

La protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares: la evolución desde la responsabilidad extracontractual hasta los remedios por incumplimiento

MARGARITA JIMÉNEZ HORWITZ

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Granada

RESUMEN

Las directivas europeas han desarrollado la protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares. El desarrollo ha ocurrido, en primer lugar, en empleo y la ocupación y ahora también «fuera del ámbito laboral». En particular, la Directiva 2004/113/CE regula el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los contratos de bienes y servicios. Las obligaciones de no discriminación se aplican en los negocios cotidianos como ir de compras, a un restaurante, en la búsqueda de vivienda y en las operaciones con compañías de seguros y bancos. Si, por ejemplo, una importante compañía de seguros establece diferencias de trato en las primas de los seguros por razón de sexo estará infringiendo la prohibición de no discriminación. Existen normas de nuevo cuño que establecen los conceptos y las reglas de la prueba para realizar una protección efectiva contra la discriminación. Pero todavía queda tarea por hacer y parece necesario, o, al menos, conveniente, coordinar la relación sistemática entre las obligaciones de no discriminación y el derecho de los contratos que, tradicionalmente, ha estado basado en las libertades de elección de la otra parte contratante y de pactos. La tendencia a fortalecer la protección de la víctima significa también una ampliación de los remedios contra la discriminación y, además de la indemnización de daños y perjuicios, se pueden considerar «otros remedios contractuales». La Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres realizó la transposición de la Directiva en el Ordenamiento español. Pero realmente no ha ocurrido un desarrollo sustancial de la Directiva y los problemas que hemos planteado no han sido resueltos. Todo ello significa que la jurisprudencia de los tribunales deberá realizar un

esfuerzo de interpretación muy importante para ofrecer soluciones y hacerlo desde una perspectiva metodológica que pondere todas tendencias jurídicas que convergen.

PALABRAS CLAVES

Protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares –contratos de bienes y servicios– límites de la autonomía privada–remedios contra la discriminación– indemnización de daños y perjuicios–otros remedios contractuales.

ABSTRACT

European directives have established protection against discrimination in relationships between individuals. Traditionally, the focus of this legislation has been the field of employment and occupation and now it has been implemented «outside of the labour market». Specifically, Council Directive 2004/113/EC regulates the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services. Obligations of non-discrimination are applied to everyday business such as shopping, going to a restaurant, finding housing, and transactions with insurance companies and banks. If, for example, a major insurance company establishes differences in treatment in insurance premiums on grounds of sex, it will be in breach of the prohibition of non-discrimination, which, under the new law, is a general principle of contracts. New regulations have established concepts and rules of evidence to achieve effective protection against discrimination. However, much remains to be done and it seems necessary, or at least advisable, to coordinate a systematic relationship between the obligations of non-discrimination and contract law, which has traditionally been based on the freedom to contract and the freedom to choose a contractual partner. The trend to strengthen victim protection also means expanding remedies against discrimination and, in addition to compensation for damages, «other contractual remedies» should be considered. Law 3/2007 of 22 March for Effective Equality between Women and Men transposed the Directive into Spanish law. However, the Directive has not been developed in any meaningful way and the problems raised here have not yet been resolved. This means that the rulings of the courts must make a serious effort to clarify interpretation and offer solutions, using a methodological perspective that considers all of the converging legal trends.

KEYWORDS

Protection against discrimination in relationships between individuals –contracts of goods and services– limits of freedom to contract–remedies against discrimination– compensation for damages–other contractual remedies.

SUMARIO: I. Planteamiento general.–II. El punto de partida: el derecho existente. 1. El derecho de las directivas. 1.1 *El desarrollo legal: desde el artículo 119 del Tratado de Roma hasta el artículo 13 del Tratado de Amsterdam. Y la historia sigue.* 1.2 *La parte general de las directivas y los regímenes especiales.* 2. Normas de transposición.–III. El significado de los cambios legales: el contrato como marco de la protección contra la discriminación. 1. Roces conceptuales y de régimen jurídico: la reordenación sistemática 2. Los límites de las libertades fundamentales de la contratación: criterios de ponderación. 3. El incumplimiento de la obligación de no discriminar: consecuencias jurídicas.–IV. La influencia de la jurisprudencia: STJCE 1 marzo 2011 C-236/09 [*Test-Achats*]. 1. El rigor de la primera consideración: *el artículo 5.1 debe aplicarse sin excepciones.* 2. Significado moderado de la regla de igualdad de trato: *Communication from the Commission.* 2.1 *El artículo 5.1 se aplica sólo a los nuevos contratos.* 2.2 *Prácticas lícitas del sector de los seguros relacionados con el género: «life and health underwriting»* 2.3 *Valoración de otros factores de riesgo relacionados –indirectamente– con el género.*–V. Las tendencias de futuro: Draft Common Frame of Reference (DCFR). 1. Continuación de las tendencias anteriores: el Derecho de las Directivas y un poco más. 2. Opciones de política legislativa. 3. El cierre sistemático: los remedios contractuales

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Recientemente he participado en unas jornadas hispano-alemanas que han tenido por objeto el estudio de las directivas europeas contra la discriminación¹. El recorrido legal ha sido muy intenso y ha quedado claro que el legislador europeo ha trabajado seriamente para realizar una protección efectiva de la persona. Hemos analizado muchas normas, una a continuación de otra, y, de esta manera, mucho más. Existían muchos datos que permitían entender que, a pesar del enorme vigor que en la actualidad poseen las relaciones económicas de todo tipo, todavía quedaba la oportunidad un derecho más justo y más enraizado en la perspectiva de una Europa social y democrática. Por aclarar un poco el significado de todo ello podemos decir que las directivas han desarrollado la protección en relación con todo tipo de discriminación, desde luego la que ocurre por razón de sexo que históri-

¹ Jornadas jurídicas hispano-alemanas: «El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. La tutela contra la discriminación», 22-23 octubre 2012, Facultad de Derecho-Universidad de Granada.

camente ya está muy distinguida por su trascendencia social y cultural y de la misma manera por las demás razones que, en la actualidad, ponen en peligro la dignidad de la persona en Europa: origen étnico, sexo, discapacidad, religión, convicciones, edad o identidad sexual. Por otra parte, ha ocurrido un desarrollado muy importante del ámbito de actuación frente al Estado y también en las relaciones entre particulares. La protección ocurre en los negocios cotidianos como ir de compras o contratar un producto financiero. Desde un punto de vista estrictamente jurídico el desarrollo legal ha ofrecido soluciones que presentan una indiscutible novedad. Por supuesto, las relativas a los conceptos que permiten distinguir las situaciones de discriminación con más nitidez, pero también, y quizás de manera más llamativa, las que se refieren a la prueba y las sanciones por incumplimiento de las obligaciones de no discriminar. Podemos decir que ha ocurrido un sistema de conceptos y reglas jurídicas contra la discriminación. Por todo ello, en un primer momento, el armazón legal puede parecer muy fuerte como si fuese prácticamente perfecto y permitiese realizar los objetivos propuestos con mucha facilidad.

Esta magia de las primeras apariencias no existe luego en la realidad. Enseguida que el intérprete empieza a profundizar para averiguar el significado de las normas tropieza con problemas por doquier. En las jornadas hispano-alemanas que he mencionado ha llamado en particular mi atención la Directiva 2004/113/CE *por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro*. El orden de esta Directiva tiene que medir continuamente sus fuerzas con el derecho tradicional de los contratos. La libertad para celebrar los contratos, incluida la libertad para elegir a la otra parte contratante, estará limitada para evitar todo tipo de discriminación, *directa* o *indirecta*. Sólo podrán admitirse diferencias de trato que estén justificadas por un *propósito legítimo* y las medidas adoptadas deberán ser *adecuadas y necesarias*. Este planteamiento significa también algunas nuevas dificultades de orden teórico y también en la práctica. Por una parte, se invierte la relación de los principios tradicionales del contrato. Los límites de la autonomía privada están justificados con una razón general de protección contra la discriminación y las diferencias de trato son «excepciones» que exigen una justificación especial. Por otra parte, la tarea de interpretar consiste en algo más que averiguar el significado de una norma y es necesario un juicio de ponderación para decidir qué criterio debe prevalecer en las circunstancias del caso concreto y en qué medida.

El segundo punto importante a tener en cuenta es el sistema de protección. La realización efectiva del principio de igualdad de trato exige que, en caso de incumplimiento de las obligaciones de no discriminación, se apliquen sanciones que sean apropiadas para tal fin. Es decir, como dicen las directivas, las sanciones deben ser *efectivas, proporcionadas y disuasorias*. La cuestión consiste de nuevo en decidir entre las tendencias anteriores y las nuevas perspectivas jurídicas. El derecho tradicional ha realizado la protección de los intereses inherentes a la persona «fuera del contrato» y, en consecuencia, la tendencia ha sido la indemnización de daños y perjuicios, con fundamento en la responsabilidad extracontractual. El nuevo orden legal sitúa la protección de la persona en el marco del contrato y cabe pensar que este planteamiento significa también un cambio de perspectiva hacia la responsabilidad contractual y los remedios característicos por incumplimiento.

Los mismos problemas conceptuales y de interpretación se repiten en relación con las leyes española² y alemana³ de transposición de la Directiva 2004/113/CE.

El objeto de este estudio va a ser precisamente plantear la exigencia de organizar la relación sistemática entre el derecho contra la discriminación y el derecho de los contratos. Obsérvese que se trata de dos órdenes jurídicos que, tradicionalmente, se han regido por principios y reglas completamente diferentes y ahora que coinciden hay que plantear una reorganización sistemática que realice esta unión. Esta tarea no se puede hacer sin más como si todo fuese cuestión de pegar con cola dos partes del derecho. Por el contrario, hay que hilar muy fino para tomar las decisiones conceptuales y metodológicas pertinentes.

Conviene aclarar que existen ya estudios doctrinales que han examinado con detenimiento estas cuestiones que hemos planteado⁴. Los autores españoles han analizado, en especial, el desarrollo del principio de no discriminación en las relaciones entre particulares en el marco de la Ley Orgánica 3/2007, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*⁵. Estas referencias doctrinales son muy

² La ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

³ *Ley General de Igualdad de trato –Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-AGG* [2006]

⁴ Ole Lando/Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I-II*, The Hague, 2000; Ole Lando/Eric Clive/ André Prüm/Reinhard Zimmermann (eds.), *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague, 2003.; Stefan Leible/Monika Schlachter (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006; Matthias Lehmann, *Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht –Entwicklungstendenzen im Rechtsvergleich*, in Reiner Schulze (ed.), *New Features in Contract law*, Munich, 2007, pp. 67 y ss.

⁵ GARCÍA RUBIO: «La eficacia *inter privatos* (Drittwirkung) de los derechos fundamentales», Libro homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera, AAVV-I, Madrid, 2002; «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el Derecho de los contratos.

importantes y enseñan los criterios que se están siguiendo para solucionar las dificultades apuntadas. La jurisprudencia también es una referencia importante para comprender los cambios que están ocurriendo y, en particular, merece una consideración especial la STJCE1 marzo 2011 C-236/09 [*Test-Achats*]. El criterio judicial ha declarado que es inválida la regla del artículo 5.2 la Directiva 2004/113/CE que permitía excepciones justificadas de trato desigual entre las mujeres y los hombres en relación con los precios en los contratos de seguros. Esta decisión es muy interesante en relación con el tema que estamos tratando y permite comprender muy bien el sentido tan radical de los cambios que están ocurriendo. La sentencia significa un «recorte» muy importante de la autonomía privada en el ámbito de la contratación de seguros para realizar una razón absoluta de igualdad. La consecuencia es que ahora rige «linealmente», sin excepciones, la *regla unisex de igualdad de precios* (art. 5.1 Directiva 2004/113/CE). Este logro de igualdad tan llamativo va a tener seguramente como consecuencia una subida generalizada de los precios de los seguros. Esto es tanto como decir que la igualdad va a salir muy cara. La Comisión Europea ha salido al paso de esta decisión judicial y, profundizando más allá de las primeras apariencias, ha considerado una interpretación moderada de las consecuencias de la sentencia⁶. La tercera referencia de este estudio ha sido el modelo de contrato que se ha diseñado desde la perspectiva de futuro para armonizar el derecho privado europeo: *Draft Common Frame of Reference*. Este modelo no tiene eficacia jurídica. Sin embargo, sirve de guía desde distintos puntos de vista. El DCFR significa, ante todo, un logro de sistematización de las directivas europeas en materia de contratos. Este logro alcanza plenamente el derecho contra la discriminación en las relaciones entre particulares. El orden de los conceptos y las reglas jurídicas permite

Análisis del Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE, *Diario La Ley*, n.º 6602-noviembre 2006; «Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Derecho privado y Constitución*, n.º 21-enero-diciembre, 2007; «La supuesta nulidad de los actos y negocios jurídicos que constituyen o causan discriminación por razón de sexo en el ámbito del derecho civil y mercantil», AAVV: Estudios sobre invalidez e ineficacia-I-2009; «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», en *Levantamiento del velo: las mujeres del Derecho privado*, Dir. GARCÍA RUBIO Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Valencia, 2011. Otros autores: INFANTE RUIZ, «La protección contra la discriminación mediante el derecho privado» (recensión a STEFAN LIEBLE y MONIKA SCHLACHTER, *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Sellier-European Law Publishers, München, 2006), *InDret* 2/2008; AGUILERA RULL, «Prohibición contra la discriminación y libertad de contratación», *InDret*1/2009; NAVAS NAVARRO, «Negativa a contratar y prohibición de discriminar (derecho comunitario y derecho español)», *ADC*, 2007, V.º 60-IV; El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo», *ADC*, T. LX-2008-II; Medidas en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada (derecho europeo y derecho español), *RCDI*, n.º 713-2009.

⁶ Communication from the Commission-C (2011) 9497 final.

decidir con más coherencia –con más sistema– la relación entre la protección contra la discriminación y las reglas del contrato. Por otra parte, hay que valorar un paso adelante en relación con el derecho anterior. El DCFR significa una propuesta para el futuro con criterios novedosos que fortalecen todavía más la protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares.

Una última puntualización antes de cerrar esta introducción. En este estudio he seguido un punto de vista analítico y he intentado plantear y describir los problemas. El derecho legal ha sido el punto de partida y, como he explicado, he analizado la estructura normativa considerando las tendencias de opinión que se pueden averiguar en los comentarios doctrinales o en la práctica judicial y asimismo en las propuestas de política legislativa. A veces he realizado un juicio positivo y otras veces he sugerido soluciones, a mi juicio, más satisfactorias. Pero no he pretendido ofrecer unos criterios categóricos a modo de cierre o soluciones definitivas de los problemas que se discuten. Quizás con el tiempo, con más reflexión, puede tener opiniones y criterios más seguros. Por ahora, en este momento, voy a hacer lo que he explicado.

II. EL PUNTO DE PARTIDA: EL DERECHO EXISTENTE

1. EL DERECHO DE LAS DIRECTIVAS

1.1 **El desarrollo legal: desde el artículo 119 del Tratado de Roma hasta el artículo 13 del Tratado de Amsterdam. Y la historia sigue**

Desde un principio, desde las primeras palabras de la introducción, he subrayado la importancia que ha adquirido la protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares. He insistido tanto en este planteamiento que podría dar lugar a entender que ha sido una razón esencial –natural– de la política legislativa europea.

Las cosas han ocurrido en realidad de otra manera y, en principio, el legislador europeo sólo tenía competencias para regular el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el marco del empleo (contrato de trabajo) con fundamento en el artículo 119 Tratado de Roma. Obsérvese que la protección contra la discriminación se realizaba con un fundamento económico para organizar el mercado interno. Este planteamiento, aunque

formalmente era el propio, resulta muy definitivo estando en juego el problema de la discriminación. No debe extrañar por ello que surgieran enseguida otros planteamientos más moderados que matizaban el significado de las competencias económicas con argumentos más esenciales de protección de los intereses inherentes a la persona. En este sentido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas justificó sus decisiones en esta materia con fundamento en un derecho fundamental de trato igualitario entre hombres y mujeres⁷.

Estos logros son importantes. Sin embargo, el desarrollo legal no podía ir más allá de la igualdad de trato para hombres y mujeres en el marco del empleo. Sencillamente el legislador europeo no tenía competencias para realizar la igualdad en otros ámbitos de actuación.

El Tratado de *Amsterdam* (1999) significó un cambio definitivo y, en particular, modificó el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ampliando las posibilidades de actuación contra la discriminación. Más concretamente, el artículo 13 Tratado Constitutivo Comunidad Europea (Tratado de Amsterdam) legitimó un plan de actuación del Consejo en dos sentidos distintos: por una parte, se había creado el marco jurídico necesario para proteger a la persona y garantizar un trato igualitario independientemente de su origen étnico, sexo, discapacidad, religión, convicciones, edad o identidad sexual y, por otra parte, la protección se podía realizar en todos los ámbitos de las relaciones entre particulares, tanto en el ámbito del empleo y la ocupación como en los negocios cotidianos como puede ser ir de compras, a la discoteca, a un restaurante, en la búsqueda de vivienda y en las operaciones con compañías de seguros y bancos. La opinión doctrinal ha resaltado la importancia del cambio que permitía actuar la protección contra la discriminación «fuera del contrato de trabajo»⁸.

El Consejo ha promulgado tres Directivas con fundamento en el artículo 13 (Tratado de Amsterdam):

- Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. El legislador europeo aprovechó las nuevas posibilidades y desarrolló la protección frente a la discriminación racial en un ámbito de actuación bastante amplio: en el marco del empleo (contrato de trabajo) y *en el acceso a bienes y servicios disponi-*

⁷ Case C-270/97 Deutsche Post AG y ELISABETH SIEVERS [2000] ECR I-929: «the economic aim pursued by Article 119 is secondary to the social aim pursued by the same provision, which constitutes the expression of a fundamental human right».

⁸ ANNICK MASSELOT, «The State of Gender Equality Law in the European Unión», vol. 13-2, March, 2007, pp. 152-168,

bles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda. Asimismo esta directiva desarrolla el ámbito de actuación de la protección contra la discriminación en relación con las ventajas sociales y la educación.

- Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El legislador europeo ha establecido un orden general(para luchar contra la discriminación en el marco del empleo y la ocupación: por motivo de sexo y «*por otros motivos*»: de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.

- La historia legal seguía adelante y el artículo 13 EC ha sido también el fundamento legal de la Directiva 2004/113/EC por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro.

En esta misma línea de «afianzar» la política europea contra la discriminación hay que considerar el artículo 141 Tratado Constitutivo Comunidad Europea (Tratado de Amsterdam). Esta norma se corresponde con el antiguo artículo 119 (Tratado de Roma) y también regula en concreto la igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo, ocupación y retribución. Pero la nueva norma significa algo más que el derecho anterior y enlaza plenamente con el fundamento esencial del artículo 13 (Tratado de Amsterdam). La razón de protección de los intereses inherentes a la persona debe considerarse ahora una justificación plenamente reconocida de las políticas europeas de igualdad.

El Parlamento Europeo y el Consejo han promulgado dos Directivas con fundamento en el artículo 141 (Tratado de Amsterdam):

- Directiva 2002/73/CE del Parlamento y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo.

- Directiva 2006/ 54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

Hay que destacar otro momento esencial que fortalece todavía más la política europea de protección contra la discriminación. La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) establecía la prohibición de las discriminaciones por razón de *sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, naci-*

miento, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 21) y también consagraba de forma específica la igualdad de trato de hombres y mujeres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución (art. 23). La CDFUE fue formalmente proclamada en Niza en diciembre del año 2000. Pero no tuvo en principio eficacia jurídica y hubo que esperar un momento político que fuese más propicio para ello. Quizás lo que fue equivocado fue la forma de organizar la eficacia jurídica y sólo hubo que encontrar otra solución más apropiada. Cualesquiera que fuesen las razones históricas, finalmente, se ha conseguido. En 2007, el Tratado de Lisboa modificó el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y equiparó la CDFUE con el valor jurídico de los Tratados⁹. De esta manera, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), la Carta es también *Derecho primario*¹⁰. Esta nueva perspectiva jurídica significa que el desarrollo y la protección de los derechos fundamentales vinculan directamente a los órganos e instituciones de la UE y también a los Estados miembros (art. 51.1 CDFUE). Sin embargo, en el ámbito del derecho privado, los derechos fundamentales no son de aplicación directa en las relaciones entre particulares y para ello deben ser concretados —«delimitados»— mediante desarrollo legal. Ahora bien podemos todavía considerar cierta eficacia indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares mediante la interpretación de las cláusulas generales y en este sentido la protección de la persona resulta también reforzada.

Este recorrido legal señala un desarrollo espectacular de la protección contra la discriminación en el ámbito de las relaciones entre particulares. La protección de la persona ocurría anteriormente de forma tangencial como instrumento para realizar los objetivos económicos del mercado europeo y las políticas de empleo. Ahora debemos considerar una razón esencial de protección contra la discriminación. Este cambio cualitativo de los objetivos comunitarios significa también un fortalecimiento de las posibilidades de actuación y en este sentido hay que entender la Directiva 2004/113/CE que sitúa la protección contra la discriminación en el mismo centro de las actividades económicas: *Deben considerarse bienes aquellos que se consideran como tales en las disposiciones del propio Tratado constitutivo de la Comunidad*

⁹ Artículo 6 Tratado Unión Europea (Tratado de Lisboa): *La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.*

¹⁰ STREINZ/OHLER/HERRMANN, DER VERTRAG VON LISSABON zur Reform der EU, 3.^a ed.-2010, § 14-III

*Europea relativas a la libre circulación de mercancías. Deben considerarse servicios aquellos que se consideren como tales en las disposiciones del artículo 50 del mencionado Tratado (Considerando 11 Directiva 2004/113). Los mismos cambios se pueden explicar desde otro punto de vista. Es sumamente significativo la delimitación del ámbito subjetivo del derecho contra la discriminación y en este sentido los deberes de trato igualitario y las prohibiciones de discriminación vinculan a los profesionales y empresarios que realicen los sectores económicos más importantes: *deberán aplicarse a las personas que prestan bienes y servicios disponibles para el público y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúan en dicho contexto* (Considerando 13 Directiva 2004/113). Insisto. Todo ello significa que la protección contra la discriminación se «normaliza» en todos los ámbitos de la contratación. Estas razones deben ser entendidas también desde la perspectiva actual de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Esta justificación tan esencial fortalece sin duda el significado del orden legal contra la discriminación en las relaciones entre particulares.*

Y la historia sigue. Como último momento legislativo hay que considerar la Directiva 2010/41/UE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma. El principio de no discriminación continúa de esta manera su camino y se pretende conseguir la igualdad de trato entre hombres y mujeres también en ámbitos característicos de la actividad económica en régimen de trabajo autónomo (condiciones de acceso a determinadas actividades-constitución de sociedades-protección social-prestaciones por maternidad).

1.2 La parte general de las directivas y los regímenes especiales

Uno de los empeños del legislador europeo ha sido «organizar» una estructura jurídica pensada a propósito para una protección efectiva contra la discriminación. En este sentido cabe considerar un sistema de conceptos y categorías jurídicas que se repiten en las directivas contra la discriminación a modo de parte general. Cabe señalar, entre otras, las siguientes particularidades de la regulación legal: a) Las definiciones legales que significan las distintas situaciones discriminatorias: *discriminación directa-discriminación indirecta-acoso-acoso sexual-acción positiva-mandato de discriminar*. b) Las reglas que permiten *diferencias de trato justificadas* que deben ser consideradas con un criterio muy restrictivo o limitado –como excepciones–. Las normas legales exi-

gen un *motivo objetivo* que justifique las diferencias de trato en relación con una finalidad legítima y, además, las medidas que se adopten para realizar este motivo deben ser *adecuadas y necesarias* (principio de proporcionalidad) c) La regla de la prueba a favor de la víctima que aligera la dificultad de demostrar el supuesto de hecho de la discriminación. Con muy poca prueba –o, mejor dicho, con una prueba fácil –*hechos que permiten presumir la existencia de discriminación*–, el demandante coloca el problema de la discriminación en el ámbito del demandado que, para exonerarse de responsabilidad, tiene que demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad en las circunstancias del caso concreto. La prueba de la exoneración está normalmente relacionada con las diferencias de trato justificadas y, por lo tanto, el demandado ha de probar que ha existido un *motivo –objetivo y legítimo–* y las *medidas* han sido –*adecuadas y necesarias*–. d) La tutela contra la discriminación organiza también una estructura jurídica de defensa de los derechos, sanciones por incumplimiento de las obligaciones de no discriminación y protección contra las represalias que deberá ser desarrollada por las normas de transposición. Cabe destacar la regla que vincula a los Estados miembros a desarrollar sanciones *efectivas, proporcionadas y disuasorias* contra la discriminación.

Esta estructura legal, insisto, se repite y es una estructura común de las directivas contra la discriminación. Se podría pensar que ha ocurrido un sistema general de principios y categorías jurídicas. En un sentido parecido se podría pensar una parte general del derecho contra la discriminación. Naturalmente este entramado jurídico no se ha aceptado sin más y han existido opiniones críticas que han cuestionado aspectos particulares de la regulación legal. Lo que no se puede discutir es que ha ocurrido una mejora general en el orden sistemático. El orden legal ha aportado un *sistema* desde distintos puntos de vista. Por una parte, se ha conseguido *claridad conceptual*. La protección contra la discriminación se puede realizar de esta manera con más técnica y certeza. Para esto sirven precisamente las definiciones legales de discriminación (*directa-indirecta-acoso-acoso sexual-orden de discriminar*) que envuelven los problemas de la práctica y el intérprete puede identificar con más facilidad las referencias legales para distinguir el supuesto de discriminación en las circunstancias del caso concreto. En un sentido parecido las excepciones justificadas significan una concreción legal del principio de proporcionalidad y enseñan la técnica para realizar el conflicto entre dos intereses o derechos fundamentales. Por otra parte, se ha conseguido una *protección más efectiva*. En

este sentido hay que considerar la regla de la carga de la prueba que favorece la situación procesal de la víctima en el sentido que hemos explicado y por ello, por las facilidades en materia probatoria, puede ocurrir realmente la tutela contra la discriminación. En otro aspecto las directivas establecen una estructura legal que vincula a los Estados miembros a garantizar la existencia de procedimientos judiciales y administrativos para defender los derechos y asimismo establecer sanciones *efectivas, proporcionadas y disuasorias* contra la discriminación. Las directivas en este aspecto lanzan la cuestión hacia las normas de transposición y los Estados miembros deben decidir y desarrollar las medidas para realizar de la mejor manera la tutela contra la discriminación. Se pudiera pensar que el legislador europeo ha dejado de hacer su tarea y ha dejado la regulación a medias en este aspecto. Pero no es tanto una falta del legislador europeo como una cuestión de la eficacia característica de las directivas¹¹.

La parte general de las directivas contra la discriminación exige seguramente un estudio más detenido para aprender las novedades conceptuales y de régimen jurídico. Sin embargo, el planteamiento de este estudio ha sido más elemental y sólo he pretendido realizar a grandes trazos una distinción sistemática entre el derecho general de las directivas y los regímenes especiales que diversifican la regulación en cada directiva.

El criterio de especialidad de cada directiva resulta de la combinación de distintas exigencias subjetivas y objetivas. Por una parte, cabe considerar el ámbito personal de aplicación de la norma y se puede decidir la protección por distintos motivos: raza, origen étnico, sexo, religión o convicciones, discapacidad, edad o identidad sexual. Por otra parte cabe decidir el ámbito objetivo de aplicación de la norma y las directivas distinguen fundamentalmente entre la aplicación en el ámbito del empleo y la ocupación (relación laboral) y la aplicación en los contratos de acceso a bienes y servicios. Algunas directivas protegen «otros ámbitos» como la áreas de la seguridad social, bienestar social (ayuda a la vivienda, subsidio

¹¹ Según el artículo 288 TFUE, «La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». Es decir, que la eficacia de la directiva se manifiesta en el acto de transposición en la legislación nacional, que debe incorporar los requisitos establecidos en ella. Puesto que el artículo 288 TFUE deja a la discreción de los Estados miembros la elección de la mejor forma de realizar la transposición de la directiva, estos no tienen por qué realizar una copia literal de los preceptos de la norma europea [STJCE 30 mayo 1991, *Commission v Germany*, C-59/89, párrafo 18]. Cada Estado miembro puede libremente decidir cómo dar cumplimiento a las previsiones de la directiva, a partir de la terminología y de los conceptos más apropiados [STJCE 9 abril 1987, *Commission v Italy*, C-363/85].

familiar ayuda a la formación, subsidio de educación) y asistencia social.

La parte especial de cada directiva resulta de la combinación de ciertas exigencias o factores personales en relación con ciertas exigencias o factores objetivos y de esta manera resultan múltiples posibilidades de organizar la especialidad de la norma. Se puede decidir proteger a las personas discriminadas por origen racial o étnico (factor personal) en los contratos de acceso a bienes y servicios (factor objetivo) o se puede decidir otra especialidad de proteger a las personas discriminadas por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual (factor personal) en el marco del empleo y la ocupación (factor objetivo). De esta manera pueden ocurrir otras muchas combinaciones según las exigencias y los ámbitos que merecen protección.

La Directiva 2004/113/CE ha regulado la protección de la persona en relación con la discriminación sexual y el acoso, incluido, el acoso sexual (ámbito subjetivo) en relación con los negocios de la vida cotidiana y social —en el acceso de bienes y servicios y su suministro— (ámbito objetivo). En esto consiste su especialidad.

2. NORMAS DE TRANSPOSICIÓN

La ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha desarrollado el derecho contra la discriminación sexual de forma amplia. Se refiere a la generalidad de las políticas públicas en esta materia. También regula los aspectos de Derecho privado que son los que nos interesan en este estudio y en ellos vamos a centrar la explicación. La Ley 3/2007 ha incorporado al ordenamiento español dos directivas que realizan la protección contra la discriminación en el ámbito de las relaciones entre particulares:

- Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres e nos que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.
- Directiva 2004/113/CE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

La opción legal ha sido «repetir» la parte general de las directivas contra la discriminación. Las disposiciones generales de la Ley (Título I) parecen el texto de una directiva con los mismos concep-

tos y reglas jurídicas. Cabe destacar, en particular, los siguientes aspectos de la regulación legal: a) definiciones de discriminación directa e indirecta (art. 6)-Acoso sexual y acoso por razón de sexo (art. 7)-discriminación por embarazo o maternidad (art. 8) b) regla sobre indemnidad frente a las represalias (art. 9) c) consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias (art. 10) d) acciones positivas (art. 11) e) tutela judicial efectiva (art. 12) f) regla de la prueba (art. 13).

Por lo demás, en el ámbito de las relaciones entre particulares, la Ley 3/2007 desarrolla dos regímenes especiales contra la discriminación:

Por una parte, hay que considerar la transposición de la Directiva 2002/73/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Esta parte especial significa una relación característica entre la protección contra la discriminación y el contrato de trabajo. Hay que reconocer que se ha producido un desarrollo legal bastante exhaustivo que ha intentado realizar con todo detalle una protección efectiva contra la discriminación en el ámbito de las relaciones laborales. El desarrollo legal se concreta en el Título IV y en las siguientes Disposiciones Adicionales: Disposición undécima: de las modificaciones del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores-Disposición duodécima: de las modificaciones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales-Disposición decimotercera: de las Modificaciones de la Ley de Procedimiento Laboral y la Disposición decimocuarta: de las modificaciones de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social.

Por otra parte, la Ley 3/2007 es la norma de transposición de la Directiva 2004/113/CE. La regulación tiene un ámbito de actuación muy amplio que se refiere a los sectores más importantes de la actividad económica: por una parte, se refiere a los contratos de bienes y servicios para el público (art. 69.1) y, además, en particular, se establece un orden especial en relación con los contratos de seguros y servicios financieros (art. 71). Desde un punto de vista general cabe destacar la relación directa que se establece entre el derecho contra la discriminación y el derecho de los contratos. Obsérvese el cambio tan importante que ha ocurrido. El planteamiento clásico en el Derecho español ha sido considerar la protección de los derechos fundamentales como una cuestión extra-contractual y, en consecuencia, la discriminación ha significado esencialmente un problema de indemnización de daños y perjuicios, rigiéndose por las reglas generales de la responsabilidad extracontractual. Ahora, con

el nuevo orden legal, la protección contra la discriminación está situada en el marco del contrato. El cambio es muy importante y por ello cabría haber esperado que la norma de transposición hubiese concretado los aspectos jurídicos más esenciales para organizar la relación entre estas dos partes del derecho que, hasta este momento, se han desarrollado de forma independiente. Más concretamente cabría haber esperado que la norma de transposición hubiese concretado con más detalle las reglas contractuales en materia de nulidad de las cláusulas discriminatorias o las reglas por incumplimiento de las obligaciones de no discriminar.

Sin embargo, casi nada de esto ha ocurrido. La Ley de transposición significa esencialmente la propia regulación de la Directiva. Es como si se hubiese hecho el truco de «copiar y pegar». Sólo el artículo 72 de la Ley 3/2007 se puede considerar en verdad un desarrollo en relación con las *consecuencias del incumplimiento de las prohibiciones de no discriminar*. El apartado 1 del artículo 72 sigue siendo más de lo mismo y sólo establece la consecuencia de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos que justamente es la misma *sanción* que establece el artículo 14 Directiva 2004/113/CE. La novedad está regulada en el apartado 2 del artículo 72: *en el ámbito de los contratos de seguros o de servicios financieros afines, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 10 de esta Ley, el incumplimiento de la prohibición contenida en el artículo 71 otorgará al contratante perjudicado el derecho a reclamar la asimilación de sus primas y prestaciones a las del sexo más beneficiado, manteniéndose en los restantes extremos la validez y eficacia del contrato*. Decíamos que existe desarrollo y novedad porque se establece una consecuencia característica –nulidad parcial– que no está considerada expresamente en la Directiva 2004/113/CE.

Todo ello significa muy poco desarrollo y por ello el intérprete tiene una ardua tarea por delante. A cada paso habrá de ajustar el significado de las reglas del contrato para realizar las nuevas perspectivas jurídicas de protección de los intereses inherentes de la persona.

Para comprender mejor las consideraciones expuestas cabe considerar otras referencias legales que dejan patentes problemas muy parecidos.

En primer lugar, vamos a considerar la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social que ha sido la norma de transposición de dos Directivas europeas:

- Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

- Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.

En este momento nos interesa destacar la técnica de transposición. La Ley 62/2003 desarrolla el derecho contra la discriminación en el Título II-capítulo III. La estructura legal es la siguiente:

- La Sección 1.^a establece unas disposiciones generales que se corresponden con las definiciones generales de las directivas sobre las distintas situaciones discriminatorias: directa-indirecta-acoso y orden de discriminar. Hay que aclarar, sin embargo, que las disposiciones generales de la ley no regulan la carga de la prueba ni tampoco otras reglas características que también se pueden considerar como parte general de las directivas contra la discriminación. Es decir, existe una transposición muy sesgada –poco sistemática– de la parte general de las Directivas. Por lo demás, la Ley 62/2003 distingue dos regulaciones especiales (Sección 2.^a y Sección 3.^a).
- La Sección 2.^a regula el derecho especial para prevenir y corregir la discriminación por origen racial y étnico *en la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda y, en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios* (art. 29 Ley 62/2003). Entremezclados entre los aspectos especiales de la regulación se establecen reglas sobre la carga de la prueba y las acciones positivas. Estos aspectos deberían estar ubicados en la Sección 1.^a –*disposiciones generales*– porque, como decíamos, son característicos de la parte general de las directivas contra la discriminación. Por lo demás, la Sección 2.^a no desarrolla la relación sistemática entre el derecho contra la discriminación y el derecho de los contratos y ni siquiera especifica qué remedios del contrato realizan de forma efectiva la protección contra la discriminación. Esta tarea ha quedado en manos del intérprete que deberá ir haciendo la relación sistemática al tiempo que interpreta y aplica la Ley.
- La Sección 3.^a desarrolla la Directiva 2000/78/CE. El ámbito subjetivo se refiere a la protección de la persona contra el trato discriminatorio por razón de sexo, *origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona* y el ámbito objetivo regula las relaciones laborales: empleo y ocupación. Cabe destacar, entre otras, las siguientes particularidades de la regulación legal: por una parte, la Sección 3.^a tiene una regla sobre la carga de la prueba y también regula las acciones positivas. Estos aspectos deberían haberse regulado en la Sección 1.^a –*disposiciones generales*– por las razones que ya he explicado anteriormente. Por lo demás, la Sección 3.^a desarrolla la Directiva de referencia y establece una regulación bastante detallada sobre las medidas concretas que deben incorporarse en el derecho nacional mediante las correspondientes modificaciones legales del Estatuto de los trabajadores, la Ley de Procedimiento laboral y la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social.

En relación con las anteriores consideraciones cabe un juicio crítico sobre la Ley 62/2003 desde varios puntos de vista. En primer lugar, cabe decir que la regulación legal es muy poco sistemática y no distingue bien entre la parte general y la parte especial del Derecho contra la discriminación. En segundo lugar, la regulación legal sólo ha desarrollado la protección contra la discriminación en el ámbito de las relaciones laborales. Pero, en el ámbito de la contratación de bienes y servicios, el orden legal es prácticamente una repetición de la Directiva de referencia y ocurre como si el legislador no supiese bien cómo desarrollar esta materia.

En segundo lugar, queremos hacer referencia a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Esta Ley tiene una regulación que refleja la influencia de las directivas contra la discriminación, aunque propiamente no significa transposición de ninguna de ellas. En particular la Ley establece una parte general sobre los conceptos y reglas que son características del derecho general contra la discriminación (Capítulo II-arts. 4-5-6-7-8-9). La Ley refleja también la tendencia a realizar la protección contra la discriminación en el ámbito de bienes y servicios a disposición del público (art. 3. d). Pero de nuevo se aprecia una falta de desarrollo y no se concreta suficientemente la conexión sistemática entre el Derecho contra la discriminación y el Derecho de los contratos. Otra vez el problema se repite y el intérprete deberá suplir en la práctica las carencias legales.

El recorrido legal que hemos realizado enseña claramente que el legislador español no ha desarrollado la protección contra la discriminación en el ámbito de los contratos de bienes y servicios y, en general, ha copiado las directivas de referencia. Particularmente la regulación de la Ley 3/2007 es casi una repetición literal de la Directiva 113/2004. El desarrollo legal sólo ha ocurrido en el ámbito del empleo y seguramente ha sido posible porque ya existía una tradición jurídica anterior en esta materia. Hace ya bastante tiempo que el contrato de trabajo ha sido «retocado» con límites de la autonomía privada para la protección de la dignidad de los trabajadores. También se conocen remedios característicos y, además de la indemnización de daños, se aplican otros remedios del contrato de trabajo como la nulidad del despido o las responsabilidades del empresario por incumplimiento de los deberes de buena fe. Estas razones han ocurrido con fundamento en el sistema constitucional y, en este sentido, el desarrollo de las directivas debe considerarse como la continuación de un fundamento de hondo calado. Se pudiera decir de forma expresiva que los cambios han ocurrido casi

por inercia y ha bastado con seguir el movimiento que ya estaba iniciado anteriormente. En cambio, la protección contra la discriminación en los contratos de bienes y servicios constituye una novedad relativamente reciente en el ordenamiento español y apenas si ha habido tiempo para asimilar los cambios. Esto se nota fácilmente. El legislador español ha realizado la norma de transposición de una manera tan simple que da a entender que no ha podido hacerlo mejor.

III. EL SIGNIFICADO DE LOS CAMBIOS LEGALES: EL CONTRATO COMO MARCO DE LA PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

1. ROCES CONCEPTUALES Y DE RÉGIMEN JURÍDICO: LA REORDENACIÓN SISTEMÁTICA

Hemos realizado hasta ahora un largo recorrido que nos ha llevado hasta las directivas y las normas de transposición que realizan la protección contra la discriminación en los contratos de bienes y servicios. La estructura legal parece muy fuerte y cabría esperar conseguir con facilidad la igualdad de trato en las relaciones entre particulares. Pero esta primera apariencia no ocurre después en la realidad. Basta con profundizar un poco en el estudio de las normas legales y surgen por doquier dudas de interpretación. Obsérvese que el derecho de la persona ha ocurrido tradicionalmente a través de unos principios y unas categorías que poco o nada tienen en común con el derecho clásico de los contratos que ha tenido como base otros principios y otras categorías que realizan los intereses económicos de las partes contratantes. Por ello queda mucha tarea por hacer para perfilar y perfeccionar la relación entre dos partes del derecho tan diferentes en su origen. Seguramente el nuevo orden legal exige una ampliación de los anteriores esquemas a través de una reconstrucción sistemática que signifique unos principios y unas directrices también nuevas.

En el ámbito de la ocupación y el empleo, los planteamientos tradicionales han cambiado hace ya mucho tiempo. Los ordenamientos nacionales han desarrollado a lo largo del siglo xx una estructura legal muy fuerte que realiza la correlación entre los derechos fundamentales de los trabajadores y las bases esenciales de la contratación y existe también una construcción teórica que explica y ordena las normas legales. Con este punto de partida la transposición de las directivas contra la discriminación ha ocurrido

sin mayores dificultades. Las referencias que ya tenían arraigo en la legislación interna han marcado el camino a seguir. La interpretación de las normas ha ocurrido de la misma manera sin problemas y ha bastado con recurrir a criterios semejantes que ya estaban arraigados en la doctrina y la jurisprudencia. Pero nada de esto ha sucedido en el ámbito del Derecho civil. Todavía falta mucho por hacer para encajar por completo el derecho contra la discriminación en las bases generales de la contratación. No existen referencias anteriores y los cambios legales han significado realmente novedades conceptuales y de régimen jurídico que han sorprendido a los juristas.

La perspectiva histórica permite comprender muy bien la importancia de los cambios. Tradicionalmente la autonomía privada ha sido el principio general que ha regido las relaciones contractuales en los sistemas legales de todos los Estados miembros de la UE y también ha sido un pilar esencial del Derecho comunitario¹². Las partes contratantes han tenido la libre opción entre contratar o no contratar o la posibilidad de elegir libremente a la otra parte contratante y la libertad de establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes. Por supuesto esta perspectiva no era absoluta y los sistemas jurídicos tradicionales reconocían límites de la autonomía privada. Pero eran los menos que los más. O mejor dicho, los límites tenían un carácter extraordinario y significaban sólo «puntualizaciones» de la autonomía privada por razones muy particulares –extraordinarias– de orden público o moral. Por lo demás, la autonomía privada ocurría normalmente en la contratación¹³. Insisto. Los límites eran considerados por motivos *extra-contractuales* que incidían de manera excepcional en las relaciones económicas de los particulares¹⁴.

El fenómeno es distinto en la actualidad. Las directivas europeas han considerado un principio general de justicia distributiva en las relaciones entre particulares: lo justo en relación con otras

¹² No parece posible concebir un sistema económico con un mercado abierto y libertad de competencia sin reconocer al mismo tiempo la autonomía privada: Stefan Leible, *Marktintegration und Privatrechtsvereinheitlichung-Notwendigkeit und Grenzen*, in Andrea Furrer (ed.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*. Bern, 2006. pp. 5.

¹³ Ni siquiera la tradición codificada del siglo XIX consideró el principio de autonomía privada de forma absoluta. Los límites de la autonomía privada fueron organizados bajo el concepto de ilicitud (causa ilícita) y en este sentido el contrato es nulo cuando se opone a las leyes o a la moral (art. 1275 CC). La autonomía privada también ha estado tradicionalmente limitada en relación con los pactos, cláusulas o condiciones que sean contrarios a las leyes, a la moral o el orden público (art. 1255 CC).

¹⁴ Las cuestiones de *causa ilícita* han sido consideradas durante mucho tiempo como cuestiones extraordinarias a las razones del contrato –de «salud moral» o «costumbres cristianas»– y el *orden público* ha sido también considerado como una cuestión extraordinaria –extra-contractual– de organización de la comunidad.

personas¹⁵. Esta razón significa un cambio sustancial de perspectiva jurídica. Ahora las obligaciones de no discriminar significan límites de la autonomía privada justificados por una razón general que ocurre normalmente. Por el contrario, las diferencias de trato deben considerarse excepciones que exigen una justificación especial. Este orden plantea otros problemas evidentes en la práctica. El intérprete tiene que ir continuamente de aquí para allá y decidir entre lo general y lo especial. La decisión en las circunstancias del caso concreto depende de una ponderación entre las razones generales que justifican el trato igualitario y la razón especial que justifica la excepción de trato diferente. Sin duda los juristas van a necesitar cierto tiempo para comprender el principio de proporcionalidad como un criterio característico de los contratos. Los problemas también son evidentes desde la perspectiva de los remedios contra la discriminación. El derecho tradicional había considerado esencialmente la indemnización de daños y perjuicios con fundamento en la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, las directivas han desplazado la protección contra la discriminación hacia el contrato y, en consecuencia, el intérprete tiene que reajustar el significado de los remedios característico por incumplimiento para realizar la protección efectiva de las víctimas por discriminación.

La Directiva 2004/113/CE *por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro* significa muy bien todo lo anterior. Los problemas ocurren de forma muy parecida en relación con la Ley 3/2007 *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* que realiza la transposición de la Directiva 2004/113/CE en el ordenamiento español. El orden legal no desarrolla la relación sistemática entre las normas de protección contra la discriminación y las normas del contrato. Existe solamente una referencia general a la nulidad de los actos jurídicos discriminatorios y una referencia también muy genérica a las indemnizaciones *reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido* (art. 10 Ley 3/2007). Por lo demás, cabría considerar un desarrollo más importante en el ámbito de los contratos de seguros en relación con la norma que establece la consecuencia de la nulidad parcial de las cláusulas de precios discriminatorios y decide la asimilación de las primas o prestaciones a las del sexo más beneficiado (art. 72.2 Ley 3/2007). Y prácticamente nada más. El resto es tarea del intérprete que se verá forzado a investigar el significado de las nuevas categorías jurídicas que se han convertido

¹⁵ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, Munich, 1997, p. 11 y ss.

en un elemento normativo para proteger contra la discriminación y, además, a mayor abundamiento de la tarea por hacer, deberá relacionar el significado de las normas que protegen contra la discriminación con las reglas de los contratos con el fin de conseguir aplicar el orden legal de una manera coherente y sistemática.

Los juristas alemanes tienen una situación muy parecida en el ámbito de la *Ley General de Igualdad de Trato*-Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-AGG (2006). En este caso hay que considerar una reforma reciente del BGB de modernización del derecho de las obligaciones y contratos (Gesetz zur Modernisierung des schuldrechts-2001) que ha aportado, en mi opinión, un orden más coherente y simplificado del contrato que permite realizar con más facilidad la protección contra la discriminación. De todas maneras todavía no existe una norma en el BGB que establezca un principio general de no discriminación como una razón esencial del derecho de los contratos y, de esta manera, la interpretación ocurre todavía «contra corriente» de las libertades fundamentales de la contratación.

La situación es todavía más llamativa si consideramos la Directiva 2000/43/CE relativa al principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico que se aplica también en *el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida, la vivienda* (art. 1 h). Esta Directiva se limita a establecer o repetir las normas del derecho general contra la discriminación y realmente no desarrolla ningún aspecto que facilite la interpretación y aplicación de las normas contra la discriminación en las relaciones entre particulares. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, regula la transposición de la Directiva 2000/43/CE en el Ordenamiento español (Título II-Capítulo III-Sección 2.^a). Sin embargo, no existe realmente desarrollo de la Directiva y el texto legal ni siquiera concreta qué remedios realizan la protección contra la discriminación.

Todo ello nos pone en alerta sobre las dificultades que se avecinan para realizar de forma efectiva la protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares. Con sólo levantar un poco la primera capa de la regulación legal, se descubren problemas evidentes desde un planteamiento conceptual y de régimen jurídico. En los epígrafes siguientes vamos a intentar profundizar un poco más en el estudio para comprender mejor los problemas que hemos planteado. Puede ocurrir que una reflexión más detenida permita comprender que los cambios no son tan absolutos como se pudiera pensar en una primera consideración. El planteamiento

tan categórico y casi alarmante que hemos hecho líneas atrás puede resultar después una relación mucho más coherente entre el derecho contra la discriminación y el derecho de los contratos.

2. LOS LÍMITES DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LA CONTRATACIÓN: CRITERIOS DE PONDERACIÓN

El principio general de la autonomía privada es sin duda la base esencial del derecho civil patrimonial. Por ello las cuestiones que se refieren a los límites de las libertades fundamentales de la contratación siempre ponen en alerta a los juristas y la tendencia intuitiva suele ser de rechazo a cualquier norma jurídica que tenga un efecto limitativo. En un primer momento se puede exagerar bastante el criterio contrario a este tipo de normas y, sin profundizar en ellas, se rechazan sin más para salvaguardar a toda costa la esencia del contrato. Este planteamiento tan categórico está muy influido por la tradición histórica que hemos heredado y sin duda tenemos que ir cambiando poco a poco esta perspectiva para adaptarnos a las nuevas realidades jurídicas. El modelo de contrato que hoy poseemos no es ni una cosa ni otra y debe comprenderse con distintos matices jurídicos. Desde luego la autonomía privada sigue siendo todavía una base esencial del contrato. Pero la evolución actual enseña otras razones importantes que también se deben considerar para ordenar las relaciones entre los particulares. En este sentido, en las explicaciones anteriores, he subrayado mucho la importancia de las obligaciones de no discriminar desde la perspectiva de los límites de las libertades fundamentales de la contratación. He subrayado tanto este planteamiento que cabría pensar que han ocurrido límites absolutos de la autonomía privada como si los particulares ya no pudiesen contratar libremente. Nos toca ahora matizar este planteamiento tan categórico y poner de relieve que el derecho contra la discriminación significa en realidad otras consecuencias más moderadas. Al mismo tiempo que las obligaciones de no discriminación, el orden legal ha establecido unas categorías para que se respeten otros derechos y libertades fundamentales como los intereses económicos de las partes contratantes, la protección de la intimidad y la vida familiar. Expresivamente se podría decir que el orden legal está hecho de una mezcla especial y ha habido *una de cal y otra de arena* para proteger de una manera equilibrada todos los intereses que están en juego.

En este epígrafe vamos a seguir indagando en este planteamiento moderado que permite comprender que el derecho contra discriminación no significa unas consecuencias tan extremas como se

podieran pensar en un primer planteamiento. Los límites de la autonomía privada por razones de discriminación deben ser interpretados con los siguientes matices conceptuales y de régimen jurídico:

a) El legislador europeo ha delimitado la protección contra la discriminación en relación con los contratos de bienes y servicios *para el público*¹⁶.

Existe, por tanto, un ámbito característico de actuación del derecho contra la discriminación –en los *contratos para el público*– y en los demás contratos rige por completo la libertad de elegir a la otra parte contratante. El trato igualitario debe realizarse en aquellos ámbitos de la contratación que significan una prestación pensada para todos los clientes: la oferta de un bien o la realización de un servicio para un público en general. En estas circunstancias cabe considerar que el contrato es un modelo estándar en el que tiene cabida «cualquier cliente». También cabría pensar que todos los clientes que se encuentren en una «situación comparable» tienen derecho a contratar. En este sentido la obligación de no discriminar no significa ningún perjuicio contractual para el empresario o el profesional porque la estructura del contrato está pensada para atender y satisfacer los intereses del público en general –de cualquier cliente–. La negativa a contratar o la discriminación en el trato a un cliente significa entonces una razón independiente que nada tiene que ver con la lógica de los intereses contractuales.

Para comprender mejor esta delimitación del problema podemos distinguir en relación con los contratos *intuitu personae*. Es decir, aquellos contratos en los que *la cualidad y circunstancias de la persona del deudor hubiesen sido tendidas en cuenta al establecer la obligación* (art. 1161 CC). Estos contratos significan una relación especial de confianza y se podría decir de forma expresiva que realmente el contrato ocurre y tiene significado sólo *intuitu personae*. En este sentido la regla de trato igualitario en relación con todos los clientes no tiene sentido porque, insistimos, la confianza es una relación personal y selectiva.

En segundo lugar, los contratos para el público se pueden distinguir en relación con los contratos que se realizan *dentro del ámbito de la vida privada y familiar: Por los demás hay que entender que la prohibición de discriminación deberá aplicarse a las personas que prestan bienes y servicios disponibles para el público y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las tran-*

¹⁶ Las normas legales precisan el ámbito de actuación de la protección contra la discriminación en relación con los contratos «*para el público*»: art. 3.1-h) Directiva 2000/43/CE- art. 3.1 Directiva 2004/113/CE.

sacciones que se efectúen en dicho contexto (considerando 13 Directiva 2004/113). Esta delimitación significa un juicio de ponderación entre dos derechos fundamentales. En los ámbitos de la privacidad o la intimidad ha de prevalecer la libertad de elegir a la otra parte contratante y «fuera de este ámbito» hay que considerar los contratos para el público y la obligación de trato igualitario.

El legislador alemán ha considerado una doble distinción para delimitar el ámbito de actuación del principio de no discriminación: por una parte, considera los contratos que típicamente tienen efecto en circunstancias comparables sin tener en cuenta la persona (contratos en masa) o cuando la consideración de la persona adquiere importancia secundaria según el tipo de obligación y las relaciones obligatorias llegan a efecto en circunstancias comparables en una multitud de casos (art. 19 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-AGG-2006). Es decir, el legislador alemán ha realizado en esencia la distinción de los contratos para el público en el sentido que hemos explicado. El trato comparable o igualitario rige para un contrato estándar pensado para cualquier cliente. Pero esta regla no se aplica en el ámbito de los contratos *intuitu personae* que tienen en cuenta la persona o cuando la consideración de la persona adquiere una importancia principal según el tipo de obligación. Estas distinciones entre lo público y las relaciones de confianza parecen acertadas para distinguir con más claridad el ámbito de actuación de las obligaciones de no discriminación. Sin embargo, no estoy de acuerdo con la terminología que utiliza el legislador alemán que denomina los contratos para el público como contratos en masa. Esta equiparación no es, en mi opinión, muy apropiada. Obsérvese que el concepto de los contratos en masa tiene un significado muy preciso relacionado con las condiciones generales de la contratación y una protección característica de la llamada parte débil del contrato. Y nada de esto ocurre en materia de protección contra la discriminación que significa una cosa bien distinta en relación con la protección de los intereses inherentes a la persona. Por ello prefiero la distinción clásica entre contratos para el público y contratos *intuitu personae*. Por otra parte, el legislador alemán delimita en negativo y considera el ámbito de no aplicación de la prohibición de discriminar en relación con las relaciones civiles obligatorias de privacidad o intimidad cuando las partes o sus familiares mantienen una relación especial de cercanía o confianza [art. 19 (5) AGG].

El legislador español delimita el ámbito del principio de no discriminación sólo desde un punto de vista. El artículo 69 de la Ley 3/2007 establece precisamente la obligación de no discriminar

en relación con el *suministro de bienes y servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida familiar y privada*. En mi opinión la ley española es menos rigurosa que la ley alemana en este aspecto. Seguramente podríamos distinguir mejor el concepto de los contratos para el público considerando también la referencia de los contratos *intuitu personae*. De esta manera quedarían mejor señalados los criterios para decidir aquellas situaciones «comparables» que exigen trato igualitario en relación con las relaciones *personales* que se basan en una relación de confianza que exigen la libertad de elegir a la otra parte contratante.

La jurisprudencia va a ser muy importante en la tarea de delimitar el ámbito de aplicación del derecho contra la discriminación. Poco a poco se podrán distinguir referencias a seguir. En la práctica judicial se irán delimitando ámbitos de la contratación de bienes y servicios que deben considerarse normalmente para el público y otras relaciones deberán entenderse típicas de la contratación en el ámbito de lo privado. También se podrán considerar contratos caracterizados por una relación de confianza que se realizan considerando especialmente las circunstancias personales del otro contratante. Aunque la ley española no diga expresamente nada al respecto, habrá que considerar también el concepto de los contratos *intuitu personae* para delimitar el derecho contra la discriminación. Bastaría con aplicar las reglas básicas de los contratos para entender que la relación de confianza exige la elección según las circunstancias personales de la otra parte contratante. Este tipo de contratos significa realmente una realidad *inter partes* y no puede entenderse que la confianza signifique discriminación para los demás.

b) Las razones subjetivas pueden justificar también la elección del otro contratante. Una cosa es negarse a contratar o realizar una diferencia de trato por una razón de discriminación (directamente o indirectamente) y otra distinta elegir a la persona apropiada para realizar un contrato. Lo primero es ilícito, lo segundo, está justificado. *Una persona que suministre un bien o preste un servicio puede tener una serie de razones subjetivas para elegir al otro contratante. En la medida en que dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante, la presente Directiva no debe afectar a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte* (Considerando 14 Directiva 2004/1137CE). En este sentido el artículo 3.2 Directiva 2004/113 establece que *la presente Directiva no afectará a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando la elección no se base en el sexo de la persona contratante*. El artículo 69.2 Ley 3/2007 ha establecido literal-

mente la misma forma de entender la libertad de elegir al otro contratante que está permitida si no significa discriminación, es decir, *siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su sexo*.

c) Los límites de la autonomía privada son moderados también en relación con las *excepciones justificadas* de trato desigual que establece el artículo 4.5 Directiva 2004/113/CE: *La presente Directiva no prohíbe las diferencias de trato cuando la prestación de bienes y servicios de forma exclusiva o principal a personas de uno de los sexos esté justificada por un propósito legítimo y los medios para lograr este propósito sean adecuados y necesarios*¹⁷. Son muy interesantes las siguientes explicaciones en relación con esta norma: *Sólo podrán admitirse diferencias de trato desigual cuando estén justificadas por un propósito legítimo. Pueden constituir propósitos legítimos, por ejemplo, la protección de las víctimas de violencia por razón de sexo (en supuestos de creación de refugios para personas de un solo sexo, las razones de intimidad y decencia (en supuestos como la oferta de alojamiento hecha por una persona en una parte de su vivienda), la promoción de la igualdad de la igualdad de género o de los intereses de los hombres o de las mujeres (por ejemplo, organizaciones de voluntarios del mismo sexo), la libertad de asociación (en los casos de afiliación a clubes privados para un solo sexo), la organización de actividades deportivas (por ejemplo, acontecimientos deportivos (por ejemplo, acontecimientos deportivos para uno de los sexos). No obstante, toda limitación deberá ser adecuada y necesaria a tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Considerando 16 Directiva 2004/113/EC). La ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres repite en este aspecto la regla de la Directiva: serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios (art. 69.3).*

El legislador ha tomado como referencia el principio de proporcionalidad que significa en esencia una técnica jurídica tendente a realizar un punto de equilibrio entre los distintos intereses que están en juego. Esta técnica permite modular o graduar la protección contra la discriminación en el intento de evitar logros de igualdad que signifiquen un «recorte» injustificado de otros derechos fundamentales que merecen asimismo protección. No se trata de minimizar la importancia de la protección contra la discriminación,

¹⁷ Semejante regla se repite: Directiva 2000/78/EC (art. 4.1)-Directiva 2002/73/EC (art. 1)-Directiva 2006/54/EC (art. 14.2).

sino sólo que ésta no sea absurda. Pero todavía el trato diferente debe considerarse como una excepción de la regla general que rige en el ámbito de los contratos para el público y por ello exige una justificación especial, o, mejor dicho, exige una doble justificación: un propósito legítimo y, además, las medidas concretas que se adopten deberán ser «proporcionadas»: *adecuadas y necesarias* para el objetivo propuesto.

El derecho contra la discriminación no tiene, pues, una medida cerrada de una vez por todas y continuamente tiene que medir sus fuerzas con otros intereses privados que también están fuertemente influidos por la realidad social de cada momento histórico. El juicio entre dos valores fluctuantes es también un juicio abierto que cambia con la evolución social. Este planteamiento significa que el derecho contra la discriminación deberá aprenderse considerando de forma principal la evolución de la jurisprudencia. El intérprete deberá sistematizar las sentencias de los tribunales para averiguar las tendencias que están ocurriendo en la práctica: qué derechos fundamentales están siendo considerados un propósito legítimo para justificar diferencias de trato y qué medidas están siendo consideradas adecuadas y necesarias para realizar la protección de los intereses que están en juego.

3. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE NO DISCRIMINAR: CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Las Directivas europeas no han regulado unos remedios específicos para garantizar la protección contra la discriminación y dejan esta tarea a los Estados miembros. Como mucho podemos encontrar una regla general y abierta que recomienda a los Estados miembros establecer *sanciones, que podrán incluir la indemnización, que serán efectivas, proporcionadas y disuasorias*¹⁸. En este aspecto el derecho comunitario significa un remedio tradicional para proteger a las víctimas mediante la indemnización del daño y, por lo demás, la referencia legal deja entrever las indemnizaciones punitivas (*punitive damages*). Esto es lo que parece señalar la idea de *–sanciones disuasorias–*. Por otra parte, las Directivas contra la discriminación establecen una regla sobre el control de validez del contenido del contrato. Más concretamente, *los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición*

¹⁸ Directiva 2000/43/CE (art. 15)-Directiva 2000/78/CE (art. 17)-Directiva 2004/113/CE (art. 15)-Directiva 2006/54/CE (art. 25).

*contraria al principio de igualdad de trato en contratos*¹⁹. Y ya no existen más referencias. El resto es tarea de las normas de transposición que deben desarrollar la base esencial de las Directivas.

El desarrollo en el Derecho español ha ocurrido también con cierto apego hacia la tradición. La Ley 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, ha realizado un diseño bastante simple sobre las *consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias*: *Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyen o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidades a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias* (art. 10). Queda claro que esta regulación mantiene la misma línea tradicional de las Directivas: la nulidad es la sanción característica de los actos ilícitos y la indemnización el remedio de los daños. Por lo demás, la Ley 3/2007 *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* regula de forma especial las sanciones contra la discriminación en el ámbito de la contratación de seguros. El incumplimiento de la prohibición de establecer diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas por razón del sexo *otorgará al contratante perjudicado el derecho a reclamar la asimilación de sus primas y prestaciones a las del sexo más beneficiado, manteniéndose en los restantes extremos la validez y la eficacia del contrato* (art. 72.2). Esta regla opta por la consecuencia de «borrar» las cláusulas discriminatorias –ilícitas– y «corregir» el contrato integrando las condiciones de trato igualitario (nulidad parcial).

Seguramente los tribunales van a desarrollar esta estructura legal y van a afinar el significado de las *consecuencias de las conductas discriminatorias*. El concepto de daño moral será una referencia principal para la protección efectiva de las víctimas y simplemente realizando una valoración generosa del *quantum* indemnizatorio se pueden alcanzar también con sutileza las indemnizaciones punitivas –disuasorias–. Nos encontramos, sin embargo, con un orden legal bastante tradicional y quizás se note la falta de una decisión legislativa más definitiva que hubiese acercado expresamente las consecuencias de las conductas discriminatorias hacia el orden del contrato. Bastaría para ello con entender que la obligación de no discriminar es una obligación contractual y, en consecuencia, el incumplimiento podría significar, además de la indemnización de daños, otros remedios típicamente contractuales:

¹⁹ Directiva 2000/43/CE (art. 14 b)-Directiva 2004/113/CE (art. 23 b).

el *cumplimiento in natura* o la *resolución*. La posición de la víctima quedaría reforzada de esta manera²⁰. El camino en este sentido se hubiese facilitado con una referencia normativa expresa a la buena fe en las relaciones contractuales. El intérprete tendría de esta manera un punto de partida muy fácil para decidir una obligación contractual de no discriminar y los remedios característicos por incumplimiento serían parte de la misma referencia.

Por ahora todas estas consecuencias están en el terreno de la interpretación. De nuevo la jurisprudencia será decisiva en estos aspectos y poco a poco se irán aclarando el sentido de los cambios.

IV. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA: STJCE 1 MARZO 2011 C-236/09 [TEST-ACHATS]

1. EL RIGOR DE LA PRIMERA CONSIDERACIÓN: *EL ARTÍCULO 5.1 DEBE APLICARSE SIN EXCEPCIONES*

La Directiva 2004/113/ aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Más concretamente, el artículo 5.1 regula la llamada regla unisex:

Los Estados miembros velarán porque en todos los nuevos contratos que se celebren a partir del 21 de diciembre de 2007 a más tardar, el uso del sexo como un factor de cálculo de primas y prestaciones a efectos de seguros y servicios financieros afines no dé lugar puede significar a diferencia en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente («the unisex rule»).

El artículo 5.2 establecía una excepción a esta regla:

No obstante lo dispuesto en el apartad 1, los Estados miembros podrán decidir, antes del 21 de diciembre de 2007, autorizar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Los Estados miembros que se acojan a esta disposición informarán a la Comisión y velarán por que los datos exactos pertinentes en relación con la consideración del sexo como factor actuarial determinante se recopilen, se publiquen y

²⁰ STEFAN LEIBLE/SUSANA NAVAS NAVARRO/JERZY PISULINSKI/FRYDERYK ZOLL, «Non-Discrimination», en *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Reiner Schulze (ed.), 2008, p. 141.

se actualicen con regularidad. Dichos Estados miembros reexaminarán su decisión cinco años después de 21 de diciembre de 2007 atendiendo al informe de la Comisión a que se refiere el artículo 16, y transmitirán a la Comisión el resultado de este nuevo examen.

La STJCE de 1 de marzo de 2001 (C-236/09) ha tomado una decisión definitiva para realizar linealmente el principio de no discriminación por razón de sexo. En este sentido ha declarado que, a partir del 21 diciembre 2012, el artículo 5.2 de la Directiva 2004/113/UE es inválido. Más concretamente el criterio judicial ha considerado que *dicho precepto, que permite a los Estados miembros afectados mantener de modo ilimitado en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, es contraria a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres marcado por la Directiva 2004/113 y resulta incompatible con los artículos 21 y 23 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE.*

En un primer momento puede sorprender el rigor del criterio judicial. La norma del artículo 5.2 es declarada inválida y esto significa que el artículo 5.1 debe aplicarse sin excepciones («*the uni-sex rule*»). Todo ello trae consigo un límite muy estricto de la autonomía privada en el ámbito de los contratos de seguro. Para un mismo contrato, la utilización del sexo como factor actuarial no deberá dar lugar a diferencias en las primas y las prestaciones de las personas individuales, en ningún caso.

Todos los Estados Miembros habían permitido excepciones de trato desigual con fundamento en el artículo 5.2 Directiva 2004/113 y así está regulado en las leyes nacionales de transposición de la Directiva. Más concretamente, la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece una excepción de estas características: *reglamentariamente se podrán fijar los supuestos en los que sea admisible determinar deferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, cuando el sexo constituya un factor determinante de la evaluación de los riesgos a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables* (art. 71). En fin, las compañías de seguro han desarrollado extensamente la posibilidad que permitía la Ley. La trama normativa y económica que se ha creado es muy compleja y la tarea por hacer es difícil. Modificar un sector tan importante de los contratos y del mercado europeo requiere verdaderos malabarismos jurídicos y económicos que sustituyen un orden por otro y, además, pueden ocurrir seguramente consecuencias secundarias no deseables. La fuerza económica del

sector de los seguros es tan fuerte que, por muy grandes que se construyan los límites de la autonomía privada que le impiden andar camino, siempre van a quedar arrestos para seguir de otra manera. Puede, incluso, llegar a ocurrir una inflación desproporcionada de las primas.

La sentencia que comentamos y sus posibles consecuencias resultan muy llamativas, sobre todo, si se comparan con la tendencia judicial a decidir otras soluciones más moderadas en los supuestos de conflicto entre dos derechos fundamentales. Los tribunales realizan un criterio de ponderación y deciden normalmente una solución a medio camino entre los intereses que están en juego. Sin embargo, en el ámbito de la protección contra la discriminación, parece como si estuviese ocurriendo un trato igualitario demasiado absoluto que deja por completo de lado otros derechos fundamentales que también merecen cierta consideración y protección. La regla *unisex* ha puesto en alerta a las compañías de seguro que ya están afilando sus contratos en el sentido que hemos explicado. Tanto ha sido el revuelo que la Comisión Europea, para evitar consecuencias mayores, ha tenido que salir al paso, abogando por una interpretación moderada de la *regla unisex*.

2. SIGNIFICADO MODERADO DE LA REGLA DE IGUALDAD DE TRATO: COMMUNICATION FROM THE COMMISSION²¹

2.1 El artículo 5.1 se aplica sólo a los nuevos contratos

La STJCE de 1 de marzo de 2011 ha declarado inválido el artículo 5.2 Directiva 2004/113 y esto significa que el artículo 5.1 deberá aplicarse sin excepciones («*the unisex rule*»). No obstante la sentencia matiza esta consecuencia y especifica que el artículo 5.2 será inválido con efectos a 21 de diciembre de 2012.

El periodo transitorio que establece la sentencia debe interpretarse en el mismo sentido que la regla del artículo 5.1 Directiva 2004/113 que también limita la eficacia de la regla sobre igualdad de trato en relación con los nuevos contratos después de 21 de diciembre de 2007²². El considerando 18 de la Directiva 2004/113

²¹ Communication from the Commission, Guidelines on the application of Council Directive 2004/113/EC to insurance, in the light of the judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-236/09 (Test-Achats) – Brussels 22.12.2011 C (2011) 9497 final.

²² Communication from the Commission, Guidelines on the application of Council Directive 2004/113/EC to insurance, in the light of the judgment of the Court of Justice of

aclara que el periodo transitorio está previsto *para evitar un reajuste repentino del mercado*. La sentencia debe interpretarse de igual manera: para evitar un impacto repentino y exagerado en el mercado de seguros. Es decir, pretende realizar el principio de igualdad con un criterio que respete los derechos existentes y las legítimas expectativas de las partes contratantes.

El periodo transitorio significa que el artículo 5.1 se aplica sin excepciones a partir de 21 de diciembre de 2012, es decir, *a los nuevos contratos* a partir de esta fecha.

La aplicación de la sentencia exige distinguir entre los contratos existentes y los nuevos contratos. La Comisión Europea ha interpretado que los *nuevos contratos* son aquellos que requieren el consentimiento de todas las partes interesadas para tener eficacia: es decir los contratos concluidos por primera vez a partir de 21 diciembre de 2012 y también los acuerdos que exigen el consentimiento de las partes para prorrogar la eficacia de un contrato previamente existente antes de 21 de diciembre de 2012²³.

2.2 Prácticas lícitas del sector de los seguros relacionados con el género: «life and health underwriting»

El artículo 5.1 Directiva 2004/113 establece que la utilización del sexo como factor actuarial no puede significar diferencias en las primas y las prestaciones de las personas individuales. Es decir, el precio no puede ser diferente entre los individuos en relación con la misma póliza de seguro porque el género no sea el mismo. Pero la Comisión ha interpretado que hay otros factores de riesgo que se pueden considerar para la valoración del precio del aseguramiento, como, por ejemplo, la historia familiar, cuya valoración exige considerar si la persona es un hombre o una mujer²⁴. Más concretamente, es lícita la práctica del sector de los seguros que distingue entre una mujer que tiene una historia familiar relacionada con el cáncer de mama y debe pagar por ello un plus de prima del aseguramiento en comparación con otra mujer que no tiene semejante historia familiar. La primera mujer del ejemplo tiene que pagar más con base en su historia familiar porque verdaderamente existe más riesgo de que desarrolle esta enfermedad. Pero no hay ninguna razón para aplicar la prima adicional para un hombre de la misma familia que la primera mujer y, aunque la historia familiar

the European Union in Case C-236/09 (Test-Achats) – Brussels 22.12.2011 C (2011) 9497 final.

²³ Communication from the Commission... cit., p. 3.

²⁴ Communication from the Commission... cit., p. 5.

refleja tendencia a padecer cáncer de mama, la probabilidad de que un varón desarrolle esta enfermedad es muy baja. Las compañías de seguro realizan a los clientes antes de contratar test muy completos para tener la información suficiente para realizar distinciones de trato de este tipo que concretan el precio de la prima según el perfil de riesgo real de cada individuo. Insisto. La Comisión ha aclarado que estas prácticas son lícitas.

La Comisión Europea también ha interpretado que, con justificación en el artículo 4.5 de la Directiva 2004/113, todavía es posible ofrecer específicos productos de aseguramiento basados en el género (o como opción dentro del contrato de seguros) para cubrir condiciones que exclusivamente conciernen a hombres o mujeres²⁵. La diferencia de trato exige que el propósito sea legítimo y los medios adecuados y necesarios. Por ejemplo, el cáncer de útero justifica un producto específico para las mujeres y asimismo el cáncer de próstata justifica también la misma especialidad de un contrato característico para los hombres. Esta interpretación significa sencillamente que la regla de igualdad de trato debe aplicar con ciertos límites razonables o, dicho lo mismo de otra manera, que la igualdad no puede significar lo absurdo de no distinguir entre los riesgos propios de cada género. Esta posibilidad, sin embargo, está excluida por razón de embarazo o maternidad (art. 5.3 Directiva 2004/113).

2.3 Valoración de otros factores de riesgo relacionados –indirectamente– con el género

Por otra parte cabe considerar el concepto legal de discriminación indirecta: *la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúa a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios* (art. 2 b) Directiva 2004/113). Esto quiere decir que una práctica del sector de los seguros puede significar indirectamente una diferencia de trato entre hombres y mujeres: por ejemplo, diferentes precios de las primas según el modelo del coche asegurado significa indirectamente un trato diferente porque estadísticamente está demostrado que los hombres utilizan los modelos de coches que tienen más potencia. La Comisión Europea ha interpretado que este tipo de prácticas que indirectamente significan una diferencia

²⁵ Communication from the Commission... cit., p. 5.

de trato son lícitas si están basadas en un propósito legítimo y los medios para realizar este fin son apropiados y necesarios²⁶. En este sentido cabe considerar que la diferencia en el precio de los seguros según el tipo de coche es una práctica lícita y, aunque signifique indirectamente una diferencia de trato entre hombres y mujeres, el propósito es legítimo y los medios adecuados y necesarios.

V. LAS TENDENCIAS DE FUTURO: DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR)²⁷

1. CONTINUACIÓN DE LAS TENDENCIAS ANTERIORES: EL DERECHO DE LAS DIRECTIVAS Y UN POCO MÁS

El DCFR sigue la misma tendencia que las directivas y ha considerado la eficacia del principio de no discriminación en las relaciones entre particulares. Más concretamente se puede apreciar la influencia decisiva que ha tenido la Directiva 2004/113. Los contratos de bienes y servicios han sido el ámbito de referencia para considerar normalmente la protección contra la discriminación en los negocios cotidianos como ir de compras, a la discoteca o a un restaurante, en la búsqueda de vivienda y en las operaciones con las compañías de seguros y bancos. Esta base legal ha permitido un salto cualitativo que generaliza la protección contra la discriminación en todas las relaciones contractuales. La opción legislativa ha sido considerar el principio de discriminación en todos los *contratos para el público*. Se podría entender en este sentido un principio general que incorpora la razón de igualdad de trato en las bases esenciales de la contratación. Más concretamente, para comprender el planteamiento, bastaría con la referencia sistemática. El libro II DCFR que se refiere a la regulación de los contratos y otros actos judiciales –*contracts and other judicial acts*– tiene un capítulo dedicado expresamente a la regulación del derecho contra la discriminación –*Non-discrimination*– (Chapter 2). El sitio marca también un sello propio. El derecho contra la discriminación forma parte del derecho general de los contratos.

²⁶ Communication from the Commission...cit., p. 6.

²⁷ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law-Draft Common Frame of Reference (DCFR). eds: Von Bar, C., Clive, E., and Schulte Nölke, H., Munich, Sellier, 2009. Basado en parte sobre la revisión de los Principios Lando [Principles of European Contract Law] y en los trabajos realizados por Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group).

El DCFR regula, en primer lugar, el derecho a no ser discriminado: *a right not to be discriminate against on the grounds of sex or ethnic or racial origin in relation to a contract or other act the object of which is to provide access to, or supply, goods or services which are available to the public*» (art. II-2: 101). Por lo demás, el DCFR completa la regulación contra la discriminación con las siguientes normas sobre definiciones y de régimen jurídico: cabe mencionar, en primer lugar, la norma que define los principales formas de discriminación: *directa-indirecta acoso-acoso sexual- y las instrucciones para discriminar* (art. II.-2:102 DCFR). A continuación encontramos las excepciones justificadas de trato desigual (art. II.-2: 103 DCFR). Enseguida aparecen los remedios (art. II.2:104). Y finalmente se encuentra la regla sobre la carga de la prueba (art. II.-2:105 DCFR).

Con sólo una primera lectura de estas referencias normativas se puede comprender que realmente existe continuidad en relación con el derecho legal existente. La regulación que establece el DCFR en esta materia coincide prácticamente con la parte general de las directivas contra la discriminación. Las definiciones de discriminación-excepciones justificadas-regla de la prueba y remedios son muy parecidas. Sin embargo, profundizando un poco más, se comprende que el DCFR también es novedoso en algunos aspectos de la regulación.

En este trabajo quiero subrayar esta perspectiva de futuro. El DCFR es una propuesta académica y no tiene ninguna eficacia jurídica. Sin embargo, tiene importancia porque sistematiza los principios esenciales del Derecho comunitario existente en materia de contratación y, con este punto de partida, realiza un modelo unitario de contrato como referencia a seguir para la futura armonización –o, en su caso, unificación– del Derecho privado europeo. Las directivas comunitarias han tenido fundamentalmente un enfoque vertical y se han ocupado de aspectos concretos de la contratación. Por ello es muy importante la referencia de un modelo unitario de contrato para interpretar y aplicar de mejor manera el derecho existente –con más coherencia– y asimismo podemos andar camino hacia un derecho común con un paso más seguro y criterios decididos con una reflexión previa. Sin duda todo ello tiene un reflejo muy importante en el ámbito de la protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares. Insisto. El DCFR ha significado todavía más las razones de las directivas europeas contra la discriminación. La opción de la propuesta ha sido un principio general de no discriminación como razón esencial de los contratos.

Esta referencia tan importante ha permitido también proponer nuevos aspectos jurídicos que están en la misma línea.

1. OPCIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA

A continuación vamos a destacar algunas peculiaridades conceptuales y de régimen jurídico del texto que ha sido propuesto (DFCR). Muchas de ellas están relacionadas con el derecho anterior y son, por decirlo de algún modo, la tradición heredada de las directivas. Pero no agotan todas las posibilidades y también vamos a comprobar que han ocurrido nuevas aportaciones.

a) Los deberes de igualdad de trato y las prohibiciones de no discriminar ocupan un lugar destacado en la construcción jurídica del contrato y significan límites generales de la autonomía privada (art. II.-2: 102 DCFR). Más concretamente, las libertades características de la contratación –de elegir libremente a la otra parte contratante o la libertad de establecer el contenido del contrato– están limitadas para realizar el derecho contra la discriminación. Desde esta perspectiva se acentúa el carácter excepcional de las diferencias de trato y las justificaciones de estas excepciones exigirán un criterio muy especial.

b) Asimismo hay que señalar el cuidado en distinguir y sistematizar los distintas formas de discriminación: *directa, indirecta, acoso, acoso sexual y las instrucciones para discriminar* (art. II.-2: 102 DCFR). Este aspecto refleja la tendencia de las directivas a proteger a las víctimas de mejor manera –con más sistema–. El intérprete dispone de unas referencias concretas que permiten distinguir mejor las circunstancias discriminatorias en la práctica. Siguiendo también el mismo trazo de las directivas contra la discriminación, se ha establecido una regla que facilita la prueba que debe dar la víctima para actuar la protección contra la discriminación: con muy poca prueba, simplemente probando unos hechos que permiten presumir un trato discriminatorio, el demandante tiene a su favor el sistema de protección y el demandado, para eludir la responsabilidad, tiene que probar una causa concreta que justifica el trato diferente (art. II.-2: 105 DCFR)²⁸. No cabe duda que el derecho contra la discriminación se encuentra muy influido por

²⁸ Todas las Directivas contra la discriminación establecen una regla de estas características que facilita la prueba a la víctima: Directiva 2000/43 (art. 8), Directiva 2000/78 (art. 10), Directiva 2004/113 (art. 9), Directiva 2006/54 (art. 19). Hay también una sentencia muy significativa del TJCE 10 julio 2008 C-54/07 que precisa la interpretación de los «*facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination*».

estas facilidades de régimen jurídico que permiten una protección efectiva contra la discriminación.

c) El artículo II.-2:101 DCFR establece el derecho a no ser discriminado por razones concretas: de «sexo» o «por origen étnico o racial». El Derecho existente en la UE hubiese permitido una actuación mucho más amplia que abarcase otras razones características de discriminación: basadas en la *religión o creencias, discapacidad, edad o orientación sexual* (art. 13 Tratado de Amsterdam). A pesar de esta posibilidades, por ahora, la opción legislativa ha sido una solución más concreta –más moderada–. Esto no impide que la política legislativa europea vaya finalmente más allá y termine prevaleciendo la tendencia a considerar otras razones de discriminación en las relaciones entre particulares. Pero, en este momento, insisto, el diseño académico sólo ha considerado los ámbitos que probablemente son más problemáticos en la realidad europea y ha dejado para después la protección contra las discriminaciones basadas en otras razones que son asimismo importantes, pero quizás un poco menos.

Yo, sin embargo, no estoy de acuerdo con este criterio moderado y considero que se ha perdido la oportunidad de subrayar la importancia de construir una Europa igualitaria y democrática –sin discriminaciones–. Además no sé yo muy bien con qué medida se puede valorar la importancia de las discriminaciones para decidir su protección jurídica de una manera o de otra. No se sabe muy bien por qué merece mejor protección la discriminación por razón de sexo que la discriminación por razón de orientación sexual o por qué merece mejor protección las discriminaciones por razón de origen racial o étnico que las discriminaciones por creencias o convicciones religiosas. No es fácil clasificar el grado de importancia de las razones de discriminación que ocurren en Europa y si la medida no puede ser muy precisa más vale considerar todas para proteger de mejor manera a la persona.

En segundo lugar, el artículo II.-2:101 DCFR significa moderación porque se regula el derecho a no ser discriminado en los contratos «*para el público*». La solución adoptada sigue la tendencia de las directivas y el derecho contra la discriminación se realiza en el ámbito de los contratos en los que hay una oferta pensada en general para los clientes. Esto significa que todavía existe libertad de contratación y de elección en el ámbito de los contratos *intitui personae*: que se celebran en atención a la persona o las circunstancias personales del otro contratante. Igualmente ocurre en los contratos entre particulares de índole privada: cuando las partes o

sus familiares mantienen una relación especial de cercanía o confianza.

d) El artículo II.-2: 103 DCFR regula las *excepciones justificadas* de trato desigual: *Unequal treatment which is justified by a legitimate aim does not amount to discrimination if the means used to achieve that aim are appropriate and necessary*. También en este aspecto existe continuidad con las directivas²⁹. La autonomía privada tiene reconocido todavía cierto margen de actuación y puede realizar un trato desigual justificado por una finalidad legítima y con los medios adecuados y necesarios. De nuevo el principio de proporcionalidad marca la medida de la moderación y habrá que valorar y decidir qué intereses son legítimos para justificar el trato desigual. Deberá considerarse fundamentalmente un conflicto de intereses entre el derecho a no ser discriminado por razón de «sexo» o «origen racial o étnico» y la protección de otros intereses que merezcan especial protección por razones de decencia, privacidad, religión o identidad cultural. Por otra parte, insistimos, para que la excepción esté justificada no es suficiente que la finalidad perseguida sea legítima. Las medidas adoptadas deben ser, además, adecuadas y necesarias. Esta moderación significa una aplicación concreta del principio de proporcionalidad y otra vez el intérprete tiene la tarea de valorar qué medidas concretas pueden adoptarse según estos límites.

No todo es continuidad. El artículo II.-2:101 DCFR es novedoso y, en relación con la regulación de las directivas, da un paso adelante. No establece diferencias de régimen entre las discriminaciones directas o indirectas y, en todos los casos, el trato diferente puede considerarse lícito con base en una causa de justificación –propósito legítimo–. Aunque todavía cabe distinguir desde la perspectiva de la práctica. Las diferencias de trato son excepciones del principio general de no discriminación y deben interpretarse con un criterio restrictivo. Por ello hay que cuidar las tendencias de interpretación. Debe considerarse una razón especialmente importante –excepcional– para legitimar un trato desigual por razón de

²⁹ Las directivas que desarrollan el principio de igualdad de trato autorizan a los Estados miembros a regular una excepción de la prohibición de trato desigual si están justificadas objetivamente y razonablemente por razones ocupacionales. Por ejemplo, la Directiva 2000/43/EC (art. 4) establece que los Estados miembros *podrán disponer que una diferencia de trato basada en las características relacionadas con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto donde se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado*. Semejantes reglas se repiten: Directiva 2000/78/EC (art. 4.1)-Directiva 2002/73/EC (art. 1)-Directiva 2006/54/EC (art. 14.2). En un sentido parecido la Directiva 2004/113/EC establece causas justificadas de trato desigual con fundamento en el principio de proporcionalidad (art. 2. b-art. 4.5).

sexo o de origen racial o étnico. Seguramente las discriminaciones directas siempre serán más difíciles de justificar en la práctica que las discriminaciones indirectas. Unas son más excepcionales que las otras. En este sentido cabe considerar diferencias de orden práctico.

3. EL CIERRE SISTEMÁTICO: LOS REMEDIOS CONTRACTUALES

El planteamiento sistemático influye decisivamente en las consecuencias de régimen jurídico. El derecho a no ser discriminado ocupa un lugar importante en la regulación general del contrato y por ello hay que considerar los atributos correspondientes de un *derecho subjetivo de naturaleza contractual*-. Esta base constituye también una referencia principal para desarrollar la protección contra la discriminación con fundamento en los remedios por incumplimiento de las obligaciones contractuales. Esta perspectiva está claramente reflejada en el artículo II.-2: 104 DCFR:

(1) *If a person is discriminated against contrary to II.-2: 101 (Right not to be discriminated against) then, without prejudice to any remedy which may be available under Book VI (Non-contractual Liability for Damage caused to Another), the remedies for non-performance of an obligation under Book III-Chapter 3 (including damages for economic and non-economic loss) are available.*

(2) *Any remedy granted should be proportionate to the injury or anticipated injury; the dissuasive effect of remedies may be taken into account.*

La protección contra la discriminación significa directamente el remedio característico de la *responsabilidad por incumplimiento*: el cumplimiento *in natura*. En cada caso particular habrá que decidir si este remedio significa una protección *proporcional* y *dissuasoria* contra la discriminación. Y, siguiendo la lógica del contrato que diseña el DCFR, cabe considerar el remedio característico de la indemnización de daños y perjuicios, como el remedio que corresponde en las circunstancias del caso concreto en lugar del cumplimiento *in natura* o como el remedio compatible con el cumplimiento *in natura*. El concepto de daño moral será esencial en la materia. Bastará con valorar con un criterio estricto la gravedad del daño por discriminación y el *quantum* indemnizatorio alcanzará también un valor importante. Ya se sabe que el concepto de daño moral es muy maleable y, con mucho disimulo, se pueden alcanzar,

incluso, las indemnizaciones punitivas: *the dissuasive effect of remedies*. Asimismo el concepto de incumplimiento permite considerar la indemnización de los daños económicos y en este sentido el artículo II.-2:104 DCFR establece expresamente esta razón: *the remedies for non-performance of an obligation under Book III, chapter 3 (including damages for economic and none economic loss) are available*.

También cabe considerar la posibilidad de la resolución del contrato por una conducta discriminatoria y *otros remedios* derivados «naturalmente» del contrato: por ejemplo, la nulidad del contrato que infringe principios fundamentales (art. II.-7:301 DCFR) o la interpretación del contrato a favor de la parte discriminada (II.-8:102 DCFR) o la integración del contrato a favor de la parte discriminada (II.-9:101 DCFR).

Es claro que la construcción jurídica es netamente contractual y permite alcanzar, además de la indemnización del daño, *otros remedios contractuales* que ofrecen una protección muy reforzada contra la discriminación. Por lo demás, esta perspectiva jurídica puede prender perfectamente en las razones esenciales del principio de buena fe en las relaciones contractuales. Los deberes de igualdad de trato y las prohibiciones de no discriminación pueden considerarse como obligaciones que derivan de este principio esencial. Esta tendencia se ha desarrollado en el ámbito de la relación laboral. La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores ha tenido este fundamento general que ha permitido integrar el contrato con deberes legales de protección y reforzar, incluso, el orden legal considerando las obligaciones «implícitas» conforme a la buena fe. Cabe esperar que la misma tendencia ocurra en los contratos para el público. La buena fe en las relaciones contractuales puede facilitar el camino en este sentido hacia la igualdad efectiva.