a un daño, siniestro o pérdida. Aun así, no es posible evitar los riesgos en cualquier proceso de toma de decisiones. Los beneficios que se pueden obtener por cualquier acción o decisión que se desee adoptar se asocia necesariamente con los riesgos propios a dicha acción o decisión. En el campo de las finanzas, los riesgos se vinculan con las potenciales pérdidas que se pueden sufrir en un determinado portafolios de inversión.

En doctrina se mencionan varios tipos de riesgos financieros, es decir, aquellos que se ponderan en el sistema financiero. De Lara Haro (2005), por ejemplo, identifica hasta seis tipos de riesgos: (i) riesgo de mercado; (ii) riesgo de crédito; (iii) riesgo de liquidez; (iv) riesgo legal; (v) riesgo operativo; y, (vi) riesgo de reputación. Para el referido autor, las entidades que conforman el sistema financiero son tomadoras de riesgo por naturaleza; siendo aquellas que cultivan una cultura de riesgo las que logran crear cierta ventaja competitiva respecto a las demás, ya que se anticipan a cambios adversos, asumiendo riesgos de forma más consciente, llegando a protegerse de eventos inesperados, y de ese modo, adquirir experiencia en el manejo de riesgos. Por el contrario, aquellas que no promuevan ni desarrollen una adecuada cultura de riesgos, quizá obtengan ganancias en el corto plazo, pero

en el largo, convertirán sus riesgos en pérdidas, cuya magnitud podría dar lugar a una irreversible bancarrota (pp. 16-20).

Para McNeil, A., Frey, R., & Embrechts, P. (2005), el riesgo que ocupa una primera categoría en la actividad bancaria es el denominado riesgo de mercado, entendido este como aquel riesgo de que se produzca un cambio en el valor de una posición financiera, como consecuencia de cambios en el valor de los componentes subyacentes de los que dependa esa posición, tal cual ocurre con las acciones y los bonos. Un segundo nivel de riesgo es el llamado riesgo de crédito, que implica no recibir los reembolsos prometidos en las inversiones pendientes como es el caso de los préstamos, debido al incumplimiento de los prestatarios. Finalmente, está el riesgo operativo, que se traduce en riesgos por pérdidas derivadas de los procesos internos, las personas que intervienen, sistemas inadecuados o con fallas, o incluso, eventos externos (pp. 2-3).

Para Lizarzaburu, E. R., Berggrun, L., & Quispe, J. (2012), desde la perspectiva de las finanzas, el riesgo suele entenderse como la probabilidad de enfrentar pérdidas, aunque en sentido estricto, pueda verse como la probabilidad de observar rendimientos distintos a los que se esperan, es decir, una suerte de dispersión de resultados inesperados que se dan como consecuencia de movimientos en determinadas variables financieras. Para el citado autor, la única forma de evitar el riesgo por completo es que no exista, por ende, la necesidad de administrarlo es tácita; por ello, en esta disciplina es de vital importancia identificar todos los factores que pueden ocasionar la obtención de rendimientos distintos a los esperados: es decir, los factores de riesgo (p. 97).

Para entender el significado del riesgo en el sistema financiero, resulta necesario examinar como es que funciona la actividad financiera. A diferencia de cualquier otra actividad, en la actividad financiera, y en particular, en las economías descentralizadas, los recursos que circulan tienen su origen, básicamente, en los ahorros del público. El sistema pasa a convertirse en un instrumento de canalización del ahorro hacia los proyectos de inversión.

Como bien lo apunta López (2012), en este sistema las unidades superavitarias, es decir, aquellas con ingresos corrientes que superan a sus gastos corrientes y de inversión pueden trasladar sus excedentes, sea de forma directa o indirecta, a aquellas unidades deficitarias, respecto de las cuales dicha relación de ingresos y gastos se expresa en forma inversa, y que, por ende, requieren de fondos (p. 43).

Al comparar un escenario sin sistema de intermediación financiera con otro en el que este sí se encuentra presente, se observan ciertas diferencias que se relacionan con el riesgo. En el primer caso, esto es, cuando el superavitario presta directamente su dinero al deficitario - sin ningún tipo de garantía- el riesgo es mayor, mientras que el segundo caso, tenemos como agente intermediario a un sujeto que goza de mayor solidez financiera y un profesionalismo que le permite minimizar el costo de las transacciones, al distribuir los riesgos de los préstamos en varios sectores y en un gran número de personas. A esto se debe agregar que, al someterse a reglas especiales de regulación, los intermediarios financieros cuentan con información relevante para analizar y controlar sus propios riesgos.

Teóricamente, el sistema financiero, y la propia intermediación financiera, tiene entre sus funciones principales: i) el estímulo del ahorro; ii) la función crediticia; y, iii) la creación de un sistema de pagos. La primera se instrumenta a través de la captación de depósitos de dinero por parte de los usuarios; la segunda, se materializa con la concesión u otorgamiento de créditos en sus variadas y distintas modalidades; y, la tercera, se expresa en el uso de canales especiales que sirven para irrigar los pagos en la economía, y de ese modo, prevenir un posible contagio de riesgos financieros. (López, 2012, p. 46).

Los ahorros son, por lo general, el insumo predominante del cual se vale el sistema financiero para viabilizar la intermediación financiera. Tal como lo sostiene López, en el concierto financiero, el manejo del ahorro resulta de vital importancia en tanto constituye o representa la materia prima de la intermediación financiera. Es aquí donde se justifica la protección a nivel constitucional del ahorro, pues este, posibilita la creación de riqueza a través de los créditos y la consecución de proyectos de inversión, lo que, a su vez, permite a los ciudadanos alcanzar sus objetivos como es el caso de la adquisición de una vivienda propia (2012, p. 47).

Dada la magnitud de la importancia del ahorro, el Estado debe velar por el cuidado de estos, en particular en lo que concierne al otorgamiento de créditos. En este circuito, en el que se trasladan recursos monetarios de un lado a otro, es crucial asegurar la confianza del sistema, ya que este constituye uno de sus activos más preciados. La noticia sobre la quiebra de un banco o su eventual estado de insolvencia determina la pérdida de confianza en el sector, así como, para el caso de los ahorristas, la pérdida del dinero depositado, situación de incertidumbre que, al trascender en otros sectores, provocaría el llamado “riesgo sistémico” cuyo efecto desestabilizador pondría en riesgo los ahorros del público confiados en las entidades de intermediación.

Desde tal perspectiva, el Estado asume la obligación de dictar un conjunto de medidas conocidas comúnmente como regulaciones prudenciales, cuyo propósito es minimizar o controlar aquellos riesgos a los que, por su propia naturaleza, se ven expuestos los agentes que participan en la actividad de intermediación, a fin de mantener su liquidez y solvencia, ya que solo así se podrá garantizar la adecuada custodia de los ahorros del público.

2.3. Los créditos hipotecarios como espacio secundario del problema

Los créditos hipotecarios son aquellos productos financieros que tienen como objeto la adquisición de un bien inmueble por medio de su financiamiento, garantizándose el cumplimiento de la obligación con la afectación misma del inmueble. Por un lado, surge la relación contractual del cliente con la entidad financiera por medio de la cual esta última le concede al primero un préstamo dinerario para pagar, de modo parcial o total, el valor del inmueble, obligándose a devolverlo en un plazo determinado con los respectivos intereses; mientras que, para efectos de garantizar el cumplimiento de esta obligación, se constituye un contrato de garantía sobre el referido bien, cuya ejecución queda reservada a un escenario de incumplimiento.

Las características más comunes de los créditos hipotecarios se centran en los montos y los plazos. A diferencia de otros productos financieros, como los préstamos de consumo o las tarjetas de crédito, los créditos hipotecarios involucran, usualmente, montos significativos

pues toman como referencia o base los precios en el mercado de los bienes inmuebles, dentro de los cuales tenemos a las casas, los terrenos y los departamentos.

A modo referencial, en la siguiente tabla se indican algunas de las características de los créditos hipotecarios que ofrecen las entidades financieras con mayor posicionamiento en el mercado bancario peruano y que se han obtenido de sus respectivas páginas web:

Oferta de créditos hipotecarios publicadas por entidades financieras

Banco	Plazo	Monto
BCP	Máximo: 20 años	Desde S/ 32 000,00 hasta monto que capacidad de pago permita
BBVA	Máximo: 300 meses	Mínimo: S/ 15 000,00 o US \$ 5 000,00
INTERBANK	Máximo: 30 años	Desde US \$ 7 000,00 o equivalente en S/.
SCOTIABANK	Máximo: 30 años	Desde US \$ 10 000,00 o equivalente en S/.

Fuente: Páginas web de BCP, BBVA, INTERBANK y SCOTIABANK consultadas el 02 de mayo de 2020.

En el mercado inmobiliario, los créditos de esta naturaleza buscan alcanzar un propósito que se enmarca en lo que podría significar el proyecto de vida más importante para las personas: el acceso a una vivienda propia, pero al mismo tiempo, ello implica asumir una obligación por un espacio de tiempo que podría llegar a representar casi la mitad del promedio de vida de una persona.

En efecto, conforme al último Boletín de Análisis Demográfico n°. 38 publicado por el INEI (2019), la esperanza de vida para aquellas personas nacidas en el quinquenio 2015-2020 es en promedio 76,5 años (73,7 años, en el caso de varones, y 79,2 años, en el caso de mujeres). Bajo este escenario, y solo por plantear un ejemplo, si un crédito hipotecario se programa a 30 años, con la esperanza promedio de vida, dicha persona beneficiaria de este producto estaría asumiendo una obligación de pago por casi el 40% del tiempo que duraría su vida.

Precisamente, por las implicancias que conlleva tomar un crédito hipotecario, dadas sus particularidades, la edad juega un papel no menor, ya que la expectativa de retorno para las

entidades financieras indiscutiblemente pasará por evaluar no solo la “capacidad de pago” como un estático primer filtro, que bien podría tener una persona de 19 de años que recién ha adquirido la mayoría de edad o una persona de 80 años que perciben ingresos por alquileres o de naturaleza pensionaria, respectivamente, sino por la sostenibilidad de esa capacidad de pago en el tiempo en el que se ha programado el plazo del crédito.

2.4. La edad y su relación con los riesgos

La edad de las personas avanza con el inevitable transcurso del tiempo desde que estas nacen hasta la culminación de su vida. Es un factor natural y objetivo de diferenciación. En el plano jurídico, en diversas legislaciones del mundo este concepto se vincula a la capacidad de ejercicio tanto para el caso de derechos como de obligaciones. Con relación a este concepto, para Castro, la mayoría de edad está referida al ejercicio de los derechos y deberes por quien tiene la mínima capacidad natural requerida, y por ello, se debe facilitar y no limitar más allá de lo adecuado (2018, p. 567). En el caso peruano, al igual que en muchos otros ordenamientos, quien tenga 18 años ha alcanzado la mayoría de edad y por tanto se presume que tiene la capacidad natural mínima o media para la realización de los actos o negocios jurídicos de carácter general.

La decisión del legislador por establecer una cierta edad para atribuir capacidad a una persona contiene evidentemente una presunción, pues la mencionada capacidad no se adquiere en el preciso instante en que se cumple cierta edad, sino que se va formando a la vez que se consolidan en las personas adecuados niveles de madurez y discernimiento que le permiten interrelacionarse a título propio con los demás miembros de una sociedad.

Para el Estado, entonces, los menores edad, de modo general, tienen la condición de incapaces, aun cuando estos a temprana edad puedan haber desarrollado técnicas de discernimiento semejantes a las de una persona adulta.

Civilmente, la edad resulta relevante para participar en la vida en sociedad. De no ser así, es decir, si no existiera una regla que defina a partir de qué edad una persona se considera

capaz, los actos jurídicos podrían ser realizados por sujetos con una limitada capacidad de discernimiento, situación que de por sí resulta riesgosa, tanto para estos como para sus contrapartes.

La edad también ha sido considerada en el ámbito de las comunicaciones, en especial en la televisión, pues las compañías han establecido una clasificación de edades para los programas que se emiten, con la finalidad de proteger a los menores de edad, niños o adolescentes, de ciertos contenidos que se consideran no aptos para ellos en razón a su edad. Nuevamente, las disposiciones que aquí se observan intentan evitar el riesgo que conlleva exponer a menores de edad a material audiovisual no adecuado, como ocurre con las escenas de violencia o el uso de lenguaje no apropiado.

Pero la edad también constituye un aspecto importante cuando esta se encuentra en una etapa avanzada. En el Perú existe una ley especial que regula un marco mínimo de protección para las personas que tienen 60 años o más, a quienes se les denomina adultos mayores. La preocupación radica en que a partir de esta edad las personas, generalmente, se encuentran expuestas a mayores riesgos, tanto en lo que a salud se refiere como a la posibilidad de autosostenerse, pues con el paso de los años se va disminuyendo la posibilidad de permanecer o acceder en el mercado laboral.

Constitucionalmente, la edad tampoco pasa por desapercibida en el Perú, ya que para participar en el ámbito político del país se requiere de cierta edad mínima, y en algunos casos hasta máxima. Así, por ejemplo, para ejercer el derecho al voto se requiere de capacidad civil, es decir, tener más de 18 años, siendo obligatorio hasta los setenta años. Para postular a la Presidencia de la República se requiere como mínimo tener más de 35 años. Para ser elegido Ministro de Estado se exige contar con 25 años. Para ser elegido Defensor del Pueblo se requiere haber cumplido 35 años. Para ser elegido Congresista de la República se requiere haber cumplido 25 años. Para ser Magistrado de la Corte Suprema o miembro del Tribunal Constitucional se exige haber cumplido 45 años. Para integrar el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones se requiere tener 45 años y no más de 70 años.

Tales disposiciones ponen en evidencia la relevancia de la edad para el válido ejercicio de derechos. Aunque no existe un sustento técnico – jurídico que demuestre la idoneidad de las personas en función a su edad para asumir los referidos cargos, las normas antes mencionadas parten de presumir que, a partir de ciertas edades las personas se encuentran en capacidad para vincularse económica y jurídicamente unos con otros o reúnen mayores aptitudes para desenvolverse en el quehacer político y cívico de la sociedad.

En el fondo, el legislador o el constituyente asume, se podría decir casi arbitrariamente, que, el realizar actos jurídicos por debajo de la edad mínima requerida para gozar de capacidad de ejercicio, o el hecho de participar en actos de política o cívicos fuera de los límites o rangos de edad previamente establecidos constituyen riesgos que afectarían la expectativa de idoneidad de lo que se pretende o busca conseguir. Así, entonces, contratar con un menor de 13 años o permitir que un ciudadano de 19 años postule a la presidencia de la república, puede llevarnos a situaciones riesgosas, y que, por tanto, se deben evitar fijándose límites etarios.

2.5. La edad como criterio para la evaluación de un crédito hipotecario

Para cualquier tipo de entidad financiera, aquellas decisiones referidas o que se vinculan al otorgamiento y seguimiento de créditos resultan de vital importancia, pues potencialmente pueden originar grandes pérdidas financieras debido al retraso o incumplimiento del pago de las obligaciones asumidas por el prestatario.

Por esta razón, buena parte de estas instituciones, suelen recurrir al juicio y la experiencia de los analistas de crédito en la labor de seleccionar a sus clientes, es decir, tarea que en muchos casos consiste en analizar cada solicitud de forma separada. También existen otros métodos empleados por las entidades para clasificar a los clientes, como es el caso de los sistemas de calificación crediticia (*scoring* de crédito), pudiendo eventualmente adoptar ambas estrategias para aprobar o rechazar la solicitud presentada, tomando en cuenta, además, el tipo de producto al cual se pretende acceder (Millán & Caicedo, 2018, p. 25).

En el Perú, la normativa sectorial del sistema financiero ha establecido, de modo genérico, los criterios a tomar en cuenta en la evaluación de la cartera crediticia. Entre los factores contemplados se encuentran: i) los ingresos del usuario; ii) su situación financiera; iii) la capacidad de pago, precisándose que este último constituye el criterio base; y, iv) otros factores relevantes para determinar la capacidad de pago de deuda por parte del deudor. Cabe anotar que si bien el precepto citado no hace mención expresa al historial crediticio del potencial deudor, la referencia a la “situación financiera” permite tomar este dato dentro de la evaluación, más aún si se considera la vigente regulación sobre clasificación de deudores para efectos de examinar su historial.

Conforme a lo expuesto, queda claro que el Perú, al igual que en otros países, contempla en su regulación ciertos criterios para juzgar si resulta factible o no conceder un crédito a una determinada persona. En la medida que esta disposición tiene carácter transversal y no está diseñada para un producto en particular, resultará aplicable a cualquier tipo de crédito, entre estos, el crédito hipotecario.

Ahora bien, la legislación bancaria ha estimado pertinente dejar abierta la posibilidad de utilizar cualquier otro criterio relevante para la evaluación crediticia del usuario. Es decir, legalmente las entidades financieras cuentan con un margen de discrecionalidad para recoger cualquier otro aspecto, característica o elemento del prestatario que le permita administrar de mejor manera su cartera crediticia.

Tratándose de créditos hipotecarios, cuyas características esenciales ya han sido mencionadas, la edad constituye, sin duda alguna, un dato relevante que bien podría encajar como un factor independiente en la evaluación, o, desde una posición teórica, equipararse a la capacidad de pago y así cumplir la función de criterio base en la evaluación.

Bajo el primer esquema, el analista de créditos siempre partirá por la capacidad de pago, entendida esta como una situación de solvencia actual, es decir, si a la fecha de la solicitud, el cliente cuenta con ingresos que le permiten asumir sus gastos cotidianos, de subsistencia, así como otras inversiones si las hubiera, y al mismo tiempo, pagar el nuevo préstamo. Luego revisará el historial crediticio para comprobar el comportamiento del cliente frente a sus

obligaciones pasadas o presentes; y finalmente, al recurrir a otros factores, considere a la edad como un criterio residual o complementario, asignándole un peso en la evaluación.

Este apunte constituye uno de los argumentos desarrollados en la Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI la misma que motivó la presente investigación. En efecto, en el fundamento 59 del citado pronunciamiento, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, sostuvo lo siguiente:

“Asumir que una persona a partir de los 70 años pierde automáticamente su capacidad de acceder a un crédito únicamente porque la edad que alcanza lo podría imposibilitar de pagar la deuda en el mediano o largo plazo, refleja que en este caso el Banco utiliza como único filtro la edad de los consumidores para evaluar a sus posibles clientes. En contraposición a ello, este Colegiado considera que una evaluación de este tipo necesariamente debe incluir determinar la real capacidad de asumir la deuda del consumidor en función de su patrimonio acumulado o ingresos, las posibilidades de garantizarlo a través de otros bienes muebles o inmuebles, la opción de contar con un aval o la contratación de un seguro de desgravamen con características especiales, etc.”

En base a esta perspectiva, toda evaluación de crédito no puede partir por la edad ni tomar dicho dato como único criterio decisorio para aceptar o rechazar una solicitud, siendo necesario iniciar el proceso de evaluación con la capacidad de pago, como criterio base, y recién luego, los demás factores que se estimen pertinentes.

Bajo el segundo esquema, lo que se pretende es equiparar el factor edad con la capacidad de pago. Como se ha podido observar, la Constitución y el Código Civil contienen disposiciones que toman como referencia a la edad para decidir a partir de cuando una persona se considera capaz o con aptitudes para ejercer ciertos derechos. Lo propio ocurriría con las entidades del sistema financiero cuando establecen un rango de edad de sus clientes, es decir, requisitos mínimos o topes máximos, para el acceso de créditos hipotecarios.

Se presumiría que dicha decisión resultará del análisis de sus riesgos, en especial, del riesgo de crédito, tipo dentro del cual se puede situar a la “edad”, basándose en que las personas que hasta hace poco han alcanzado la mayoría de edad o aquellas cuya edad es bastante avanzada no tienen capacidad de pago, pero como bien se ha mencionado, dicho

concepto, para el caso en concreto de créditos hipotecarios, tendría que ser entendido como una “capacidad de pago sostenida en el tiempo” y no meramente actual o próxima.

De ser así, la “capacidad de pago” a que se refiere la ley de banca como “criterio base” de evaluación lo configuraría, en buena cuenta, la edad, siendo esta definida por la propia entidad financiera, en el libre ejercicio de su libertad de contratar, amparándose en la ponderación previa de sus riesgos.

2.6. Justificaciones al tratamiento diferenciado por la edad en los créditos hipotecarios

Como bien afirma López (2012), en tanto buena parte de los créditos se conceden a partir de recursos que provienen de los depósitos del público, y que, una vez otorgado el préstamo, las expectativas de recaudación pueden verse frustradas, el problema de cómo asegurar el trato igual sin afectar la estabilidad financiera plantea inmensos desafíos. Tal cual se ha venido insistiendo en líneas previas, a partir de la recepción de los ahorros es que las entidades planean su actividad crediticia, la misma que es complementada con fuentes derivadas de su propio patrimonio (p. 33).

Aun cuando se trata de una actividad en la que los agentes gozan de libertad de contratar y se rigen por la legislación nacional, no es menos cierto que la actividad financiera también está interrelacionada con los fenómenos económicos que ocurren en el exterior, sea en la región o a nivel mundial. Por ello, resulta acertado incluir en esta parte, algunas cuestiones referidas a las crisis que se han producido en el sistema financiero y que, precisamente, se vinculan a los créditos hipotecarios, territorio de segundo nivel en el que se presenta el problema.

Para Gutiérrez (2013, p. 153), durante las últimas décadas, y a raíz de una preocupación compartida por diversos países, en el plano internacional se propuso la necesidad de contar con un esquema global que se dedique a la supervisión bancaria, con la finalidad de garantizar la estabilidad del sistema, que incluso se sobrepusiera a las acciones dirigidas a evitar el fracaso individual de una o varias instituciones de este sector, sino que plantearía y

promovería el establecimiento de reglas comunes y homogéneas para asegurar tal propósito. Dicha labor de supervisión que implicaba, a su vez, mejorar las normas de solvencia para fortalecer la estabilidad financiera, fue encomendada inicialmente a uno de los foros del Banco de Pagos Internacionales, denominado Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, y cuyo resultado en 1988 se materializó en el llamado “Acuerdo de Capitales de Basilea” o simplemente “Basilea I”, con el que se buscó lograr la convergencia internacional en el nivel de adecuación de capital de las entidades bancarias.

Posteriormente, debido a la evolución del sistema financiero y a la innovación experimentada a inicios de los años 90, se hizo necesaria una modificación de dicho acuerdo, lo que ocurrió en 1996, lográndose incorporar el tratamiento de riesgos de mercado, posibilitando que las entidades apliquen un modelo estándar a sus propios modelos de gestión.

Luego el acuerdo, aun con las modificaciones introducidas quedó obsoleto, requiriéndose añadir en su diseño nuevos factores de riesgo, así como otros elementos que conformen una regulación íntegra que tome como base los tres pilares que combinaban los tres modelos de supervisión: i) normativo; ii) discreción supervisora y iii) disciplina de mercado.

En junio de 2004 se publicó Basilea II, mientras que en el 2013 entró en vigor Basilea III, cuya nueva regulación incorpora las modificaciones a sus predecesoras. Detrás de este marco regulatorio de alcance internacional está el reto de reducir la prociclicidad manteniendo los aspectos positivos de lo que significó pasar de una regulación insensible al riesgo de los préstamos (como lo fue Basilea I) a otra sensible al riesgo (Basilea II y III).

Para Lizarzaburu et al (2012), las crisis financieras de las que hemos sido testigos en los últimos años tienen su origen en una cadena de errores de los que son responsables tanto los sistemas financieros nacionales como los internacionales, y en los que han tenido lugar los fallos en la supervisión y regulación del sistema, de un lado, y por otro, la sofisticación de los instrumentos en el sector (tales como los derivados) que permitieron el inicio de una serie de fenómenos económicos, cuyos efectos hasta hoy se intentan atenuar (p. 97).

Respecto a la gestión de los riesgos, las instituciones financieras asumieron una exposición al riesgo por medio del apalancamiento de sus posiciones, y una sobreestimación de su capacidad de transferencia.

Asimismo, los efectos de la globalización del negocio de la banca debilitaron las garantías nacionales contra el colapso bancario, pero hizo necesarias las salvaguardias eficaces de mayor urgencia. La evidencia de ello no solo la encontramos en la crisis de 2008 que significó el colapso de instituciones financieras por los denominados activos *subprime*, sino también en la crisis asiática de 1997, y en sus predecesoras.

Los instrumentos financieros cada vez más complejos incrementaron la dificultad en el análisis y en la gestión del riesgo, asignándose una probabilidad demasiado baja a los escenarios extremadamente negativos, como los que se llegaron a materializar. A raíz de esta experiencia internacional, en la que los Acuerdos de Basilea resultaron insuficientes para prevenir crisis de magnitudes intensas como la denominada “burbuja inmobiliaria”, se empezaron a desarrollar otras estrategias para anticiparse a estas. Un ejemplo de estas iniciativas lo constituye la Junta Europea de Riesgo Sistémico y su decisión en el 2011 de emitir una Recomendación a los Estados Miembros de la Unión Europea exhortándolos a designar una autoridad responsable de la supervisión macroprudencial, con el objetivo de mejorar la eficacia de la política macroprudencial. Es así que, por ejemplo, en el caso de España, en el 2019 se creó su Autoridad Macroprudencial Consejo de Estabilidad Financiera o “AMCESFI”, cuyo propósito apunta a mejorar la coordinación y la tarea de supervisión macroprudencial a nivel nacional, y de ese modo, colaborar en las acciones de prevención o mitigación de riesgos sistémicos, lo cual ha de redundar en una contribución más sostenible del sistema financiero al crecimiento económico (Puente, I., 2019, pp. 108-109).

Sin duda, el hecho de que la última gran crisis económica mundial se haya generado en el sistema financiero y haya tenido como epicentro los créditos hipotecarios, exige mirar con atención la evaluación de quienes pretenden acceder a este tipo de productos, pues conforme se ha mencionado los errores de cálculo en los riesgos, en especial, los riesgos de crédito u operacionales, podrían en el mediano o largo plazo terminar por afectar de manera significativa el sistema financiero y la confianza sobre la que este se sostiene.

2.7. El derecho a la igualdad en el sistema de protección al consumidor

Para López (2012), la noción de igualdad desde la perspectiva jurídica designa un concepto relacional, en la que dos personas, objetos o situaciones se comparan con respecto a una característica, esto es, no frente a su existencia en sí misma, sino a un rasgo propio de los elementos. Es este rasgo el que da lugar al denominado criterio de comparación, que no es otra cosa que el punto de vista mediante el cual se juzga la igualdad o desigualdad entre dos elementos (p. 70).

Para el referido autor, el asunto más relevante cuando se trate constitucionalmente de establecer lo que se denomina el juicio de igualdad será el de escoger el criterio adecuado para hacer la comparación. Así, entonces, la igualdad siempre es un predicado incompleto, pues requerirá de un tercer elemento de comparación con respecto al cual se predique dicha relevancia; a diferencia de lo que ocurre con otros conceptos, como la libertad que es una cualidad del ente que se analiza.

En el Perú, la igualdad constituye uno de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, y también aparece contemplada en el tratamiento legal sobre protección al consumidor, en cuya regulación se incluye una relación detallada de principios, entre los que destaca el denominado principio *pro consumidor* por el cual frente a la duda insalvable en el sentido de una norma, esta deberá interpretarse en el sentido más favorable al consumidor.

Dado el carácter general de las normas, cuando estas se aplican a las situaciones concretas en el campo de protección al consumidor, las interpretaciones desarrolladas por los operadores jurídicos inevitablemente procurarán el beneficio de los consumidores, ello, además, porque su protección también deriva de un mandato constitucional.

La discriminación en el consumo como problemática general ha alcanzado en los últimos años un desarrollo importante gracias a la labor de la jurisprudencia; sin embargo, los casos relacionados a la discriminación por la edad son bastante recientes y solo han surgido en el ámbito financiero.

2.8. La línea argumentativa considerada en la jurisprudencia constitucional y en la resolución administrativa del Indecopi

Al amparo de una interpretación sistemática de la Constitución y del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la Resolución n°. 2025-2019/SPC-INDECOPI se determina que la edad no puede en ningún modo constituir un factor de riesgo para la evaluación de créditos hipotecarios, pues ello implicaría prejuzgar a los prestatarios asumiendo que serán incapaces de cumplir con su obligación, debido a su corta o avanzada edad, más aún si la ley de banca prevé que el criterio base en toda evaluación crediticia es la “capacidad de pago”.

Este prejuzgamiento, al tener una connotación subjetiva, es lo que constituiría un trato discriminatorio de tipo etario, que contraviene el derecho a no ser discriminado en las relaciones de consumo. Además, en este pronunciamiento se precisa que las entidades financieras pueden utilizar otros elementos para asegurar el pago de la obligación, como los avales, las garantías o mecanismos relacionados a las tasas de interés.

Esta decisión administrativa recoge en buena parte los argumentos que se utilizaron en la Sentencia recaída en el Expediente 05157-2014-PA/TC, en la cual el Tribunal Constitucional, mayoritariamente, adoptó esta misma interpretación, debiéndose considerar que este caso en particular no estuvo relacionado a un crédito hipotecario, sino a un préstamo personal solicitado por una persona de 85 años, pedido que le fue negado por razón de su edad.

El voto singular de dos magistrados en esta Sentencia asume la postura de que sí resulta posible otorgar un trato diferenciado por razón de la edad, tomando como base el derecho a la libertad de empresa, la naturaleza y características de los créditos hipotecarios, el tratamiento legal y Constitucional de la edad para ejercer derechos en la sociedad, y los potenciales efectos perjudiciales para el sistema en general, aspectos sobre los cuales se ha profundizado en los párrafos precedentes así como en el marco teórico.

Explicado el problema y las dimensiones en las que se presenta corresponde ahora plantear la discusión sobre las ideas y posturas que de este han surgido.

CAPÍTULO III: DISCUSIÓN

Con la finalidad de estructurar el orden de la discusión, en primer término, esta se centrará en analizar las posiciones en conflicto en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, para luego proceder de la misma manera con el pronunciamiento emitido por el Indecopi, ya que, si bien ambos tratan sobre la discriminación por edad, existen particulares situaciones de hecho y fundamentos de derecho que los diferencian.

3.1. La Sentencia recaída en el Expediente 05157-2014-PA/TC

El caso conocido ante el Tribunal Constitucional deriva de un proceso de amparo que estuvo referido al rechazo por parte de un banco de una solicitud de crédito presentada por una persona de 85 años, decisión que estuvo basada en las políticas internas de la entidad, fundada en el riesgo, la cual establecía un límite máximo de hasta 83 años para otorgar préstamos a sus clientes.

En la primera parte de la sentencia se hace mención a la importancia de la protección de los adultos mayores tanto a nivel interno como en el plano internacional, por encontrarse en situaciones de vulnerabilidad.

Seguidamente, se resumen disposiciones normativas sobre la discriminación por edad, y cómo es que tal comportamiento ha sido proscrito en el ámbito laboral y en el sector educativo. La conclusión arribada en este punto señala que, aun cuando la edad no está expresamente contemplada dentro de los factores respecto de los cuales se prohíbe la discriminación en la Constitución (como el origen, raza, sexo, condición social), la referencia constitucional a “cualquier otra índole” permite incluir a la edad como un elemento que posibilita conductas discriminatorias.

En un tercer acápite de la sentencia se esbozan fundamentos para explicar la relación entre el otorgamiento de créditos con el ejercicio de otros derechos constitucionales. Aquí se precisa que, si bien el acceso al crédito no es un derecho fundamental, constituye un

instrumento para la realización de derechos de esta naturaleza. En ese sentido, el Tribunal concluye que la denegatoria basada únicamente en la edad puede afectar el ejercicio de derechos constitucionales. Como una última consideración general, antes de pasar al caso en concreto, el Tribunal enumera los requisitos que pueden tomar las entidades para la evaluación de créditos, como la solvencia, el monto requerido y el riesgo de incumplimiento indicando que sí es posible contemplar a la edad, pero no como factor aislado.

Ya en la parte del análisis del caso en concreto, el Tribunal valora la posición del banco demandado en el sentido que, la justificación del trato diferenciado (entre aquellas personas de hasta 84 años y aquellas que superan esta edad) es la reducción del riesgo de incumplimiento, siendo la finalidad perseguida el interés de hacer efectivo el cobro del crédito, pretensión que estima legítima al buscar proteger el capital invertido.

Sin embargo, en el examen de idoneidad, el Tribunal sostiene que la edad por sí sola no debe entenderse como sinónimo de riesgo. Para ello, hace referencia a un informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el cual se encuentra dirigido al Consejo Económico y Social de la ONU a través del cual se expone la situación de los derechos humanos de las personas mayores de edad.

En este último documento se precisa que la calidad de vida de aquellas personas entre 60 u 80 años de edad difiere en función a las percepciones de algunos sistemas jurídicos y sociales, como la edad de jubilación obligatoria, la capacidad jurídica para ejercer derechos, e incluso, el limitado acceso a seguros o recursos de producción, concluyendo en modo enfático que la edad no debe ser un elemento que resulte equiparable a enfermedad, riesgo o dependencia.

Sin perjuicio de este razonamiento, el Tribunal Constitucional determina que se ha superado el examen de idoneidad, ya que la finalidad de la intervención, es decir, prohibir o limitar el acceso a créditos a personas mayores de edad, sí lograría reducir el riesgo de incumplimiento.

En cuanto al examen de necesidad, el Tribunal analiza la existencia de medios alternativos, pero igualmente idóneos que el medio efectivamente adoptado, y entre estos, el que resulte más benigno con relación a dicha medida. Aquí es donde el Tribunal estima que sí existen otras medidas alternativas igualmente efectivas, como es el caso, de las garantías o los avales, así como las tasas diferenciadas, incluso el propio seguro de desgravamen, pasando a concluir que es posible regular el otorgamiento de préstamos a adultos mayores a 83 años, sin que ello importe una afectación grave a los derechos e intereses de la entidad demandada.

Consecuentemente, el Tribunal cierra su análisis decidiendo que denegar, de manera genérica, la posibilidad de acceder a un crédito considerando como único factor la edad de la persona es un trato discriminatorio prohibido por la Constitución.

Un primer aspecto que cuestionar en la sentencia objeto de análisis y que invita a la discusión es que, al tocar el tema del riesgo, lo hace desde la perspectiva individual de la entidad, asumiendo que el único interés que se busca proteger es el cobro o recuperación de la deuda. No obstante, conforme se ha expuesto en el planteamiento del problema, es en el sistema financiero donde se concentra la mayor actividad económica de un país y sus actividades no solo se desenvuelven de modo aislado en el territorio nacional sino que, producto de la globalización, tiene repercusiones internacionales, razón por la cual las medidas prudenciales ya no son solo una preocupación de un Estado sino de la comunidad internacional, considerando la última crisis económica de 2008 ocurrida, pese a los ajustes y modificaciones de los acuerdos de Basilea.

Tratándose de una actividad tan compleja como la bancaria en la que los aspectos técnicos resultan importantes, la sentencia materia de estudio obvia incluso ubicar en qué tipo de riesgo se encuentra la edad. Para efectos del presente trabajo, la edad se sitúa dentro de los denominados riesgos de crédito, pues se vincula a la posibilidad de incumplimiento por parte del prestatario.

Otra omisión que se advierte en la sentencia está referida a la edad como elemento objetivo de diferenciación conforme a nuestro ordenamiento jurídico. La capacidad para el ejercicio de derechos civiles y económicos, así como la posibilidad de participar en la vida cívica y política de un país está, en algunos casos, condicionada al cumplimiento de ciertas edades, sin que ello implique un tratamiento discriminatorio.

Asociado a esto último, la sentencia recoge una posición curiosamente contradictoria, al sostener como una premisa inicial que no es posible tomar a la edad como un único criterio para la evaluación de créditos, para luego decir, que dicho factor sí podría considerarse en el riesgo de incumplimiento, luego de la solvencia. Sobre esta reflexión, al Tribunal no ahonda en cómo correspondería valorar la edad por el riesgo de incumplimiento, pues si luego de superar los demás filtros se llega a este punto y resulta ser decisivo de qué valdría haber efectuado un análisis previo, lo cual implicaría un inadecuado o infructífero uso de recursos.

Por otro lado, la sentencia sugiere que sea la solvencia del cliente el primer requisito a evaluar en una solicitud de crédito. Aunque en ninguna parte del texto de la resolución se mencionen los criterios legalmente previstos para las evaluaciones crediticias, la vigente ley de banca peruana sí contempla una relación de factores, precisando que el criterio base es la capacidad de pago, concepto que se aproxima a la solvencia referida por el Tribunal. Sin embargo, es posible que este criterio de evaluación tenga connotaciones distintas o elementos definitorios agregados dependiendo del producto que se ofrece al público.

Así, por ejemplo, desde una perspectiva teórica, para el caso de créditos hipotecarios se propone que dicha capacidad de pago requiera de ingredientes que aseguren cierta sostenibilidad de los pagos en el tiempo, precisamente por los plazos en los que tales productos suelen programarse. La sentencia prescinde de profundizar en este concepto, pese a su expresa regulación sectorial.

A todas las cuestiones hasta aquí expuestas se debe sumar otra de carácter constitucional, cuya relevancia dejada de lado o subestimada debilita el sentido de la posición mayoritaria de la sentencia. El debate sobre el cual se centró el análisis tuvo como derechos antagónicos

protagonistas a la libertad de contratar y el derecho a la igualdad, siendo este último el que ha prevalecido tanto en los fundamentos desarrollados como lo decisorio. No obstante, la protección y garantía del ahorro, insumo por excelencia de los créditos que se otorgan en la actividad financiera, pese a su rango constitucional, no ha merecido reflexión alguna en el pronunciamiento del Tribunal.

La intervención de este precepto constitucional pudo llevar el análisis a otro nivel, ya que, por lo general en la actividad empresarial los intereses en juego se limitan usualmente a los recursos propios del agente activo, situación que dista de lo que ocurre en el sistema financiero, escenario en el que los recursos que posibilitan la circulación de la riqueza y el crecimiento del dinero pertenecen a los agentes superavitarios, es decir, a los ahorristas, siendo obligación de las entidades financieras diseñar sus productos y el segmento al cual se destinan en función a su patrimonio y riesgos, pudiendo constituir la edad un factor de riesgo objetivo para limitar el acceso a ciertos productos.

El voto singular de los magistrados Urviola Hani y Sardón de Taboada recogen en buena parte los cuestionamientos antes esbozados, siendo este el sustento principal sobre el cual expresan su decisión de desestimar la demanda de amparo, al considerar que existen fundamentos constitucionales para validar el trato diferenciado por razón de la edad de las personas.

3.2. La Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI

La resolución que toca examinar en esta parte ha sido emitida en segunda y última instancia administrativa por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio por la propia autoridad contra una entidad bancaria al haberse acreditado que incurrió en prácticas discriminatorias etarias al establecer límites por razón de la edad (tener entre 20 y 70 años) para acceder a los créditos hipotecarios que ofrece.

Considerando que los hechos involucrados corresponden al ámbito de protección al consumidor, la norma especial aplicada en este caso fue el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

La secuencia del análisis sobre el tema central parte por considerar la normativa constitucional y legal del derecho a la igualdad y a no ser discriminado. Luego, la Sala, asume un cambio de criterio para determinar que un acto discriminatorio quedará configurado si se acredita un trato desigual que no se encuentre justificado de manera objetiva y razonable.

Posteriormente, la Sala define las reglas de la carga probatoria en materia de discriminación, tanto para los casos de denuncia de parte, como para aquellos supuestos de procedimientos iniciados por propia iniciativa de la autoridad. A groso modo, en esta parte se concluye que en primer lugar se debe demostrar el trato desigual, cuya carga le corresponde al denunciante o a la autoridad, para que luego sea el proveedor el que deba acreditar la existencia de una causa objetiva que justifique razonablemente la práctica cuestionada; y, finalmente, de superarse este nivel, sea el denunciante o la autoridad la que demuestre que no se trata de un pretexto o una simulación para realizar la práctica discriminatoria.

En un siguiente subtítulo, la Sala resume los aspectos básicos de la discriminación en el campo de los servicios financieros, citando para ello la sentencia del Tribunal Constitucional objeto de análisis en el acápite anterior.

Al aterrizar en el caso en concreto, la Sala determina, en primer término, que ha quedado acreditado el trato desigual con el material probatorio del expediente, es decir, que, en efecto, el banco condicionaba el acceso a créditos hipotecarios a personas entre 20 y 70 años. En segundo lugar, la Sala pasa a evaluar la causa objetiva que justifique la práctica, y para ello, reproduce en cierto modo el análisis usado por el Tribunal Constitucional a fin de sostener que las evaluaciones de créditos deben incluir la determinación de la real capacidad de pago en función al patrimonio acumulado del cliente o sus ingresos, la posibilidad de constituir

otras garantías reales, y la opción de contar con un aval o contar con un seguro de desgravamen con especiales características.

Sobre esto, conviene exponer algunas reflexiones. Ciertamente, las instituciones de garantía buscar, como su propio nombre lo señala, garantizar el cumplimiento de las obligaciones. Existen las de tipo personal, como lo es la figura del aval, y las llamadas garantías reales, como la hipoteca o la garantía mobiliaria. Además, en el mercado actual es casi una práctica usualmente utilizada la incorporación del seguro de desgravamen en casi las diversas operaciones de crédito. Todas estas suelen adherirse a los créditos que regularmente se ofrecen en el mercado.

El razonamiento que aquí desarrolla la Sala, al igual que el Tribunal Constitucional, propugnan que se refuercen estas medidas para aquellas personas que por razón de la edad a juicio de la entidad resulten más riesgosas. En forma tácita, y casi discreta, las resoluciones que se han sometido a juzgamiento en la presente investigación reconocen el riesgo que representa el otorgamiento de créditos a personas de muy avanzada edad, aunque consideran que, al amparo del derecho a la igualdad no se les debe excluir de una evaluación crediticia.

No obstante, esta respetable posición se critica en tanto es la entidad la que mejor se encuentra en posición de conocer sus riesgos, como el riesgo de crédito, y diseñar sus productos de tal manera que los pueda neutralizar o minimizar en base a factores objetivos como lo es la edad, criterio que además legalmente es utilizado para diferenciar entre personas, sus capacidades y el ejercicio de derechos. Además, la propuesta de la Sala en cuanto a que, como medidas alternativas, se exijan requisitos mayores para estas personas de corta edad o de edad muy avanzada, terminaría por encarecer el crédito, situación que también resultaría socialmente reprochable, y hasta incluso cabe la posibilidad de que, dichas exigencias, también pueda ser acusadas de discriminatorias.

Del mismo modo que ocurre con la sentencia del Tribunal Constitucional, la Sala omite adentrarse en el concepto de capacidad de pago, el cual se observa con mayor atención en el caso de adultos mayores, pues su expectativa de vida podría resultar menor al tiempo de

duración del crédito, pero que, para el caso de quienes recientemente han adquirido la mayoría de edad, por ejemplo, un joven de 19 años, pareciera inaplicable, ya que su expectativa de vida, en teoría, es mayor al plazo por el cual se podría otorgar el crédito. Si bien el escenario es distinto, lo cierto es que al utilizarse el criterio de “sostenibilidad” en la capacidad de pago, una persona entre los 18 y 20 años puede ser calificada como riesgosa por su escasa madurez y experiencia en el ámbito de las finanzas.

Por otro lado, no parece técnicamente adecuado que la Sala haya utilizado para la resolución del caso sometido a su conocimiento, los fundamentos de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, dado que se trataba de productos financieros distintos los que activaron los procesos y de situaciones diferentes en las que se encontraban los sujetos cuyos derechos se vieron o verían afectados. Por un lado, está el préstamo personal que solicitó la persona de 85 años y que exigió un amplio desarrollo sobre el estado de vulnerabilidad de los adultos mayores y la labor de protección a cargo del Estado, mientras que, de otro lado, la controversia a cargo del Indecopi estuvo relacionada a créditos hipotecarios en los que los límites de edad fijados por la entidad no solo abarcaron a los adultos mayores de 70 años o más sino a los jóvenes entre 18 y 20 años.

Finalmente, la resolución de la Sala prescinde considerar que medidas de este tipo suelen tener carácter temporal, lo cual va a depender de los riesgos circunstanciales de la propia entidad, es decir, no se trata de una exclusión con vocación de permanencia o de carácter absoluto, sino que estará sujeta a las circunstancias concretas, factores internos o externos y a la valoración de los riesgos que realice la propia entidad.

CONCLUSIONES

A continuación, se exponen algunas conclusiones fruto de la presente discusión, las mismas que permiten dar respuesta a la hipótesis elaborada en el marco de la presente investigación:

- La edad constituye un dato objetivo de las personas, y en función a este, se pueden establecer diferenciaciones en el ámbito contractual como bien lo hace el propio ordenamiento jurídico constitucional.
- La edad puede entenderse como capacidad o idoneidad, y bajo esa premisa, la capacidad de pago que exige la ley de banca peruana para la evaluación de las operaciones que conforman la cartera crediticia, puede estar representada por la edad, en función al tipo de producto que se ofrece y a la evaluación de riesgos de crédito de la propia entidad.
- La capacidad de pago puede tener connotaciones distintas si se le agrega a dicho concepto un criterio de sostenibilidad cuando se trate de productos financieros complejos y de extensos plazos como lo son los créditos hipotecarios.
- Si bien en las relaciones de consumo se prohíben los actos de discriminación, establecer un trato diferenciado en razón a la edad en el ámbito del sistema financiero, encuentra su justificación no solo en la libertad de contratar sino en otro principio constitucional relacionado a la protección del ahorro, visto este como el insumo por excelencia de los créditos en la actividad financiera.
- El criterio que ha prevalecido en la reciente jurisprudencia constitucional que se ha podido revisar con ocasión de la presente investigación, y que ha sido considerado en los pronunciamientos administrativos emitidos por el Indecopi, obvia incluir en su análisis, pese a su impacto y trascendencia, mayores fundamentos técnicos sobre los riesgos, tanto propios de la entidad como el riesgo de crédito, así como el potencial

riesgo sistémico que puede surgir cuando se pierde la confianza en el sistema financiero.

- Los mencionados pronunciamientos tampoco prestan atención a las medidas macroprudenciales que diversos países han venido adoptando en el plano internacional y que históricamente han buscado la sostenibilidad del sistema financiero, a raíz de la crisis económica del 2008 que tuvo como epicentro, precisamente, riesgos subestimados en los créditos hipotecarios.
- Las medidas alternativas que se proponen en los citados pronunciamientos, como es el caso del establecimiento de garantías adicionales o la aplicación de seguros con primas mayores, pueden dar lugar al encarecimiento del crédito, situación que terminaría por perjudicar a los consumidores que se busca proteger.
- Desde la perspectiva constitucional, es válido que las entidades financieras, que captan ahorros del público para destinarlos al otorgamiento de créditos, establezcan un trato diferenciado por razón de la edad en la evaluación de créditos hipotecarios, al amparo de su libertad de contratar y al mayor riesgo de incumplimiento, conducta que no califica como un acto de discriminación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alegría, A., & Bravo, J. (2016). Análisis de Riesgo de los Deudores Hipotecarios en Chile. En *Revista de Análisis Económico*, 31(2), 37–64.

Banco BBVA Perú

Créditos Hipotecarios

<https://www.bbva.pe/personas/productos/prestamos/credito-hipotecario.html>

Consulta: 2 de mayo de 2020.

Banco de Chile

Crédito Hipotecario. Seguros obligatorios.

<https://ww3.bancochile.cl>

Consulta: 01 de diciembre de 2019

Banco de Crédito del Perú

Créditos hipotecarios

<https://www.viabcp.com/creditos/credito-hipotecario>

Consulta: 2 de mayo de 2020.

Banco Internacional del Perú

Créditos hipotecarios

<https://interbank.pe/prestamos-creditos/creditos-hipotecarios/credito-hipotecario>

Consulta: 2 de mayo de 2020

Bayefsky, A. (1990). El principio de igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional. En *Human Rights Law Journal*. pp. 1-34.

Castillo, L. (2007). Los llamados conflictos de derechos fundamentales. En *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*. pp. 323-398.

Castro, J. (2018). La mayoría de edad como presunción *iuris tantum* de capacidad en los códigos civiles y canónicos. *Ius Canonicum*, 58(116), 539–580. Recuperado de <https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.15581/016.116.004>

Congreso de la República. (09, 12, 1996). Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros [Ley 26702] DO [Diario Oficial El Peruano]/ Recuperado de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Congreso de la República. (02, 09, 2010). Código de Protección y Defensa del Consumidor [Ley 29571] DO [Diario Oficial El Peruano]/ Recuperado de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

De Lara Haro, A. (2005). *Medición y control de riesgos financieros*: Editorial Limusa.

- Eyzaguirre, H., & Calderón, C. (2003). El Mercado de Crédito Hipotecario de Perú. En *Documento de Trabajo 497* elaborado para el Banco Interamericano de Desarrollo. pp. 1-89. Recuperado de <http://cendoc.esan.edu.pe/fulltext/e-documents/MercadoCreditoHipo03.pdf>
- Fernández, J. (2015). Análisis Macroeconómico del Derecho. En *Ius et Veritas*. pp. 326-345.
- Gerscovich, C. (2018). Bancos, Dinero y Sistemas Monetarios. En *Temas de protección al consumidor y regulación financiera*. pp. 220-235.
- Gisele Becerra, Alexander Guzmán, & María Andrea Trujillo. (2010). La importancia de la administración del riesgo operativo en las entidades crediticias. *Universidad y Empresa*, (10), 271-290.
- Guerrero, A. H. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento Constitucional*, 11(11), 307–337.
- Gutiérrez, C. (2013). Evolución e Impacto de la Regulación Bancaria Internacional Hasta Basilea III: El Caso de América Latina. *PECVNIA*, 16, 147–173. Recuperado de <https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.18002/pec.v0i16/17.1339>
- Gutiérrez, C., & Fernández, J. (2011). Basilea III: respuestas y reformas tras la crisis financiera. *Partida Doble*, 22(237), 80–91.
- Hernández, V. (2012). La libertad de empresa y la regulación de la intermediación financiera como servicio público. En *Revista Círculo de Derecho Administrativo*. pp. 93-103.
- Instituto Nacional De Estadística E Informática. (2019). Boletín de Análisis Demográfico n°. 38. Estimaciones y Proyecciones de la Población Nacional 1950-2070. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1665/libro.pdf
- Landa, C. (2019). Libertad de Contratación. En *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. P. 243.
- Landa, C. (2014). La constitucionalización del derecho civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. En *Themis*. Pp. 309-327.
- Landa, C. (2019). Igualdad. En *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Pp. 43-169.
- Latorre, P. (2016). Análisis y reinterpretación del derecho a la igualdad en base al derecho a la diferencia, a la propia identidad y a la política del reconocimiento. En *Revista IUS*.

- Lizarzaburu, E. R., Berggrun, L., & Quispe, J. (2012). Gestión de riesgos financieros. Experiencia en un banco latinoamericano. *Estudios Gerenciales*, 28(125), 96–103. Recuperado de [https://doi.org/10.1016/S0123-5923\(12\)70012-8](https://doi.org/10.1016/S0123-5923(12)70012-8)
- López, L. (2012). El principio de igualdad en la actividad financiera. El caso del acceso a los servicios financieros y el rescate de los bancos “demasiado grandes para quebrar” (“too big to fail”). Universidad Externado de Colombia.
- McNeil, A., Frey, R., & Embrechts, P. (2005). *Quantitative risk management: Concepts, techniques and tools*. Princeton Series in Finance, Princeton.
- Millán, J. & Caicedo, E. (2018). Modelos para otorgamiento y seguimiento en la gestión del riesgo de crédito. *Revista De Métodos Cuantitativos Para La Economía y La Empresa*, 25, 23. Recuperado de <https://search-proquestcom.ezproxybib.pucp.edu.pe/docview/2103716460?accountid=28391>
- Navarretta, E. (2014). Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato. En *Revista de Derecho Privado* (0123-4366), (27), 129–154.
- Pérez, M. J., & Gragera, J. (2018). Análisis y Gestión del Riesgo Operacional en las entidades financieras y aseguradoras Una Comparativa. En *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 27(49), 219–245.
- Pino, Giorgio. (2013). Derechos Fundamentales, Conflictos y Ponderación, pp. 3-259.
- Poder Ejecutivo. (29, 12, 1993). Constitución Política del Perú. DO [Diario Oficial El Peruano]/ Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1993/Texto_actualizado_CONS_1993.pdf
- Puente, I. (2019). La Autoridad Macroprudencial. Nueva Protagonista en la Supervisión de los Riesgos Sistémicos del Sistema Financiero. *Actualidad Jurídica* (1578-956X), 51, 108–113.
- Sala Especializada en Protección al Consumidor. (2019). Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI. Recuperado de <http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>
- Salgado, M. (2017). La crisis del crédito hipotecario subprime: una revisión. En *Realidad*, (128), 243.
- Salomé, L. (2017). La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural. En *Pensamiento Constitucional*, 22(22), 255–290.
- Scotiabank Perú
Créditos hipotecarios

<https://www.scotiabank.com.pe/Personas/Prestamos/Creditos/Hipotecario>
Consulta: 2 de mayo de 2020.

- Soto, C. A. (2008). La libertad de contratación: Ejercicio y límites. *Revista de Economía y Derecho*, 5(17), 103-145.
- Trejo, A. (2006). Reflexiones en torno al derecho a la no discriminación en el consumo y la "discutible" jurisprudencia administrativa del INDECOPI sobre el limitado derecho a la igualdad de los consumidores. En *Consumo & Legal*. pp. 1-32.
- Tribunal Constitucional. (2017). Sentencia 05157-2014-PA/TC. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/05157-2014-AA.pdf>
- Vega, Y. (2001). El derecho del consumidor y la contratación contemporánea. Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo. En *Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del Consumidor*. pp. 515-638.
- Vodanovich, L. (2012). Una visión global de la regulación financiera y una propuesta interesante: el caso de Inglaterra. En *Ius et Veritas*. pp. 146-157.

