

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y DERECHO CONTRACTUAL EN LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

I. INTRODUCCIÓN. II. PROHIBICIÓN DE LAS CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS. 1. *Planteamiento general*. 2. *El supuesto de hecho discriminatorio*. 3. *Las consecuencias jurídicas generales derivadas de conductas discriminatorias*. II: IGUALDAD DE TRATO EN EL ACCESO A BIENES Y SERVICIOS Y SU SUMINISTRO. 1. *Prohibición de discriminar versus libertad de contratación*. 2. *La respuesta jurídica frente a la conducta discriminatoria*. *Remedios de derecho privado*.

RESUMEN

La aplicación de la prohibición de discriminación por razón de género en las relaciones jurídicas privadas y, más en concreto, en las relaciones contractuales sometidas al derecho privado general plantea un conflicto de gran trascendencia entre dos principios fundamentales del ordenamiento jurídico español y de todos los de nuestro entorno, incluyendo también el ordenamiento comunitario: la libertad contractual por un lado, y el principio de igualdad por razón de sexo por otro. La Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres no ha sido suficientemente explícita en la resolución del mentado conflicto, por lo que en este trabajo se tratan de analizar los presupuestos y consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias en el ámbito civil y se estudian los remedios que el ordenamiento pone a disposición de la víctima para eliminar los efectos de la citada conducta.

PALABRAS CLAVE: discriminación por razón de sexo, libertad contractual, principio de igualdad, remedios.

ABSTRACT

The application of the prohibition against discrimination based on gender issues in private law relationships and, more in particular, in contractual relationships submitted to general private law, raises a conflict of

paramount importance between two fundamental principles emerging from Spanish law and all our neighbouring regulations, including also the EC law: on one hand, the freedom of contract, and on the other hand, the principle of equality on the grounds of sex. The brand new Spanish Act 'Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres' is supposed to promote the effectiveness of equality between men and women. Moreover, the lawmaker has not been sufficiently explicit in the resolution of the mentioned above divergence, being this feature the departing point in the present paper. Summarizing, the aim of this study is to analyse the prerequisites and legal consequences derived from discriminatory conducts in the private law field and to consider the remedies available to the victim in order to eliminate the adverse effects related to the prior unfair behaviour.

KEY WORDS: Non-discrimination on the grounds of sex, Freedom of contract, Principle of equality, Remedies.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (1) se presenta como una norma transversal tanto en un sentido político, por afectar todos los ámbitos de la realidad social, como en un sentido más genuinamente normativo o jurídico, puesto que atañe, con una combinación de técnicas de cuya bondad no voy a hacer ahora cuestión, a todas las ramas del ordenamiento. No en vano, buena parte de su contenido lo conforma un abigarrado conjunto de disposiciones adicionales que se destinan en su mayor parte a modificar o introducir preceptos en leyes de naturaleza diversa, a fin de acomodar éstas a las exigencias y previsiones derivadas de la propia Ley Orgánica. Algunas de esas consecuencias vienen a su vez condicionadas por el mandato proveniente de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 14 de diciembre de 2004 (2), por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y a su suministro aun cuando, probablemente, las posibilidades de actuación normativa que esta Directiva comunitaria da a los Estados hubieran podido ir bastante más allá de lo que ha hecho el legislador español, como prueban otras experiencias vecinas, singularmente la alemana, de la que también trataré de dar cumplida cuenta.

Volviendo sobre parte de las ideas que ya anticipé en su día en otro trabajo sobre el Proyecto de Ley (3), me centraré en el análisis de las

(1) BOE, 23 de marzo de 2007, pp. 12611 ss.

(2) DOCE nº L 373, de 25 de diciembre de 2004, pp. 37-43.

(3) El trabajo referido en el texto es, M.P. GARCÍA RUBIO, "La igualdad de trato en-

normas de la nueva Ley Orgánica más relacionadas con la contratación civil y mercantil, si bien excluyo ya *a priori* el estudio de las normas especiales dedicadas al contrato de seguro y servicios financieros afines. Anticipo ya desde ahora que tanto la técnica legislativa empleada (4), como el contenido de los preceptos que afectan al objeto de este estudio, adolecen de vicios que tal vez impidan construir lo que pudiéramos llamar un sistema coherente de derecho privado antidiscriminatorio, si bien intentaré hacer algo parecido con las mimbres que nos da el viejo, y en realidad apenas retocado por la nueva regulación, sistema de derecho civil (5).

tre hombres y mujeres y su repercusión en el Derecho de contratos (Análisis del Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE); *La ley*, 2006, pp. D-256, pp. 1657-1667.

(4) Las críticas a la técnica legislativa empleada no se han hecho esperar. En concreto con un planteamiento general lo hizo el Consejo de Estado en el Dictamen emitido en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica (Dictámenes del Consejo de Estado, número de expediente 803/2006, Trabajo y Asuntos Sociales, <http://www.consejo-estado.es>). Desde otra perspectiva A. AGUILERA RULL, "Discriminación directa e indirecta", *InDret*, núm. 396, enero, 2007, www.indret.com, critica en general el método de trasposición de las Directivas antidiscriminación en España, pues según ella, cada una de las leyes que se destinan a este fin dan un concepto de discriminación distinto, diferencia a que a su juicio no está justificada e impide que el derecho antidiscriminación funcione como un sistema cerrado y coherente. La opción unitaria que subyace en la crítica de esta autora es la que ha adoptado el legislador alemán, después de varios intentos infructuosos que se remontan a hace más de una década y que incluso pasaron en 2002 por la tentativa de insertar las nuevas normas antidiscriminación en el BGB, opción que se abandonó con el proyecto presentado en 2004 (*vid.* la exposición del proceso prelegislativo en *vid.* D. SCHIEK, en *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, D. Schiek (Hrsg.), Söller. European Law Publishers, 2007, pp. 10 ss.),. Finalmente, en 2006 se publicó la *Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung* (en adelante, AGG), cuyo fin es prohibir o eliminar la discriminación por razón de raza, etnia, sexo, religión, ideología dispareja, edad o identidad sexual, tal y como reconoce el § 1 de la propia ley. Esta contiene un capítulo 3 dedicado a la protección contra la discriminación en el tráfico jurídico-civil ("Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr"), si bien, como señala la doctrina y tendremos ocasión de comprobar, los tres párrafos incluidos en el citado capítulo (§§ 19, 20 y 21) tienen un objeto mucho más limitado, pues solo se refieren a determinado tipo de contratos ("nur bestimmte Verträge", según señalan H. BAUER/B. GÖPTERT/S. KRIEGER, *AGG, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar*, München, Verlag C.H. Beck, 2007, p. 243); en concreto atañen a contratos de prestación de bienes y servicios en el mercado, lo que autoriza a parte de la doctrina a preguntarse si para ese fin no era suficiente con los mecanismos autoregulatorios del propio mercado (*vid.* D. SCHIEK, *op.cit.*, pp. 313 ss., con exposición de esta tesis desde del análisis económico del derecho).

(5) La pregunta que cumple hacerse, entonces, es si era o no necesaria la introducción de normas especiales de derecho privado destinadas a sancionar la conducta dis-

Para ello dividiré la exposición en dos partes. En la primera (II) trataré de destripar el supuesto de hecho discriminatorio, en especial en las relaciones entre privados y sus consecuencias jurídicas, tal y como se configuran en la Ley Orgánica de igualdad. En la segunda (III) pretendo analizar más en concreto el haz de remedios puestos a disposición de la persona que sufre discriminación por razón de género en una relación jurídica contractual destinada al suministro de bienes o servicios; muchos de estos remedios, como veremos, no aparecen explicitados en el nuevo texto legal y han de derivarse necesariamente del sistema de derecho civil general. Todo ello nos pondrá en evidencia el difícil equilibrio entre libertad contractual y igualdad de trato que, a pesar de todo, los modernos ordenamientos democráticos deben tratar de alcanzar.

II. PROHIBICIÓN DE LAS CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS.

1. Planteamiento general.

Necesariamente debemos tomar como punto de partida el texto del art. 10 de la citada Ley Orgánica 3/2007, situado en el Título I de la Ley y, por tanto, entre sus normas de alcance más general, Bajo la rúbrica "Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias" el citado precepto establece: "Los actos y cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un siste-

criminatoria. En Alemania, una crítica general a la pretensión de lucha contra la discriminación a través de instrumentos de derecho privado, y más en concreto, a través de la imposición de la otra parte contractual, puede verse en E. PICKER, "Anti-discrimination as a Program of Private Law?", *GLJ*, vol. 4, n° 8, august, 2003, pp. 771-784 www.germanlawjournal.com, search Anti-Discrimination, quien además estimaba que la legislación antidiscriminatoria era en verdad innecesaria en el derecho (alemán) privado, pues si este es correctamente interpretado, es autosuficiente para cumplir con las demandas europeas en la lucha contra la discriminación (*ibid.* p. 783). Por el contrario, consideraba que puesto que el sistema jurídico alemán no garantizaba explícitamente la protección contra la discriminación por los entes privados, las Directivas europeas exigían la creación de una nueva pieza legislativa, F. STORE, "Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act: Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law", *GLJ*, vol. 6, n° 2, february 2005, pp. 533-548, www.germanlawjournal.com, search Anti-Discrimination.

ma 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”.

La norma reproducida presenta a mi juicio algunas deficiencias técnicas que dificultan su interpretación y alcance y que en absoluto fueron corregidas en el curso de la tramitación parlamentaria.

Al respecto, es sencillo constatar que la rúbrica del precepto no se corresponde con su contenido. Como primera muestra baste señalar que mientras aquella se refiere con un aparente alcance general a las consecuencias jurídicas de las conductas (parece que todas las conductas) discriminatorias, éste se refiere únicamente a los actos y cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o que causen discriminación, dejando fuera otras muchas conductas posibles que no entran en la categoría de actos jurídicos salvo que se entienda ésta en un sentido muy amplio, como pueden ser disposiciones de naturaleza normativa pública o privada, o ciertas manifestaciones de voluntad o de ciencia de discutible contenido negocial (por ejemplo, expresiones despectivas respecto a un sexo que puedan considerarse discriminatorias, o manifestaciones de voluntad denegando *a priori* la entrada en un establecimiento a las personas de un determinado sexo). En realidad, el texto reproducido parece dar a entender que se quiere sancionar todo tipo de actuación discriminatoria, tanto la derivada de prácticas sistemáticas, como de actuaciones espontáneas, todas las cuales, por hipótesis, pasarían a ser ilícitas (6). Es decir, el término “acto” ha de ser interpretado en un sentido muy amplio (7), en el que estarían incluidos no sólo los contratos y otros negocios jurídicos, sino también cualquier tipo de práctica o actuación discriminatoria pública o privada, con repercusión en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Es más, esta es la conclusión que también cabe derivar de una interpretación sistemática de la ley, ya que en otros preceptos complementarios del que nos ocupa y a los que seguidamente dedicaremos mayor atención, se

(6) La Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso a bienes y servicios y su suministro (presentada por la Comisión), [COM(2003) 657 final] señala que la discriminación sólo existe como acto ilegal una vez que se prohíbe.

(7) Creo que se trataría de una genuina interpretación extensiva de la norma y no de un recurso al método analógico, pues de lo que se trata es de considerar como el significado adecuado de una norma, no el que se deriva de su interpretación literal, sino un significado más amplio (*vid.* M.P. GARCÍA RUBIO, *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, Cálamo, 2002, p. 161).

alude a términos como “actividades” “transacciones” (ambos en el art. 69), o “conductas” (art. 72.1) que van más allá de la mera actuación negocial, aunque evidentemente, también se incluye ésta. En este sentido, puede decirse que el texto español va más allá de lo estrictamente reclamado por la Directiva 2004/113/CE, cuyo art. 13, rubricado por el término “cumplimiento”, establece: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se respete el principio de igualdad de trato en lo relativo al acceso a bienes y servicios y su suministro, dentro del ámbito de la presente Directiva y, en particular, para que: a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad; b) se declaren o puedan declararse nulas, o se modifiquen, todas las disposiciones contractuales en los reglamentos internos de las empresas, así como en las normas que rijan las asociaciones con o sin ánimo de lucro, contrarias al principio de igualdad de trato”.

Aunque desde la perspectiva del Derecho español el significado de la referencia a “... las disposiciones contractuales en los reglamentos internos de las empresas” resulte un tanto confusa, pudiera pensarse que dentro de estas disposiciones que pueden ser declaradas nulas por contrarias al principio de igualdad de trato no se encuentran los actos y negocios individuales celebrados por las empresas. No obstante, aun admitiendo esa discutible interpretación (8), cumple señalar que el art. 7.1 configura la Directiva mentada como una “directiva de mínimos” y que, por tanto, los Estados, y entre ellos el nuestro, pueden establecer disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad entre hombres y mujeres que las previstas en la propia Directiva, por ejemplo, extendiendo la posible declaración de nulidad también a los negocios individuales.

Desde otro punto de vista, existe un segundo motivo de incoherencia entre la rúbrica y el texto del art. 10 Ley Orgánica 3/2007, pues bien parece que la citada rúbrica quiere recoger, con el alcance general que justifica su ubicación, todas las consecuencias jurídicas derivadas de las ya aludidas conductas discriminatorias. Sin embargo, cuando entramos en el contenido del precepto vemos que las consecuencias previstas son únicamente algunas; se dice, en concreto, que los actos y cláusulas “se considerarán nulos y sin efecto” y que “darán lugar a responsabilidad”, añadiendo a continuación que esa responsabilidad se encauzará “a tra-

(8) Repárese en que el precepto transcrito anticipa la enumeración contenida en las letras a) y b) con la fórmula, “en particular”, lo que significa que no se trata de un elenco de carácter exhaustivo.

vés de un sistema de reparaciones o indemnizaciones ..." así como, en su caso, "a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones...". El lector avisado intuye ya que las consecuencias jurídicas aquí previstas no agotan todas las posibles, y que aun limitando nuestro análisis al derecho civil, el supuesto de hecho discriminatorio previsiblemente puede acarrear un haz de consecuencias más amplio.

Por otro lado, pudiera decirse que en el art. 10 de la ley se hace alusión tanto a la responsabilidad civil destinada a reparar los daños causados y por tanto con eficacia *ex post*, como al sistema de responsabilidad penal y administrativa concretado en el sistema "eficaz y disuasorio de sanciones" que actuaría básicamente *ex ante*, es decir, con carácter preventivo (9). Esta interpretación, que se ajusta bien a los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, plantea no obstante algunos problemas de coherencia con las normas comunitarias de las que traen causa algunas de las contenidas en la Ley Orgánica 3/2007, precisamente en lo que atañe al alcance y características de la indemnización debida a la víctima de la discriminación. También sobre esta cuestión hemos de reincidir.

En fin, que si lo que se pretendía con el art. 10 de la Ley Orgánica 3/2007 era codificar el sistema de remedios ante la conducta discriminatoria, entendiéndolo por éstos, al modo anglosajón, que está también abriéndose paso en nuestra literatura jurídica, el conjunto de medidas destinadas a dar satisfacción al titular de un derecho que ha sido violado por el sujeto pasivo (10) la fórmula utilizada debió ser otra. Debió ser una fórmula lo suficientemente amplia como para incluir en su seno una verdadera "garantía de indemnidad" entendiéndolo por ésta la que consigue la protección material *tout court*, ante la violación del de-

(9) Dentro de estas últimas se enmarcarían disposiciones como el art. 512 del Código Penal, que no resulta afectado por la nueva LO, también aplicable en caso de discriminación por razón de sexo, y que ya ha sido objeto de aplicación por el Tribunal Supremo (vid. M. P. GARCÍA RUBIO, "La igualdad de trato...", *loc.cit.*, p. 1662).

(10) La terminología se ha generalizado entre nosotros, sobre todo, en sede de responsabilidad contractual, que va dejando de ser considerada como sinónimo de la consecuencia meramente indemnizatoria, para pasar a denominar el conjunto sistemático de respuestas que da el sistema (remedios) ante el incumplimiento de la obligación (vid., por ejemplo, A. M. MORALES MORENO, "Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria", en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pp. 55 y ss., espec. p. 57, trabajo antes publicado en el *Libro Homenaje a Manuel Amorós Guardiola*. Por su parte, utiliza precisamente el término "remedios" para aludir a las clases de satisfacción previstas por el ordenamiento para el supuesto de violación de un derecho fundamental, L. M. DIEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 95.

recho, efectiva o posible (11) y, en consecuencia, se destina a garantizar la prohibición de las conductas discriminatorias, la evitación de las que puedan producirse en el futuro, la nulidad y falta de efectos de las producidas, así como su sanción, y el restablecimiento íntegro de la situación anterior a la violación del derecho, incluyendo la indemnización de los daños y perjuicios causados al sujeto discriminado.

2. El supuesto de hecho discriminatorio

En el antes reproducido art. 10 de la Ley Orgánica 3/2007 se distinguen como supuestos de hecho diferenciados los actos y cláusulas de negocios que constituyan discriminación de aquellos otros que la causen. Ya se ha anticipado que entre los actos se han de entender incluidas las prácticas discriminatorias y cualquier actuación más allá de la estrictamente negocial, aunque desde luego, también se incluye ésta. Entramos ahora a considerar la posible diferencia entre aquellas situaciones que “constituyan” discriminación, y aquellas otras que la “causen”. Ciñéndonos al ámbito estrictamente jurídico-privado, y de manera intuitiva, señalé en su momento que lo primero se derivará más frecuentemente de ciertas prácticas o actuaciones –como si en el club A no se permite la entrada de mujeres, por ejemplo– así como de cláusulas negociales directamente discriminatorias –algo así como “este bien o servicio sólo se prestará a hombres, y en ningún caso a mujeres”–. Por su parte, las actuaciones y el contenido negocial que puede actuar como factor causal de una discriminación más bien nos conducirán a supuestos de discriminación indirecta en el sentido reconocido en el art. 6.2 de la propia Ley Orgánica –un caso clásico sería la oferta de contratación, por ejemplo, de un arrendamiento de una vivienda por parte de

(11) El Consejo de Estado entiende en su Dictamen al Anteproyecto que estuvo en el origen de la Ley Orgánica que el art. 10 recoge precisamente la “garantía de indemnidad” (Dictámenes del Consejo de Estado, número de expediente 803/2006, Trabajo y Asuntos Sociales, <http://www.consejo-estado.es>). Según se expone en el texto, dicha garantía tiene un contenido más complejo que el recogido de modo expreso en citado art. 10. En realidad la “garantía de indemnidad” constituye una construcción del Tribunal Constitucional derivada del art. 24.1 de la CE conforme a la cual del ejercicio de las acciones judiciales o de los actos preparatorios o previos a éstas, así como cualquier otra acción similar ante las autoridades administrativas competentes, no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones laborales para la persona o personas que las protagonizan [STC (Pleno) 16/2006, 19 de enero de 2006, *BOE*, 15 de febrero, 2006; STC (Sala Primera) 120/2006, de 24 de abril, *BOE*, 26 de mayo]. La expresión se utiliza en el texto en un sentido mucho más amplio.

su propietario sólo con quien tuviera un trabajo a tiempo completo, siendo así que estadísticamente, las mujeres trabajan a tiempo parcial en un porcentaje mucho más alto que los hombres—.

En relación con el primer tipo de discriminación, el párrafo primero del art. 6 de la Ley Orgánica dispone que “se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable”. La interpretación de esta norma, siguiendo los criterios de A. Aguilera Rull, exige un juicio de comparación entre la situación de la presunta víctima y otra situación real o meramente hipotética, bastando además con que exista el riesgo de que el trato menos favorable pueda darse, aunque efectivamente éste no se haya producido (12). Esta última apreciación tiene un alto interés para nuestro estudio, pues, según la propia autora, podría darse el caso de que el demandado como autor de una discriminación directa tuviera que responder de un comportamiento inexistente, incluso indemnizando un daño que no se ha producido (13), lo cual, de ser cierto, sería del todo excepcional en nuestro sistema de responsabilidad civil, uno de cuyos presupuestos ineludibles es la existencia efectiva de un daño. Volveré más adelante sobre este asunto.

En cuanto a las posibles prácticas, actos o negocios indirectamente discriminatorios, se debe recordar que, según el art. 6.2 de la Ley Orgánica “se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas de otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”. Por consiguiente, las posibles actuaciones indirectamente discriminatorias han de estar sometidas, también desde el derecho privado, al filtro que supone el criterio de la justificación objetiva señalado en la parte final de este precepto y que se concreta cumulativamente en la persecución de una “finalidad legítima” y en la utilización de medios “necesarios y adecuados”.

(12) A. AGUILERA RULL, “Discriminación directa e indirecta”, *InDret*, núm. 396, enero, 2007, www.indret.com

(13) A. AGUILERA RULL, *loc.cit.*, p. 6. La autora lo descarta seguidamente, al entender que existe un error de traducción en la versión española de la Directiva que ha conducido, asimismo, a una formulación errónea de la ley española, lo que obligaría a hacer una interpretación restrictiva del precepto, reduciendo su aplicación a los casos donde efectivamente hubiera existido efectivamente un trato menos favorable.

rios y adecuados” para alcanzar dicha finalidad, conceptos jurídicos en principio indeterminados, pero que cuentan ya con una amplia tradición en las normas antidiscriminación, y muy especialmente, en las decisiones emanadas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (14).

3. Las consecuencias jurídicas generales derivadas de conductas discriminatorias.

Una vez descrito el supuesto de hecho de la norma, el art. 10 de la Ley Orgánica de igualdad, establece las consecuencias jurídicas que llevan aparejadas esos actos o negocios constitutivos o causantes de la discriminación. Aquí de nuevo destaca la falta de rigor técnico del legislador, el cual establece dos consecuencias en principio típicamente civiles: la nulidad y carencia de efectos del acto o cláusula discriminatoria, por un lado, y la responsabilidad civil por el daño causado, por otro. Sobremanera, junto a tales consecuencias propias del derecho privado, se impone también, en su caso y en principio como parte del régimen de responsabilidad, un sistema “eficaz y disuasorio” de sanciones que, a pri-

(14) A. AGUILERA RULL, *loc. cit.*, pp. 14-16, quien señala, después del análisis de algunas sentencias, que el Tribunal de Justicia lleva a cabo un control bastante laxo de los motivos que han podido llevar a la adopción de una medida con repercusión distinta sobre hombres y mujeres. Lo que no acepta es que se evada la prueba de la existencia de una finalidad legítima y la proporcionalidad de los medios elegidos para la consecución de ésta, con la ayuda de afirmaciones que no tienen en cuenta la situación concreta. Dudo que estos criterios hayan sido respetados en el relativamente reciente Auto del Tribunal Constitucional de 27 de marzo de 2007 (<http://www.tribunalconstitucional.es/AUTOS2007/ATC2007-200.html>), en el que se decidió no admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un juzgado de lo social, a propósito del art. 140.2, en relación con el 109.1, apartado 1, ambos del Texto refundido de la Ley de Seguridad Social. La cuestión se planteaba la posible vulneración del artículo 14 de la Constitución por el hecho de que los mencionados artículos de la LGSS establecen que cuando el trabajador haga uso del derecho de reducción de jornada por cuidado de hijos o de otras personas, el cómputo de las cotizaciones a la Seguridad Social se hará en proporción a la reducción de salario que tal reducción de jornada legalmente conlleva. El Pleno del Tribunal Constitucional estima que no hay visos de inconstitucionalidad, ya que el resultado descrito se deriva del principio de contributividad, cuya vigencia no choca con el art. 14 CE. La Presidenta del Tribunal, María Emilia Casas Baamonde, y la Magistrada Elisa Pérez Vera, formularon voto particular discrepando de la opinión mayoritaria, aludiendo en él a una posible situación de discriminación indirecta, en la medida en que son las mujeres quienes mayoritariamente se acogen a esa reducción de jornada y quienes, en consecuencia, mayoritariamente ven reducidas sus prestaciones de la Seguridad Social.

mera vista, poco o nada tiene que ver con el derecho privado y que, por añadidura, parece destinado en exclusiva a prevenir la realización de futuras conductas discriminatorias. Tal vez la justificación de tal conjunto puede venir de ese pretendido alcance general de la norma al que ya se ha hecho mención, de suerte que el precepto recogería todas las posibles consecuencias jurídicas (civiles, penales y administrativas) de todo tipo de situaciones y actuaciones discriminatorias, pues en puridad, la nulidad y carencia de efectos, como pone de manifiesto el Consejo de Estado, puede proyectarse sobre todas las ramas del ordenamiento jurídico, con una eficacia potencial que el órgano consultivo se atreve a calificar de “descontrolada” (15). Desde mi punto de vista no parece que esa mezcolanza de efectos sea la más aconsejable a la hora de redactar una norma legal que, con este tenor, más que prescribir algo, termina siendo algo así como una declaración de principios en buena medida vacía de contenido normativo (16). De hecho la misma Directiva 2004/113/CE, a pesar de que por su propia naturaleza requiere un menor grado de concreción técnica que el reclamado por una disposición de ámbito interno, regula de manera bien diferenciada los efectos indemnizatorios (art. 8.2), la supresión de las disposiciones legales y administrativas (art. 13 a), la posible nulidad de las cláusulas contractuales y organizativas (art. 13 b) y las medidas sancionadoras (art. 14).

Al hilo de lo que se acaba de exponer, se debe hacer notar que en el Derecho español pueden darse algunos problemas con la trasposición de la Directiva, en este caso de su art. 14, el cual ordena a los Estados miembros que determinen el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la

(15) Consideración Novena del Dictamen citado, en la que el Consejo de Estado se muestra muy crítico con la sanción de nulidad de todos los actos y negocios que constituyan discriminación, por su excesiva generalidad, su falta de concreción fuera de la relación laboral, y su colisión con el principio de seguridad jurídica, de suerte que su recomendación fue la de la supresión de este precepto del articulado de la ley.

(16) La existencia de disposiciones dentro del articulado de la ley que finalmente quedan vaciadas de su fuerza normativa fue puesta ya de manifiesto en su Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica por el Consejo de Estado; de hecho el art. 10 es un ejemplo paradigmático de artículo aparentemente preceptivo que inserto en el articulado con vocación de generalidad, ha de tener un diverso alcance según la materia de que se trate, de forma que será en los preceptos relativos a cada una de esas materias (en el caso del Derecho civil los arts. 69 a 72, fundamentalmente) y no en el propio art. 10 donde habrán de buscarse las consecuencias jurídico-civiles de las prácticas, actos y negocios discriminatorios. La duplicidad normativa y los problemas que esta genera en el propio texto de la Ley Orgánica son puestos de relieve, entre otras, en la Consideración Quinta *in fine*, del mencionado Dictamen.

presente Directiva, añadiéndose más adelante que “Las sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias...”. Sin perjuicio de dejar para más adelante los comentarios sobre esta referencia a la indemnización a la víctima como sanción, repárese en este momento en que la Ley Orgánica de igualdad renuncia a establecer un régimen sistemático y más o menos completo de infracciones y sanciones administrativas represivas de las conductas discriminatorias, aunque sí hace algunas referencias concretas. Ciñéndome al ámbito más relacionado con el derecho privado es remarcable el contenido de la Disposición adicional vigésimo quinta, que da un nuevo contenido al apartado 10 del art. 34 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (17) y a cuyo tenor se considerarán infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios “las conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y la prestación de los servicios, y en especial las previstas como tales en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, infracciones que después de recibir la pertinente calificación (18), serán sancionados con multas en los términos del art. 36 de la LGDCU.

II. IGUALDAD DE TRATO EN EL ACCESO A BIENES Y SERVICIOS Y SU SUMINISTRO

1. *Prohibición de discriminar versus libertad de contratación.*

El proceso de elaboración de la Directiva puso de manifiesto la dificultad de conciliar de manera ponderada dos realidades concurrentes y aparentemente contradictorias. Por un lado, la experiencia contrastada en todos los países de nuestro entorno, en los que se detectan conductas discriminatorias en el acceso a bienes y servicios; por otra la existencia de un principio irrenunciable en los ordenamientos jurídicos de esos mismos países, la libertad de contratación, que debe incluir la libertad de elegir a la otra parte contratante (19). Algunos supuestos de hecho, todos

(17) Pasando el actual apartado 10 a constituir un nuevo apartado 11.

(18) Según el art. 35 de la LGDCU, de conformidad con el cual “las infracciones se calificarán como leves, graves y muy graves, atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y la reincidencia”.

(19) En tal sentido, entre otros, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *ADC*, 1993, pp. 57-122, espec. p. 93.

ellos reales y que pueden servir para ilustrar la primera de las circunstancias son, por ejemplo, el negar una hipoteca a una embarazada, el negar un crédito a quien trabaja a tiempo parcial (lo que constituye, como ya se anticipó, un caso claro de discriminación indirecta, puesto que la mayor parte de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres), el exigir a una mujer un avalista para la concesión de un crédito, mientras que no se le exige a un hombre en situación similar, el practicar acoso sexual a la arrendataria por parte del casero hombre, o el distinto trato a hombres y mujeres en el sistema de seguros (20). La interdicción de estas conductas por el Derecho parece chocar de frente con la libertad de contratación, derivada del principio de autonomía privada sancionado también jurídicamente en nuestros ordenamientos desde un máximo nivel. De hecho en la literatura jurídica española algunas voces muy autorizadas rechazan que el art 14 de la CE, recipiente del principio de igualdad formal en el texto constitucional (21), pueda vincular a los particulares, sencillamente, en palabras de L. M. Díez-Picazo, porque la eventual eficacia horizontal o entre particulares del principio de igualdad ante la ley resultaría incompatible con la autonomía de la voluntad y, en definitiva, cercenaría la libertad en las relaciones privadas (22), si bien este mismo autor reconoce a continuación que el Tribunal Constitucional ha admitido excepciones a esta regla en materia laboral, diciendo además en ocasiones que, tratándose de relaciones entre particulares, sólo hay discriminación cuando se emplea uno de los criterios de diferenciación expresamente prohibidos entre los que, como es de sobra sabido, se encuentra el sexo. Por mi parte ya tuve ocasión de manifestarme en su día de manera mucho menos tajante en relación con la eficacia horizontal del mencionado art. 14 (23). Como entonces señalé, cualquier tipo de eficacia, directa o indirecta, de un derecho fundamental en las relaciones entre sujetos privados puede llegar a chocar con el principio de autonomía privada, también con protección constitucional, por lo que ha de ser el legislador quien deba concretar cuándo esa libertad o autonomía debe de ceder y

(20) Ejemplos todos ellos extraídos de la experiencia de distintos organismos independientes de promoción de la igualdad de trato existentes en los Estados miembros [COM(2003) 657 final, p. 11].

(21) Vid. A. RUBIO CASTRO, "El derecho a la igualdad y a la no discriminación", *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 927-977, *passim*.

(22) L.M. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 197

(23) M.P. GARCÍA RUBIO, "La eficacia *inter privatos* (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales", *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 297-314.

qué medida por causa de otro derecho fundamental (24). Pues bien, en punto al acceso a bienes y servicios el límite a la libertad contractual derivado de la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres se trazará a partir de la nueva Ley Orgánica 3/2007 por las normas en ella contenidas y más en concreto, en sus arts. 69 a 72 de la citada Ley Orgánica, al que cabe añadir, en la medida en que sea posible su aplicación al caso concreto, el ya reproducido art. 10.

El art. 69 se limita en sus tres párrafos prácticamente a transcribir otros tantos preceptos del texto de la Directiva (25). A tenor del primer párrafo del citado art. 69, “todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligados en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo”.

Por consiguiente, la aprobación de este precepto va a significar la vinculación al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el acceso a bienes y servicios, no sólo por parte de las personas jurídico-públicas, ya sometidas al mencionado principio por obra de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones verticales entre el Estado y los particulares (26), sino también por parte de los sujetos privados, ya se trate de personas físicas o jurídicas (27).

Para situarnos en el marco de la nueva regulación, se debe señalar que ha de tratarse de sujetos que suministren bienes o servicios “disponibles para el público” (28). Esta fórmula, tomada directamente de la Directiva significa, según aclaran los trabajos preparatorios de ésta, que

(24) M.P. GARCÍA RUBIO, “La eficacia *inter privatos* ...”, *loc.cit.*, p. 310.

(25) Respectivamente los arts. 3.1, 3.2 y 4.5 de la Directiva.

(26) Como ya anticipaba en M.P. GARCÍA RUBIO, “La eficacia *inter privatos*...”, *loc.cit.*, p. 307. Pues también las administraciones públicas y las empresas públicas pueden ofrecer bienes o servicios a través de contratos sometidos a la interdicción de discriminación (en el mismo sentido, para el caso alemán, D. SCHIEK, *op.cit.*, pp. 327-328).

(27) La fórmula utilizada en el art. 3.1 de la Directiva es un poco más alambicada al establecer “...la presente Directiva se aplicará a todas las personas que suministren bienes y servicios disponibles para el público, con independencia de la persona de que se trate, tanto en lo relativo al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en ese contexto”.

(28) Como señala G. MAIER-REIMER, “Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr”, *NJW*, 36-2002, pp 2577-2656, espec. p. 2577, la Directiva 2004/113 no define su ámbito de aplicación por el objeto, sino por los sujetos a los que

la limitación no es aplicable a las transacciones que se lleven a cabo en un marco puramente privado, como por ejemplo, el alquiler de una vivienda de vacaciones a un miembro de la misma familia o el de una habitación en una casa particular, de modo que el ámbito de aplicación de la nueva regulación se restringe así a los bienes y servicios que se ofrecen habitualmente mediante pago (29). La norma de trasposición alemana, por ejemplo, formula el límite de manera directa al excluir del campo de aplicación de la regla que prohíbe la discriminación en el tráfico jurídico privado, las relaciones jurídico-obligatorias de ámbito familiar y sucesorio (§ 19.4 AGG) y aquéllas en las que exista una especial relación de proximidad o de confianza entre las partes o sus parientes (§ 19.5 AGG, si bien en este caso se establece una regla especial para el alquiler de viviendas) (30), de suerte que en este ámbito más íntimo el tratamiento discriminatorio debe ser aceptado (31).

Fuera de este ámbito estrictamente privado parece que cualquier sujeto tanto de naturaleza jurídica pública como privada que ofrezca bienes y servicios en el mercado estará obligado en sus actividades y, en su caso, en las relaciones jurídicas que entable, por el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, concretado en la prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de género. Veremos sin embargo seguidamente que, a pesar de la extraordinaria amplitud de la formulación en el texto legal español, los principios generales que rigen las relaciones civiles nos van a obligar a realizar una interpretación un poco más ajustada.

Para empezar, la fórmula genérica utilizada tanto por la Directiva como por nuestra Ley Orgánica “disponibles para el público”, no deja del todo claro si quedan fuera de su ámbito los bienes y servicios suministrados por los clubs privados, así como algunos bienes o servicios cuando se destinan específicamente a hombres o a mujeres (por ejemplo, una

va dirigida. Para F. STORE, *loc.cit.*, p. 540 y 543, la fórmula “bienes y servicios disponibles para el público” significa que sólo los suministradores de bienes y servicios que no tienen la consideración de “consumidores” están vinculados por las normas antidiscriminatorias.

(29) Comentario a la propuesta de Directiva [COM (2003) 657 final, p. 13]. De esta forma el concepto de bienes y servicios tiene el mismo significado que en el art. 3.1. h) de la Directiva 2000/43/CE del Consejo (DOCE L 180, de 19 de julio de 2000, pp. 22-26).

(30) Sobre ambas exclusiones, H. BAUER/B. GÖPTERT/S. KRIEGER, *op.cit.*, p. 247 ss; sin embargo, G. MAIER-REIMER, *loc.cit.*, p. 2580, las considera innecesarias y hasta inconvenientes, en la medida en que este tipo de negocios nunca podrán ser considerados “*Massengeschäfte*”.

(31) F. STORE, *loc.cit.*, p.539-540 y doctrina allí citada.

peluquería de señoras). En la Propuesta de Directiva era evidente que este tipo de situaciones quedaban al margen de la regulación (32). En el texto final de la Directiva la cuestión se pretende solventar con la previsión de su art. 4.5, el cual establece como regla de inclusión/exclusión en su ámbito de aplicación un principio de proporcionalidad, según el cual “la presente Directiva no prohíbe las diferencias de trato cuando la prestación de bienes y servicios de forma exclusiva o principal a las personas de uno de los sexos esté justificada por un propósito legítimo y los medios para lograr ese propósito sean adecuados y necesarios”. La norma es prácticamente calcada a la que recoge el párrafo tercero del art. 69 de la Ley Orgánica, de conformidad con la cual “no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, 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”. Pienso que la diferencia de que la norma comunitaria plantee la excepción refiriéndose a la prestación de bienes y servicios, mientras que la española lo haga refiriéndose al acceso a los mismos, no resulta relevante a los efectos que nos ocupan, por más que, dado que se trata de perfilar los límites entre la autonomía privada y el principio de igualdad por razón de género, sea aquella y no ésta la formulación que puede considerarse más correcta. Por consiguiente, el propósito legítimo y la adecuación y necesidad de los medios para alcanzar ese propósito, constituyen los parámetros para medir la legitimidad de la discriminación (33). Como se anticipó se trata de conceptos jurídicos indeterminados, por lo que aun cuando cuenten con un bagaje jurisprudencial importante para concretar su alcance, es más que probable que las diferenciaciones admisibles hayan de ser juzgadas caso por caso. No obstante, en este punto conviene señalar que el Considerando número 16 de la Directiva menciona como propósitos legítimos a los efectos que nos ocupan la protección de las víctimas de la violencia por razón de sexo en supuestos como la 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 género o de los intereses de los hombres o de las mujeres (por ejemplo, organización de voluntarios del mismo sexo), la libertad de asociación (en los ca-

(32) Decía el art. 1.3 de la Propuesta que “la Directiva no impedirá diferencias relativas a bienes o servicios destinados a exclusiva o fundamentalmente a hombres o a mujeres, ni a actividades que se practican de modo distinto con hombres y con mujeres, por lo que ambos no están en una situación comparable”.

(33) M.P. GARCÍA RUBIO, “La igualdad de trato...”, *loc.cit.*, p. 1661.

sos de afiliación a clubes privados para un solo sexo) o la organización de actividades deportivas (por ejemplo, acontecimientos deportivos para uno de los sexos) (34). Si todas estas excepciones se consideran justificadas en el ordenamiento jurídico español quedarían excluidas de la nueva normativa y, en su caso, de las sanciones consiguientes, algunas situaciones controvertidas como el rechazo de miembros femeninos en ciertas asociaciones recreativas o culturales. No obstante, es de notar que en nuestro Derecho interno existen ya varias resoluciones judiciales que han considerado nulos algunos actos administrativos que impedían la participación de mujeres en acontecimientos festivos y culturales como el Alarde de Irún (35) o el de Hondarribia (36), si bien hay que resaltar que en estos casos la conducta tildada de discriminatoria corresponde a una Administración Pública y el alto Tribunal no se pronunció en estos casos sobre la imposibilidad de pertenencia y participación de las mujeres a las asociaciones privadas que dan soporte a estas celebraciones. Con posterioridad a estos pronunciamientos jurisprudenciales se ha publicado en el País Vasco la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (37) que, entre otras normas destinadas a favorecer la incorporación de las mujeres al movimiento asociativo, incluye la prohibición de organización y realización de actividades culturales en espacios públicos en las que no se permita o se obstaculice la participación de las mujeres en condiciones de igualdad con los hombres, sin establecer ninguna excepción (art. 25.1, párrafo segundo, de la mencionada ley) (38). Por ello no deja de resultar decepcionante la reciente STS (Sala 3ª) de 15 de enero de 2007 (39), de nuevo referida al asunto de la participación de las mujeres como soldados en el Alarde de Hondarribia (40), y la cual desestima el recurso de casación interpuesto por una asociación donde se

(34) En el caso de la ley alemana el negocio discriminatorio no se considera ilícito cuando tiene un fundamento objetivo (*“ein sachlicher Grund”*) citándose, entre éstos, la evitación de un peligro, la prevención de un daño u otros fines similares, la necesidad de protección de la intimidad o la seguridad personales (§ 20.1, reglas 1 y 2 AGG).

(35) STS 19 de septiembre 2002, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2002\9110.

(36) STS 13 de septiembre 2002, *Aranzadi Westlaw* RJ 2002\10198; *vid. también* STS de 2 de junio 2003 (RJ 2003\4368)

(37) BO. País Vasco 2 marzo 2005, núm. 42, [pág. 3217]; *rect. BO. País Vasco* 12 mayo 2005, núm. 88 [pág. 8262] (castellano).

(38) En mi opinión, en la medida en que la Directiva 2004/113/CE se configura como una Directiva de mínimos decisiones y disposiciones como las señaladas son perfectamente conformes con el Derecho comunitario.

(39) *Aranzadi Westlaw*, RJ 2007\1278.

(40) Si bien los hechos se remontaban a septiembre de 2001, fecha de la autorización de la celebración por el Alcalde de Hondarribia

recurrían las decisiones judiciales precedentes que habían admitido la licitud de la autorización por el Alcalde de la celebración del Alarde organizado por una entidad privada y que excluía la participación de las mujeres como soldados. A juicio del Alto Tribunal el hecho de que la organización del Alarde estuviese trasladada ahora al ámbito privado y que la intervención municipal se limitase a la autorización prevista por la legislación autonómica relativa, entre otros, a los desfiles en la vía pública, justifica la licitud de la actuación, considerando que el principio de igualdad no se opone a que entidades particulares promuevan o celebren actos en la vía pública con restricciones o límites en su participación, si bien el Ayuntamiento sí ha de ejercer sus potestades asegurando que quienes deseen contribuir a la celebración desde postulados distintos, puedan igualmente hacerlo (41). Tengo para mí que ni la mencionada ley vasca de igualdad, ni la Ley Orgánica 3/2007, se cohonestan bien con este modo de razonar.

Pero volviendo al ámbito que nos ocupa, el del acceso y suministro de bienes y servicios, es palmario que en los supuestos que entren en el campo de aplicación de la Directiva 2004/113/CE y, por lo tanto, en sus normas estatales de transposición, el oferente o suministrador de los bienes o servicios de que se trate ve limitada su autonomía privada por el principio de no discriminación por razón de sexo. Tal evidencia hace difícilmente comprensible un precepto como el contenido en el párrafo segundo del art. 69 de la Ley Orgánica, muy similar al 3.2 de la Directiva, conforme al cual “lo previsto en el apartado anterior no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando la elección no venga determinada por su sexo” (42).

(41) Esta sentencia resulta especialmente interesante porque se detiene con cierta dedicación en asunto de la eficacia entre privados del principio que prohíbe la discriminación por razón de sexo. Así, entre otras afirmaciones, señala “La prohibición de discriminación por razón de sexo establecida por la Constitución no juega sólo en el ámbito público. Sin embargo, su proyección en el plano privado no significa que toda actividad que lleven a cabo particulares y suponga la intervención de una pluralidad de personas exija una determinada participación de hombres y mujeres si es que sus promotores no la contemplan o no la consienten. Será preciso examinar, en cada caso, cuál es la naturaleza de la relación entre particulares de que se trata, qué circunstancias concurren en ella y, muy especialmente, si se ven afectados otros derechos de quienes reclaman el trato igualitario y si sus pretensiones entran en conflicto con los de quienes conciben la actividad en cuestión” (Fundamento de Derecho noveno).

(42) De conformidad con el art. 3.2 de la Directiva, “la presente Directiva no afectará a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante”.

Entendido en su sentido literal el precepto puede llevar al absurdo puesto que, por un lado, está claro que la norma general que limita la autonomía privada por aplicación del principio de igualdad de trato supone un límite a la libertad contractual y, por otro, acabamos de ver que determinadas elecciones de contrapartes en una relación jurídica patrimonial (suministros de bienes o servicios y actividades relacionadas) pueden venir determinadas por el sexo de la contraparte en cuestión y, a pesar de ello, considerarse lícitas si están justificadas por un propósito legítimo y utilizan medios adecuados y necesarios. A mi juicio el Preámbulo de la Directiva nos proporciona algún indicio sobre el adecuado alcance de esta previsión, al indicar en su Considerando número 14 que la libertad contractual incluye la libertad de elegir a la parte contratante, de tal suerte que una persona que suministre un bien o un servicio puede tener una serie de razones subjetivas que le lleven a elegir a determinada persona como parte contractual y, en cambio, a rechazar a otra u otras. La nueva regulación no pretende limitar esa libertad de elección salvo que la misma se base única y exclusivamente en el sexo de la persona aceptada y/o rechazada (43), de suerte que su particular voluntad de elección pretenda convertirse en regla con efectos discriminatorios (44), afectando así a la dignidad como persona de los sujetos no elegidos (45).

Por otro lado, parece sensato que el precepto que se acaba de reproducir no pueda llegar a impedir la realización de los llamados negocios personalísimos, en los que la consideración de la persona que va a actuar como contraparte es esencial para la configuración misma de la relación negocial. Por eso es mucho más exacta la formulación de la ley alemana que limita su aplicación a estos efectos (además de a los con-

(43) Sin que ello sea adecuado ni necesario, según se desprende del ya mentado Considerando número 16.

(44) I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, a pesar de partir de que la ley no puede proyectar sobre la genérica libertad de los particulares la prohibición de discriminación, termina estimando que la particular voluntad discriminatoria no puede convertirse en regla con efectos discriminatorios, y específicamente en regla que se impone a los demás ("Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 3, 1999-1, pp. 193-211, espec. p. 2000).

(45) Como señalaba ya hace más de diez años J. ALFARO ÁGUILA-REAL, "Autonomía...", *loc.cit.*, p. 107, "...en nuestro ordenamiento no es aceptable una negativa a contratar que atente contra la dignidad de la persona, sencillamente, porque no puede recuperar dicha dignidad dirigiéndose a otro competidor", añadiendo a continuación que "supone un ejercicio anticonstitucional del derecho a (no) contratar la negativa a contratar que signifique tratar vejatoriamente a otro particular, tratarle como si no fuera un ser humano".

tratos de seguro privados) a los negocios de masa (*Massengeschäfte*), que pueden referirse a una multiplicidad de casos (*Vielzahl von Fällen*) sin consideración a la persona o en los que esta consideración tiene un papel secundario (46), según se establece en el § 19.1 AGG. Bajo estas premisas, en la nueva regulación deberán incluirse la mayor parte de los contratos de consumo de bienes y servicios, como los que dan acceso a transporte público, a bares, restaurante, hoteles o análogos contratos de hostelería, contratos turísticos y de servicios relacionados con el ocio, arrendamientos, contratos bancarios, así como los negocios de compraventa de todo tipo de bienes o de prestaciones de servicios ofrecidos al público en general (47).

2. La respuesta jurídica frente a la conducta discriminatoria. *Remedios de derecho privado*

Como bien señala S. Lieble, la regulación jurídica contra la discriminación sólo puede ser efectiva si el sistema legal pone a disposición de las personas afectadas remedios eficientes para exigir sus derechos (48). Trataré de esbozar qué tipo de remedios de naturaleza privada brinda el ordenamiento jurídico español a la persona que sufra discriminación por razón de género en el acceso a bienes y servicios; sólo tras su recuento y análisis estaremos en condiciones de decidir si nuestro ordenamiento privado responde o no de manera efectiva ante la discriminación por razón de género.

Aunque sea el Título VI de la Ley Orgánica 3/2007 el dedicado a la igualdad de trato en el acceso a los bienes y servicios y su suministro,

(46) Papel secundario de la consideración de la persona a la luz, no de cualquier criterio, sino precisamente de los citados en la AGG como causantes de discriminación (raza, religión, sexo, etc.). Com dice G. MAIER-REINER, *loc. cit.*, p. 2579, en un contrato por el que una entidad bancaria se decide a conceder un crédito a un cliente la consideración de la persona de dicho cliente es relevante, pero no en atención a los criterios antes citados. Este último tipo de contrato en el que la consideración de la persona tiene un papel secundario es denominado por algunos "Beinahe-Massengeschäft" (D. SCHIEK, *op.cit.*, pp. 329-330).

(47) En tal sentido, para el caso alemán, G. MAIER-REINER, *loc.cit.*, p. 2579. S & K Rechtsanwälte - Rechtsanwaltskanzlei in Berlin Mitte, "Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und seine Auswirkungen auf das bestehende Recht", http://www.streifler.de/das-neue-allgemeine-gleichbehandlungsgesetz-und-seine-auswirkungen-auf-das-bestehende-recht_767.html; D. SCHIEK, *op. cit.*, pp. 329-330

(48) S. LEIBLE, "Non-Discrimination", *Era -Forum*, Special Sigue, 2006, pp. 76-89, espec. p. 84.

para concretar el conjunto de remedios y acciones que la persona que sufra discriminación por razón de sexo tiene a su disposición en el ámbito que ha sido descrito es preciso volver de nuevo sobre el ya antes reproducido art. 10 de la misma ley, el cual establece, dentro de las normas del Título I y, por consiguiente, con un alcance general, el conjunto de remedios ante cualquier tipo de conducta discriminatoria. Según el mencionado precepto los actos y cláusulas de los negocios jurídicos que causen discriminación por razón de sexo “se considerarán nulos y sin efecto” y “darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones y sanciones 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”.

La norma trata de recoger un conjunto heterogéneo de consecuencias jurídicas anudadas a la conducta discriminatoria que, por un lado, se concreten en la nulidad y privación de efectos de la conducta discriminatoria y, por otro, en la responsabilidad frente a la mencionada conducta. Todo ello se dirige a garantizar la indemnidad de la víctima de la discriminación por razón de sexo en todos los campos del ordenamiento. Desde este punto de vista, la privación de eficacia jurídica de la actuación contraria a derecho y la responsabilidad constituyen reiteraciones de sanciones generales que se aplican en todos los supuestos de protección de los derechos fundamentales, como por otra parte ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado en su ya mentado Dictamen (49).

La sanción de nulidad se acoge también con carácter general aplicable a rama del ordenamiento jurídico lo cual, como ya anticipé, es también criticado por el Dictamen del Consejo de Estado por el efecto “descontrolado” que tal consecuencia entendida de modo universal podría llegar a tener (50). Curiosamente, cuando en materia estrictamente civil el art. 72 menciona las consecuencias del incumplimiento de las prohibiciones (de discriminación por razón de sexo en el marco del suministro de bienes y servicios), la nulidad no se menciona expresamente limitándose a decir el precepto en su párrafo primero lo siguiente: “Sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación

(49) Consideración Quinta.

(50) Además de por la falta de concreción de un procedimiento para hacerla valer, así como por la falta de definición del órgano, las circunstancias, las condiciones y los efectos de la citada nulidad (*cf.* Consideración Novena del Dictamen del Consejo de Estado).

civil y mercantil, la persona que, en el ámbito de aplicación del artículo 69, sufra una conducta discriminatoria, tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios”

¿Cómo interpretar este precepto en relación con la alusión a la nulidad y privación de efectos contenida en el art. 10? ¿Se trata de una norma especial para el caso de discriminación por razón de sexo en el acceso a bienes y servicios que desplaza la general del art. 10, o hay que entender que se suma a ésta y que la nulidad procederá siempre, sin perjuicio de otras acciones y derechos propios del derecho civil y mercantil (51)? Es cierto que al menos en algunos casos la violación del principio de igualdad por parte del oferente o suministrador de bienes y servicios en las condiciones del art. 69 se produce a través de un acto jurídico contrario a las normas imperativas básicas que constituyen el orden público constitucional, lo que en buena lid debe significar que el acto en cuestión es nulo de pleno derecho. Sin embargo no estoy segura que la nulidad *tout court* sea lo que mejor garantiza los derechos de la víctima de la discriminación, y mucho menos lo estoy de que la nulidad sea en todos casos la respuesta jurídica pertinente. Entiendo más bien que el sistema de derecho privado pone a disposición de la víctima un conjunto de remedios ante la conducta discriminatoria que no son excluyentes y que sirven al buen fin de reponer al discriminado o discriminada en la integridad de sus derechos. Este conjunto de remedios derivan del incumplimiento de una obligación legal, la de no discriminar (en este caso por razón de sexo) y ponen en marcha el sistema íntegro de responsabilidad contractual. De hecho, el propio art. 10 alude, con carácter general, a la responsabilidad, si bien parece limitarla, en el ámbito que nos ocupa, a su consideración como obligación de reparar o indemnizar lo cual, por otra parte, reitera el ya transcrito art. 72.1 de la Ley Orgánica 3/2007. Sin embargo, lo que en realidad se abre a la víctima de la discriminación es el conjunto de remedios generales, presentes en el ordenamiento jurídico (52) y que, desde la perspectiva ci-

(51) ¿Tiene algún sentido la doble alusión al derecho civil y mercantil, tratándose de consecuencias de actuaciones jurídico-privadas?

(52) Según L.M. DÍEZ-PICAZO, *op.cit.*, pp. 95-96, el catálogo de remedios concebibles en el ordenamiento español, frente a violaciones de derechos fundamentales incluiría: A) Anulación de disposiciones normativas (legales y reglamentarias) y de actos singulares (administrativos y jurisdiccionales) contrarios a un derecho fundamental. B) Mero reconocimiento declarativo de la titularidad del derecho fundamental objeto del litigio, o de la legitimidad de su ejercicio. C) Prohibición de conductas perturbadoras del ejercicio de derechos fundamentales. D) Restablecimiento de la situación jurídica subjetiva anterior a la violación del derecho fundamental, incluida la indemnización de

vil, básicamente implican el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación de no discriminar, así como el de indemnizar los daños causados a consecuencia de la discriminación (53).

Ante una situación de discriminación efectivamente producida, lo primero que debería poder exigir la víctima es el cese de la discriminación. Esa acción de cesación, que no está expresamente recogida con carácter general en el sistema del Código civil, sí se da en casos que guardan semejanza con el presente, como sucede, por ejemplo, en el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (54). La posibilidad de ejercer acciones de cesación en defensa del principio de igualdad de trato en el ámbito jurídico-privado no está exenta de problemas. L.M. Díez Picazo, que se plantea la cuestión con carácter general para todos los derechos fundamentales, estima que como medida cautelar y con base en el art. 726 de la LEC que prevé la posibilidad de dictar medidas cautelares atípicas, es posible dictar una que consista en la orden de abandonar una determinada conducta antijurídica, es decir, cesar en su realización y abstenerse de volver a realizarla en el futuro (55). No obstante, el mismo autor que se acaba de citar reconoce que,

los daños (materiales y morales) sufridos en los derechos fundamentales. E) Tutela provisional a través de medidas cautelares. A todo ello habría que añadir, siguiendo al autor precitado, los remedios indirectos, consistentes en las sanciones penales y administrativas para conductas lesivas de los derechos fundamentales. El cuadro de remedios es válido para nuestro caso, con las debidas adaptaciones motivadas por el carácter privado de la relación jurídica por hipótesis discriminatoria.

(53) Esta es, por su parte, la solución prevista en la AGG, donde el § 21 tipifica una serie de acciones que en puridad constituyen una especificación de las contenidas en el BGB destinadas a garantizar el cumplimiento de las obligaciones y que, por lo demás, dejan incólumes el propio sistema codificado, como expresamente se dice en el primer punto del § 21.1 AGG ("*... unbeschadet weiterer Ansprüche...*"), y más específicamente todavía respecto de las normas de responsabilidad civil delictual en el § 21.3, planteando así una situación de concurso de acciones (H. BAUER/B. GÖPTERT/S. KRIEGER, *op. cit.*, pp. 258 ss.).

(54) A tenor del cual "la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados". Con las adaptaciones necesarias, el texto de este precepto se acomodaría muy bien al supuesto que nos ocupa y constituiría una norma de alcance general a mi entender de contenido más exacto que el recogido en el ya reproducido art. 10 de la Ley Orgánica 3/2007.

(55) En sentido similar, en el orden contencioso-administrativo se puede interpretar el art. 129.1 LJCA.

a diferencia de lo que sucede en el ámbito contencioso-administrativo (56) en el ámbito jurídico-privado no hay norma alguna que, con alcance general y definitivo, reconozca la facultad judicial de ordenar el abandono de una conducta antijurídica, lo cual a su entender es lógico en la medida en que una acción de esta índole supone por definición una limitación a la libertad de las personas, por lo que concluye que tales acciones de cesación sólo serán posibles en los supuestos previstos en el ordenamiento jurídico. Es bien cierto que lo mejor hubiera sido que la Ley Orgánica 3/2007 hubiese incluido, por ejemplo, en la Disposición adicional quinta, destinada a modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil, una norma autorizando expresamente la acción de cesación ante las conductas privadas discriminatorias por razón de género. No obstante, creo que existen suficientes razones para entender que tal acción pueda darse también en el ámbito que nos ocupa, en la medida en que la semejanza entre este supuesto y el citado art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982 es suficientemente relevante como para estimar que procede la aplicación analógica al caso de conducta privada discriminatoria, lo que incluye la posibilidad de que la autoridad judicial ordene la cesación de la citada conducta (57). Es remarcable que esta misma norma, cuya aplicación analógica al caso defiendo, permite que en la hipótesis de peligro de reiteración o de amenaza de discriminación *pro futuro* se puedan tomar medidas preventivas destinadas a evitar esa hipotética discriminación, si bien ha de tratarse de un peligro efectivo y no de meras elucubraciones o conjeturas por parte de la hipotética víctima (58).

La pregunta que a continuación hemos de hacernos y que, sin nin-

(56) El art. 71.1.b) LJCA dispone que la sentencia estimatoria reconocerá la situación jurídica vulnerada por la Administración y “adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma”.

(57) Es reseñable recordar el art. 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, precisamente modificado por el Disposición adicional decimotercera de la Ley Orgánica 3/2007, contempla el cese inmediato del comportamiento antisindical como un contenido necesario de la sentencia estimatoria y que por remisión del art. 181 de la misma Ley de Procedimiento Laboral, se extiende también a la tutela de cualquier otro derecho fundamental distinto de la libertad sindical, mencionando expresamente la prohibición de tratamiento discriminatorio.

(58) Prevención de discriminaciones futuras que también se contemplan en el § 21.1 AGG, siguiendo el mismo criterio general que se deriva del § 1004 BGB, de suerte que no es preciso que la discriminación tenga efectivamente lugar para entablar la acción destinada a evitar perturbaciones futuras, si bien exige la existencia un peligro concreto de inminente discriminación, según se puso de manifiesto en los trabajos parlamentarios referidos al citado § 21.1 AGG (H. BAUER/B. GÖPTERT/S. KRIEGER, *op. cit.*, pp. 258 ss.).

gún género de duda, es una de las más difíciles de responder entre las que podemos plantearnos en esta sede es la de si esa exigencia de cesación en la discriminación puede llegar a significar la obligación de contratar cuando la conducta discriminatoria ha sido precisamente la negativa por parte del suministrador del bien o servicio de que se trate a celebrar un contrato con la persona discriminada. Aunque el ya reproducido art. 69.2 de la Ley Orgánica 3/2007 parezca querer decir algo al respecto, lo cierto es que se trata de un precepto que es una mera reproducción del art. 3.2 de la Directiva, del que difícilmente cabe extraer consecuencias jurídicas como la que nos preocupa (59). Más bien se ha de decir que la ley española guarda un oportuno respetuoso silencio sobre esta cuestión que constituye el foco máximo de la tensión entre la libertad contractual por un lado y la prohibición de discriminación por otro, tensión que subyace en el conjunto de normas que estamos estudiando y que también ha ocupado y preocupado a la literatura jurídica que ha estudiado la cuestión tanto en el ámbito de las Directivas comunitarias antidiscriminación (60), como en las legislaciones internas que las han implementado (61). Para intentar una respuesta sensata a la

(59) Para J. BUSCHE, "Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskriminierungsverbote", en *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, S. Leible/M. Schlachter (Hrsg.), Söller. European Law Publishers, 2006, pp. 159-177, espec. p. 172. la Directiva 2004/113/EC no obliga a los Estados miembros a introducir el derecho a celebrar el contrato con la persona discriminada. Señala el autor citado que aunque el art. 3.2 de la Directiva establece que la misma "no afectará a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante", este artículo no forma parte del capítulo II, que es el que establece el sistema de remedios frente a la discriminación, sino del capítulo I, dedicado a las disposiciones generales, cuya función es definir el ámbito de aplicación de la Directiva. En una interpretación sistemática, añade el mismo autor, es muy dudoso que el reproducido art. 3.2 pueda tener influencia en el régimen de sanciones que establezcan los derechos nacionales. Además, el art. 8 de la Directiva, que es el que detalla el conjunto de remedios, no menciona en absoluto el derecho a imponer la celebración del contrato. En este mismo sentido se pronuncia, S. LIEBLE, "Non-discrimination", *loc.cit.*, nota 49, quien entiende que el derecho a celebrar el contrato no forma parte de los remedios a disposición del discriminado, puesto que tal derecho estaría en fuerte contraposición con el principio de libertad de contratación.

(60) *Vid.* J. NEUNER, "Protection Against Discrimination in European Contract Law", *ERCL*, 1/2006, pp. 35-50, quien analiza los elementos esenciales de los principios comunitarios de libertad de contratación y de igualdad de trato, para tratar de determinar cual es el adecuado nivel de protección de ambos que lleva al equilibrio dentro de ese ordenamiento.

(61) La polémica ha sido especialmente fuerte en Alemania a lo largo de la década de gestación de la AGG. La doctrina germana se encuentra dividida sobre el alcance de la protección de la libertad de contratación en relación a la prohibición de discrimi-

pregunta antedicha es necesario distinguir distintos tipos de situaciones. Así, parece que en un buen número de casos la obligación de contratar no podrá ser impuesta, sencillamente porque el contrato carece ya de interés para la persona discriminada; piénsese por ejemplo, en el arrendatario que se negó a alquilar una vivienda a una mujer para el tiempo en que ésta trabajaba en determinada ciudad, ciudad que ya no es su lugar de residencia cuando el juez sanciona la discriminación; ningún interés tiene entonces la mujer en cuestión en la celebración del contrato, de suerte que su resarcimiento seguirá con toda certeza la vía indemnizatoria. Algo similar creo que sucederá cuando el contrato se hubiese ya celebrado con una tercera persona de buena fe, y esto excluyera la posibilidad de contratación con la persona discriminada, por ejemplo, porque el arrendador ya no tiene más viviendas disponibles para alquilar. La cuestión sobre si se puede o no imponer al autor de la discriminación la obligación de contratar con quien no quiere, aún cuando dicha preferencia se haga en razón de su sexo (62), debe limitarse pues a los casos en los que este contrato es todavía posible, sin perjuicio de terceros de buena fe.

Parece que desde un planteamiento jurídico-civil clásico la respuesta a la pregunta antecedente ha de ser negativa, puesto que la libertad de contratar, que incluye la libertad de elegir a la otra parte contratante constituye uno de los pilares básicos de nuestro sistema de derecho civil (63) (64), que quedaría muy tocado con semejante imposición. In-

nación, y muy especialmente en torno a si esta última puede llevar a la imposición de la obligación de contratar (*Kontrahierungszwang*) a la persona discriminada. Antes de la aprobación de la AGG se manifestó en contra por razones legales y constitucionales, entre otros, K.H. LADEUR, "The German Proposal of an "Anti-Discrimination- Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A Response to Incola Vennemann", *GLJ*, vol. 3, n° 5, 1 may 2002, www.germanlawjournal.com, search Anti-Discrimination. Por el contrario, rebate ambos tipos de razones, V. WIRKLER, "The Planned German Anti-Discrimination Act: Legal Vandalism?. A response to Kart-Heinz Ladeur", *GLJ*, vol. 3, n° 6, 1 june 2002, www.germanlawjournal.com, search Anti-Discrimination.

(62) Utilizo la palabra "preferencia" en un sentido lato, puesto que es de sobra conocido que las razones más frecuentes para discriminar no se basan en una cuestión de gustos personales, sino en otro tipo de fundamentos de naturaleza diversa (económica, estadística, etc.). *Vid.* al respecto, A. ENGERT, "Allied by Surprise?. The Economic Case For an Anti-Discrimination Statute", *GLJ*, vol. 04, n° 07, 2003, pp. 686-699, www.germanlawjournal.com, search Anti-Discrimination.

(63) Por todos, W. FLÜME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, tomo segundo, 4ª ed., traducción de J.M. MIQUEL GONZÁLEZ/E. GÓMEZ CALLE, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 46; L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I. Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, Civitas, 1996, p. 128.

(64) ¿Sería inconstitucional la imposición de la obligación de contratar a la persona

cluso se puede afirmar que esta es la opción que parecen tomar, sin ser demasiado explícitas, las normas comunitarias antidiscriminatorias (65). No obstante, es interesante dar cuenta de lo que está sucediendo en la literatura jurídica alemana, al comentar el § 21 AGG, precepto destinado a establecer el sistema de remedios ante la conducta discriminatoria en el ámbito civil (66) y que, a diferencia de lo que sucedió con alguno de sus antecedentes prelegislativos (67), no se pronuncia sobre la posibilidad o no de imposición del contrato. Los autores germanos no se ponen de acuerdo sobre si se puede o no llegar a obligar al autor de la discriminación a celebrar el contrato con la persona discriminada. Así, mientras para algunos a falta de una norma especial no se puede imponer la obligación de contratar, para otros no cabe duda de que en muchos casos el cese de la discriminación sólo podrá producirse si el contrato efectivamente se celebra. A mayor abundamiento, estos últimos señalan que a diferencia del § 15.6 AGG destinado a establecer el sistema de remedios en el ámbito laboral, el § 21 AGG no establece que la obligación de contratar esté excluida como posible consecuencia jurídica de la violación de la discriminación, por lo que la acción de cesa-

discriminada? Estimo probable que no. Aunque la cuestión merecería mayor pormenor del que le puedo dedicar aquí, baste indicar que la libertad de contratación como expresión de la autonomía privada no está recogida explícitamente entre los derechos fundamentales, aunque puede considerarse implícita tanto en el art. 10 (libre desarrollo de la personalidad) como, desde la perspectiva empresarial, en el art. 38 (libertad de empresa); sin embargo, el derecho a la igualdad de trato sí está constitucionalmente garantizado en el art. 14 de la CE, con lo que en una ponderación de derechos, no creo que éste deba ceder ante aquélla. Por lo demás, el fenómeno del "contrato forzoso" no es, ni mucho menos, desconocido en nuestro Derecho, aunque sea discutible su verdadera naturaleza jurídica, como pone de relieve L. Díez-Picazo, *Fundamentos...cit.*, p. 134.

(65) *Vid. supra* nota 42.

(66) Si bien conviene aclarar que el § 21.2 AGG deja a salvo las acciones dimanantes del sistema de derecho civil general, lo que hace que H. BAUER/B. GÖPTERT/S. KRIEGER, *op. cit.*, p. 259, estimen que si el cumplimiento del deber de cesación es imposible o ante la negativa a cesar en la discriminación se pueden utilizar las normas generales del BGB relativas a la imposibilidad. Afirmen también que si la violación de la prohibición de discriminación supone un incumplimiento contractual se puede exigir responsabilidad contractual, siendo incluso posible la resolución del contrato.

(67) En el Proyecto de ley inmediatamente anterior al que dio lugar a la AGG, el conocido como Antidiskriminierungsgesetz-ADG, el § 21.2 reconocía la posibilidad de imponer la obligación de contratar cuando disponía que en caso de una negativa a contratar, el discriminado solo podía exigir la celebración del contrato si este podía cumplirse sin violación de la prohibición de discriminación; en este caso se añadía que la prestación debía ser suficientemente determinada y que la contraprestación, en caso de duda, se efectuará de conformidad con los par. 315.3 y 316 BGB (Cf. el texto original en *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, S. LIEBLE/M. SCHLACHTER (Hrsg.), *op. cit.*, p. 204).

ción prevista en el primer apartado del § 21.1 AGG podría llegar a incluir una acción destinada a exigir la celebración del contrato (68).

En fin, en el caso español la cuestión es, cuando menos, igual de dudosa. La respuesta pasa, en mi opinión, por entender que sí existirá un conjunto de casos en los que la ponderación de la libertad de elegir a la parte contratante y el derecho a la igualdad de trato deriva necesariamente en la imposición de la obligación de celebrar el contrato con aquel a quien se le negó en primera instancia, pues sólo a través de esta celebración podrá hacerse efectivo su derecho a obtener la prestación; tal es el caso, según entiendo, de los bienes o servicios que se prestan con carácter de monopolio y en los que la negativa del oferente monopolista a contratar con una persona en razón de su sexo equivale en la práctica a negarle la prestación en cuestión; de modo similar, la obligación de contratar puede ser exigible en ciertas situaciones de necesidad, como las derivadas de emergencias, catástrofes naturales o conflictos sociales graves en las que las leyes del mercado no funcionan de modo correcto (69). Por lo mismo, en aquellos casos en los que quien sufre la discriminación puede lograr idénticos o similares bienes o servicios en el mercado, la misma ponderación de derechos a la que hacemos alusión me llevan a considerar preferible el remedio indemnizatorio tendente a resarcir los daños causados a la víctima por el autor de la discriminación.

Planteémonos ahora la situación en la que la discriminación proviene precisamente del contrato que se ha celebrado. Por ejemplo, el banco ha concedido el préstamo a una mujer en condiciones desventajosas con relación a lo que hubiera hecho en el caso de tratarse de un hombre (70). En este caso, la aplicación directa del anteriormente reproducido art. 10 de la Ley Orgánica 3/2007 implica la nulidad del contrato, en principio nulidad de pleno derecho que, como tal, puede ser instada por cualquier interesado (también, por cierto, por el banco) y que dará

(68) H. BAUER/B. GÖPTERT/S. KRIEGER, *op. cit.*, p. 259. También estima que el § 21.1 AGG puede incluir del derecho a exigir la celebración del contrato D. SCHIEK, *op. cit.*, pp. 346 ss. Mucho menos claro lo ven G. WAGNER/N. POTTSCH, "Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz", *JZ*, 2006, n° 22, pp. 1085-1100 para quienes la omisión de toda referencia al respecto en el § 21 AGG no puede ser interpretado como equivalente a la posibilidad automática de poder exigir la celebración del contrato.

(69) Tal pudiera ser el caso en el que, a consecuencia de determinada catástrofe, determinado grupo de individuos ve denegado sistemáticamente su acceso a la vivienda. Creo que en este caso estaría justificada la imposición de los contratos al arrendador que se negase a celebrar el arrendamiento con los miembros del grupo en cuestión.

(70) Por ejemplo, exigiéndole garantías suplementarias.

lugar a la recíproca restitución de las prestaciones. De nuevo aquí se aprecia una cierta desidia del legislador que debió ser más cuidadoso a la hora de regular los efectos jurídicos del negocio discriminatorio, pues, como ya señalé, no siempre esa nulidad *tout court* es la solución más ventajosa para la persona discriminada. Es indudable que, al menos en teoría, existen remedios contractuales que amparan a la víctima de un contrato discriminatorio que no han de pasar necesariamente por la nulidad de pleno derecho. Con seguridad de cara a evitar los efectos perversos de la discriminación por razón de sexo en el ámbito contractual resulta más efectivo el remedio consistente en permitir que la parte discriminada pueda instar una modificación del contrato, de suerte que se permita exigir la misma contraprestación que le correspondería en ausencia de discriminación (71). Lamentablemente, el hecho de que el legislador español se haya limitado a contemplar esta posibilidad en el art. 72.2 de la Ley Orgánica de igualdad en relación con el contrato de seguro y servicios financieros afines, hace dudar de la viabilidad de generalizar esta facultad de modificación contractual, la cual tampoco se regula con carácter general en el Código civil.

Lo que sí podrá considerarse es la declaración de nulidad de determinadas cláusulas contractuales discriminatorias –nulidad parcial del contrato– y su sustitución por las normas dispositivas generales, que serían perfectamente aplicables al caso. Como en otros supuestos de este tipo, cuando el negocio no pueda subsistir sin la parte discriminatoria, tiene pleno sentido la ineficacia total, acompañada de la correspondiente indemnización (72).

Cabe estimar, sobremanera, que si la violación de la prohibición de discriminación supone un incumplimiento contractual, la persona discriminada podría recurrir a los remedios sinalagmáticos, incluyendo la resolución del contrato en cuestión, pues ya vimos que el propio texto de la Ley Orgánica de igualdad deja a salvo todas las acciones y derechos derivados de la legislación privada general.

(71) Solución que se plantea como válida en el caso alemán, H. BAUER/B. GÖP-
TERT/S. KRIEGER, *op. cit.*, p. 259.

(72) M.P. GARCÍA RUBIO, "La igualdad de trato...", *loc.cit.*, p. 1663. Como allí decía el caso de que se trate de contratos con condiciones generales, todas las sanciones señaladas en el texto encuentran pleno cobijo en la vigente Ley de Condiciones Generales de la Contratación, puesto que las cláusulas que no respeten el principio de igualdad de trato se oponen a las normas imperativas y prohibitivas del Proyecto y, en consecuencia, son nulas de pleno derecho en los términos del art. 8.1 LCGC. Los efectos relativos a la nulidad parcial y a la integración del contrato seguirán el régimen del art. 10 de esa misma ley

Pero, sin lugar a dudas, el remedio civil por excelencia ante una actuación discriminatoria en el ámbito del suministro de bienes y servicios es la indemnización de los daños causados al sujeto que sufre la discriminación. Así se reconoce en el art. 72.1 de la Ley Orgánica 3/2007, ya antes reproducido pero que, para seguir mejor el discurso, vuelvo a recordar. Según este precepto, “sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil, la persona que, en el ámbito de aplicación del artículo 69, sufra una conducta discriminatoria, tendrá derecho a la indemnización por los daños y perjuicios sufridos”.

El lacónico precepto se limita así a reconocer que la víctima de la discriminación por razón de género en el ámbito del suministro de bienes y servicios tiene a su disposición una acción para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, pero nada nos dice sobre su naturaleza contractual o extracontractual, ni sobre el régimen jurídico que le resulta aplicable. Para intentar reconstruir éste, vuelve a ser conveniente traer a colación el tantas veces citado art. 10 de la misma Ley Orgánica 3/2007 en el punto en que reconoce que los actos discriminatorios darán lugar a responsabilidad “a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido”. De ambos preceptos se pueden extraer algunas conclusiones. La primera que ante una conducta discriminatoria cabe acudir a un sistema de posibles reparaciones o indemnizaciones, entre la que se encuentra el ahora recogido en el reproducido art. 72.1, que supone así la introducción *ad hoc* de una nueva acción indemnizatoria, que se suma a las otras posibles dentro del mencionado sistema. Por consiguiente, no estamos ante una reiteración de la acción de responsabilidad extracontractual dimanante del art. 1902 del CC, ni tampoco ante la repetición de la posible acción indemnizatoria que pueda derivarse, si es el caso, del incumplimiento de un contrato, el art. 1101 y concordantes del CC. Se trata, por el contrario, de una nueva acción que, caso de que se den los presupuestos de éstas, concurrirá con ellas, pero que a su vez tiene sus propios presupuestos (73).

Así, a pesar del silencio del legislador, estimo que se trata de una acción de responsabilidad contractual en el sentido de que proviene del

(73) En el Derecho alemán, el § 21.3 AGG establece la compatibilidad de estas acciones con el sistema de responsabilidad civil extracontractual; al respecto, H. BAUER/B. GÖPTERT/S. KRIEGER, *op. cit.*, p. 259, consideran que se trata de un concurso de acciones, si bien el § 823 BGB exige la violación de un derecho absoluto, lo que solo se producirá en las discriminaciones más groseras

incumplimiento de una obligación previa al nacimiento de la responsabilidad, la de respetar el principio de igualdad de trato en el acceso a los bienes y servicios ofrecidos al público, en los términos del art. 69.1 de la Ley Orgánica de Igualdad (74). Puesto que no se consigna ningún elemento de imputación subjetiva, se trata de una responsabilidad de naturaleza puramente objetiva que surge con independencia de la intención o el grado de diligencia del autor de la discriminación. La culpa puede ser relevante a efectos del concurso de acciones antes mencionado, singularmente con el art. 1902 del CC, pero en absoluto es un presupuesto de la acción recogida en el art. 72.1 de la Ley Orgánica 3/2007 (75). A este respecto debe recordarse que la ley no exige ni la intención ni la culpa para considerar que existe discriminación (cf. art. 6 de la Ley Orgánica 3/2007) y que, con toda probabilidad, si tal requisito subjetivo se exigiese, se estaría violando el derecho comunitario (76).

Desde luego, lo que sí es imprescindible para el reconocimiento de la responsabilidad es la existencia efectiva del daño, presupuesto ineludible en nuestro sistema de responsabilidad civil. En este sentido, no me cabe duda de que en el supuesto en el que concurra un riesgo de discriminación que amenaza efectivamente, pero que no ha llegado a producir un daño efectivo, no existirá obligación alguna de indemnizar, a pesar de que ese riesgo esté tipificado como supuesto de discriminación directa en el art. 6.1 de la Ley Orgánica 3/2007 (77). Otra cosa es que el

(74) Como ya decía en M.P. GARCÍA RUBIO, "La igualdad de trato..", *loc.cit.*, p. 1663.

(75) La solución es parcialmente distinta en Alemania, donde el § 21.2 AGG distingue entre la indemnización de daños materiales derivados de la discriminación y la indemnización de los daños inmateriales. La acción para el resarcimiento de daños materiales presupone que al autor de la discriminación le es subjetivamente imputable la discriminación, imputación que puede ser tanto por conducta propia, como por la del representante o persona de la que se debe responder. La carga de la prueba de la no imputabilidad le corresponde al autor de la discriminación. Por el contrario, en el punto tercero de este mismo § 21.2 se establece que quien sufre la discriminación puede exigir también daños inmateriales, acción que no presupone ninguna culpa del autor de la discriminación (H. BAUER/B. GÖPTERT/S. KRIEGER, *op. cit.*, p. 259).

(76) En efecto, la jurisprudencia del TJCE en materia antidiscriminatoria ha dejado en evidencia que la responsabilidad derivada del incumplimiento del principio de igualdad de trato deriva de la discriminación, sin que puedan añadirse exigencias ulteriores impuestas por el derecho nacional, como se recoge en *Dekker v. Stichting Vermigenscentrum loor Jong Volwasseenen*, Asunto C-177/88 [1990] y, más en concreto, no cabe exigir culpa en el autor de la discriminación, como se afirma directamente en *Drehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG*, Asunto C 180/95 [1997].

(77) *Vid. supra.* Considera, sin embargo, que la interpretación literal del precepto mencionado en el texto puede conducir al resultado de que el demandado tuviera que responder de un comportamiento inexistente, indemnizando un daño que no se ha producido, A. AGUILERA RULLL, *loc.cit.*, p. 6.

simple riesgo de ser discriminada en el sentido señalado haya llegado a producir daños, tanto de índole material (v.gr. se han realizado gastos destinados a evitar la discriminación que amenaza, por ejemplo, eludiendo el acceso al bien o servicio en cuestión y pagándolo más caro en otro lugar), como morales (v.gr. quebrantos psicológicos, derivados del riesgo de ser discriminada), supuestos que pueden ser extraordinarios pero que, de producirse, sí podrán dar lugar a indemnización.

Es interesante resaltar que en el curso de la tramitación parlamentaria de la ley desapareció la referencia que existía en el art. 68.1 del Proyecto, equiparable al definitivo art. 72.1, a que la indemnización a la víctima fuera “proporcional” a los daños y perjuicios sufridos. En el comentario a aquel precepto proyectado ya anticipé que tal referencia se limitaba a ser una copia literal del tenor de la Directiva (78), que no debía excluir para este caso el principio general dimanante del art. 1107 del Código civil, conforme al cual la indemnización debe procurar la reparación integral del daño en el caso del incumplidor doloso, y la reparación de los daños previsibles en el caso del deudor de buena fe (79). La desaparición del término “proporcional” del definitivo art. 72.1 parece disipar en principio todas las dudas, si bien el mismo reaparece si lo ponemos en relación con el art. 10 que al referirse a las indemnizaciones debidas a la víctima de la discriminación exige que sean “reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido”. En realidad el requisito de la proporcionalidad se debe identificar con la adecuación, como por otra parte se desprende de la jurisprudencia del TJCE (80), por lo que en ningún caso puede interpretarse en sentido limitativo; por consiguiente, la indemnización ha de cubrir, o bien todos los daños sufridos por la víctima a causa de la discriminación intencional, o los que hubieran sido previsibles en el momento de violación de la obligación de no discriminación, cuando no concurre el elemento doloso.

Otra de las características que el Derecho comunitario considera imprescindibles a la hora de calificar la indemnización debida por la discriminación es que produzca un efecto disuasorio real; así se recoge en

(78) Cf. art. 8.2.

(79) M.P. GARCÍA RUBIO, “La igualdad de trato...”, *loc. cit.*, p. 1663.

(80) En la jurisprudencia del TJCE; el criterio de la proporcionalidad o adecuación al daño aparece en la sentencia *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, Asunto 14/83, [1984], donde se afirma que la compensación “*must in any event be adequate in relation to the damage sustained*”. En la STJCE *Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, Asunto C-271/91, [1993] la reparación adecuada se identifica con la que permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos

la jurisprudencia del TJCE (81), y así aparece también en la Directiva comunitaria 2004/113/CE, cuyo art. 8.2 considera que la persona perjudicada por la discriminación debe recibir una indemnización o compensación “de manera disuasiva”. Entendida en su sentido literal, esta nota supone atribuir a la indemnización debida por actuar de manera discriminatoria un efecto punitivo (82) impropio de los sistemas de responsabilidad civil continentales, en los que la figura se contempla desde una perspectiva *ex post*, con efectos reparatorios, y no desde una perspectiva *ex ante*, donde cumple asimismo efectos de prevención ante posibles perjuicios futuros. Tal vez por ello el art. 72.1 de la Ley Orgánica 3/2007 guarda absoluto silencio sobre la nota en cuestión, y el tantas veces mencionado art. 10 califica como disuasorias las sanciones ante las conductas discriminatorias, pero no las indemnizaciones por los daños causados por ellas. Desde luego, no se puede mantener que la nueva regulación, por más que traiga de la mano la doctrina del TJCE sobre las Directivas antidiscriminación, pueda servir para introducir en nuestro Derecho figuras hasta ahora ajenas al mismo, del tipo de los llamados daños punitivos (83).

Evidentemente, son indemnizables tanto los daños patrimoniales como los daños morales o extrapatrimoniales. Ambos pueden darse en situaciones de discriminación, aún cuando el daño moral es especialmente característico de este tipo de situaciones por la particular lesión a la dignidad de la víctima que supone toda conducta discriminatoria (84). En ninguno de los dos casos se puede establecer límites apriorísticos a la indemnización pues, aunque nada se diga al respecto en el texto español, conviene recordar que el art. 8.2 *in fine* de la Directiva, reco-

(81) Sentencias *Von Colson, Marshall y Draehmpaehl*

(82) Sobremanera, el art. 14 de la Directiva considera la indemnización de la víctima como partida de la posible sanción.

(83) En el mismo sentido, en general, S. LIEBLE, “Non-Discrimination”, *loc.cit.*, p. 85. También, en el caso alemán, H. BAUER/B. GÖPTERT/S. KRIEGER, *op. cit.*, p. 258-260, quienes además estiman que este criterio no tiene ninguna primacía sobre los otros para la determinación del alcance de la indemnización en los casos concretos. Sin embargo, entiende que el reconocimiento de la indemnización por daños inmateriales en la AGG supone la atribución de una función preventiva a la figura, D. SCHIEK, *op.cit.*, p. 352. Por su parte, pone de manifiesto que incluso se duda de la viabilidad de los daños punitivos en los casos de discriminación en el Reino Unido, E. ELLIS, *EU Anti-Discrimination*, Oxford EC Law Library, 2005, p. 265, nota 282.

(84) Es interesante señalar que en Alemania, cuyo ordenamiento es mucho más restrictivo que el español a la hora de reconocer la indemnización de los daños extrapatrimoniales o morales, el § 21.2 AGG reconoce expresamente el derecho de quien ha sido discriminado a exigir una indemnización en dinero (§ 21.2, *in fine*).

giendo el criterio de la jurisprudencia comunitaria en materia anti-discriminación (85), establece que “la fijación de un límite máximo predefinido no limitará dicha compensación o indemnización” (86), lo cual impide a los Estados miembros dar validez a cualquier tipo de limitación. Esto significa que si, por ejemplo, un banco niega un préstamo a una cliente por el hecho de ser mujer violando con ello la prohibición de discriminación, de modo que la mujer en cuestión no puede llegar a celebrar un contrato a término para el que requería el dinero del préstamo, el banco deberá indemnizar todos los daños derivados de la pérdida del negocio.

Resulta bastante sorprendente que el legislador de 2007 no haya dispuesto plazo alguno para el ejercicio de la acción destinada a exigir la indemnización (87), al modo que ha hecho, por ejemplo, el legislador alemán, que en § 21.5 AGG establece que las acciones previstas en los párrafos primero y segundo del mismo precepto deben ser interpuestas válidamente en un plazo de dos meses, añadiendo que después de la expiración del plazo la reclamación sólo puede ser hecha de modo válido si al discriminado le ha sido impedida la interrupción del plazo sin su culpa (88). La omisión de la Ley Orgánica 3/2007 y el carácter contractual que hemos predicado de la responsabilidad civil dimanante del art. 72.1 parecen llevarnos al plazo general de prescripción de las acciones personales, es decir, quince años, lo que con total seguridad es un plazo exagerado para el caso que nos ocupa (89). Por ello, tal vez sería más oportuno considerar de nuevo la aplicación analógica del pla-

(85) Así, la ya citada *Marshall v. Southampton*. La también citada STJCE *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice* admite, por el contrario, la compatibilidad del derecho comunitario con ciertos límites indemnizatorios establecidos por el derecho nacional, lo cual es criticado, por contrario al criterio del propio Tribunal, por E. ELLIS, *op. cit.*, pp. 263-284. *Vid.* no obstante, el art. 18 de la 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), *DOCE*, 26.7.2006, L 204/23.

(86) Aunque estimo que la filosofía del precepto es la que se refleja en el texto, resulta mucho más clara la formulación de la versión francesa de la Directiva, de conformidad con la cual “une telle indemnisation ou réparation n’est pas a priori limitée par un plafond maximal”.

(87) Para S. LIEBLE, “Non-discrimination”, *loc. cit.*, p.86, el establecimiento de los plazos puestos a disposición de la víctima para activar los remedios ante la discriminación constituye uno de los puntos de mayor importancia en el desarrollo normativo de las Directivas comunitarias antidiscriminación.

(88) Plazo que considera demasiado corto (“*Frist viel zu kurz*”) D. SCHIEK, *op. cit.*, p. 355.

(89) Como ya dije, en fase de Proyecto de ley, en M.P. GARCÍA RUBIO, “La igualdad de trato...”, *loc. cit.*, p. 1663.

zo previsto en el art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen, esto es, un plazo de caducidad de cuatro años para ejercitar las acciones que otorgan la “garantía de indemnidad” de los citados derechos.

BIBLIOGRAFIA

- A. AGUILERA RULL, “Discriminación directa e indirecta”, *InDret*, núm. 396, enero, 2007, www.indret.com.
- ALFARO AGUILA-REAL, J. “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *ADC*, 1993, pp. 57-122.
- BAUER H./GÖPTERT B./KRIEGER S., *AGG, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. KomMentar*, München, Verlag C.H. Beck, 2007.
- BUSCHE, J. “Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskriminierungsverbote”, en *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, S. Leible/M. Schlachter (Hrsg.), Sélter. European Law Publishers, 2006, pp. 159-177.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I. Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, Civitas, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005.
- ELLIS, E. *EU Anti-Discrimination*, Oxford EC Law Library, 2005.
- ENGERT, A. “Allied by Surprise?. The Economic Case For an Anti-Discrimination Statute”, *GLJ*, vol. 04, nº 07, 2003, pp. 686-699, www.germanlawjournal.com, search Anti-Discrimination.
- FLÜME, W *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, tomo segundo, 4ª ed., traducción de J.M. Miquel González/E. Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- GARCÍA RUBIO, M.P. “La eficacia *inter privatos* (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales”, *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 297-314.
- GARCÍA RUBIO, M.P., “La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el Derecho de contratos (Análisis del Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE), *La Ley*, 2006, pp. 1657-1667, ref. D-256.
- GARCÍA RUBIO, M.P., *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, Cálamo, 2002.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. “Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 3, 1999-1, pp. 193-211.
- LADEUR, K.H. “The German Proposal of an “Anti-Discrimination- Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A Response to Incola Venne-mann”, *GLJ*, vol. 3, nº 5, 1 may 2002, www.germanlawjournal.com, search Anti-Discrimination.

LEIBLE, S "Non-Discrimination", *Era –Forum*, Special Sigue, 2006, pp. 76- 89.
LEIBLE S./SCHLACHTER, M. (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, SÉller. European Law Publissers, 2006.

MAIER-REIMER, G. "Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr", *NJW*, 36-2002, pp 2577-2656.

MORALES MORENO, A.M., "Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria", en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007.

NEUNER, J "Protection Against Discrimination in European Contract Law", *ERCL*, 1/2006, pp. 35-50.

PICKER, E. "Anti-discrimination as a Program of Private Law?", *GLJ*, vol. 4, n° 8, august, 2003, pp. 771-784 www.germanlawjournal.com, search Anti-Discrimination.

RUBIO CASTRO, A. "El derecho a la igualdad y a la no discriminación", *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 927-977, *passim*.

S & K Rechtsanwälte - Rechtsanwaltskanzlei in Berlin Mitte, "Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und seine Auswirkungen auf das bestehende Rect", <http://www.streifler.de/das-neue-allgemeine-gleichbehandlungsgesetz-und-seine-auswirkungen-auf-das-bestehende-recht-767.html>.

SCHIEK, D. en *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, D. Schiek (Hrsg.), SÉller. European Law Publishers, 2007.

STORE, F. "Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act: Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law", *GLJ*, vol. 6, n° 2, february 2005, pp. 533-548, www.germanlawjournal.com, search Anti-Discrimination.

V. WIRKLER, "The Planned German Anti-Discrimination Act: Legal Vandalism?. A response to Kart-Heinz Ladear", *GLJ*, vol. 3, n° 6, 1 june 2002, www.germanlawjournal.com, search Anti-Discrimination.

WAGNER, G./POTSCH, N. "Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz", *JZ*, 2006, n° 22, pp. 1085-1100.