

Medidas en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada (Derecho europeo y Derecho español) (*)

por

SUSANA NAVAS NAVARRO
Catedrática de Derecho Civil - UAB

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. «ACTO» O «CLÁUSULA». INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 10 LOI.
3. NULIDAD COMO SANCIÓN EN CASO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA:
 - 3.1. NEGATIVA A CONTRATAR.
 - 3.2. CONTENIDO DEL CONTRATO.
4. MEDIDAS EN CASO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA:
 - 4.1. MEDIDAS CAUTELARES NEGATIVAS.
 - 4.2. PRETENSIÓN AL CESE DE LA CONDUCTA DISCRIMINATORIA: VÍAS PARA SU ADMISIÓN.

(*) Esta contribución se enmarca en el proyecto de investigación dirigido por el Profesor Ferrán BADOSA COLL (SGR00759, III *Pla de Recerca de Catalunya*, grupo de estudio del Derecho Civil catalán, UB-UAB) y en el proyecto de investigación «No discriminación y Persona» dirigido por la Profesora María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA (SEJ2007-60834). Este estudio toma como base la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela en el marco del Congreso «*Cidadás e cidadans: Forma e fondo das referencias de xénero no dereito privado*», celebrada los días 28 y 29 de abril de 2008.

4.3. REPARACIÓN DE LOS DAÑOS OCASIONADOS:

4.3.1. *Reparación in natura del daño ocasionado:*

- A) Obligación de contratar a la parte discriminada.
- B) Principio de proporcionalidad y obligación de contratar.

4.3.2. *Criterios del TJCE en derecho antidiscriminatorio.*

4.3.3. *Justificación de las diferencias de trato.*

4.4. PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA.

5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Conocido es que las Directivas que regulan la aplicación del principio de igualdad de trato en el derecho de los contratos son dos: en primer lugar, la *Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico* (1) y, en segundo lugar, la *Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro* (2).

Ambas normas comunitarias contienen un precepto, redactado en términos idénticos, relativo a las *sanciones* que hay que adoptar en caso de que se infrinja el principio de igualdad de trato (art. 15.2 de la Directiva 2000/43/CE y arts. 8.2 y 14 de la Directiva 2004/113/CE). En ambos casos, se establece que serán los Estados miembros quienes establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales y adoptarán las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Entre las posibles sanciones a adoptar, se dice, se encuentra la indemnización a la víctima. Las *sanciones* deberán ser *efectivas, proporcionadas y disuasorias* (3).

(1) *DOCE* L 180 de 19-7-2000. Esta Directiva se refiere a este aspecto en el artículo 3 cuando regula el ámbito de aplicación de la misma. Concretamente en el apartado 1, letra *h*) advierte que la Directiva se aplica a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos en relación con: «*el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda*». Esta norma será abreviada a lo largo de este trabajo como «Directiva 2000/43/CE».

(2) *DOCE* L 373 de 21-12-2005. Será abreviada a lo largo de este trabajo como «Directiva 2004/113/CE».

(3) La norma del artículo 8.2 se reproduce en términos casi idénticos en otras Directivas que también pretenden hacer efectivo el principio de trato igual: artículo 17.2 de la *Directiva 2000/78/CEE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad en el empleo y la ocupación* (*DOCE* núm. L 303, de 2-12-2000, págs. 16-22), artículo 8.d) 2 de la *Directiva 1976/207/CEE, de 9 de febrero, de acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones*

La Directiva 2000/43/CE fue incorporada al ordenamiento español mediante la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social* (4), cuyo capítulo III recoge las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato que tengan que ver con el origen racial o étnico. Esta norma se aplica no sólo en el ámbito laboral y, concretamente, en el acceso al empleo (art. 29), sino también a la educación, sanidad, prestación y servicios sociales, vivienda y, en general, en la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios. Por tanto, a la *contratación entre particulares*. Sin embargo, no contiene ninguna norma específica en relación a las medidas a adoptar en caso de que se vulnere este principio en la contratación privada. Las únicas sanciones que se recogen se ciñen al ámbito laboral y de la seguridad social. De ello se deduce que las medidas a aplicar deben ser las medidas generales propias del derecho de obligaciones y contratos.

Por su parte, la Directiva 2004/113/CE ha sido, como se sabe, recientemente, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la *LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (5), y en ella dos preceptos hacen referencia a las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias.

El primer precepto se encuentra en el Título I de la Ley que lleva por título «*El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación*», adoptando carácter general. Me refiero al artículo 10 cuyo tenor literal es el siguiente:

«Los actos y las 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 sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias».

El segundo precepto tiene su sede en el Título VI que se ciñe a la «*Igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro*», centrándose específicamente en la contratación privada. Me refiero al artículo 72.1 cuyo tenor literal es el siguiente:

de trabajo (DOCE núm. L 39, de 14-2-1976, págs. 40-42), artículo 8.d) 2 de la *Directiva 2002/73/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002* (DOCE núm. L 269, de 5-10-2002, pág. 15 y sigs.) y artículo 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) (DOUE L 204/23, de 26-07-2006).

(4) BOE núm. 313, de 31-12-2003.

(5) BOE núm. 71, de 23-3-2007. Abreviada como «LOI».

«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 indemnización por los daños y perjuicios sufridos».

Ambos preceptos configuran el esquema de medidas a adoptar en caso de vulneración del principio de igualdad de trato en la contratación privada, si bien no lo agotan puesto que, como veremos, existen otras. A ellas dedicamos el presente trabajo, aunque, como paso previo, debemos incidir en la interpretación del referido artículo 10 LOI.

2. «ACTO» O «CLÁUSULA». INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 10 LOI

El artículo 10 LOI tiene alcance general, de ahí que pretenda aludir, en una redacción confusa e incorrecta, a todo tipo de sanciones, esto es, a las civiles, a las administrativas, a las laborales y a las penales (6). Ello se desprende sobre todo de su inciso final *«...así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias»* (7).

Por otro lado, el precepto alude a *«actos»*, a *«cláusulas de los negocios jurídicos»* y a *«conductas discriminatorias»*. De estos términos, el que más dudas interpretativas ofrece es el primero. Puesto que el artículo 10 LOI tiene alcance general, convenimos con la doctrina que el término *«acto»* debe interpretarse en sentido de *«actuación/conducta discriminatoria»* (8).

Ahora bien, a nosotros nos parece que este significado general del término posteriormente, teniendo en cuenta el ámbito del derecho al que lo aplicaremos tendrá un sentido más preciso o, si se quiere, un significado técnico concreto. Así, cuando el legislador se refiere, en el Título VI, a la aplicación del principio de igualdad en la contratación privada, utiliza la expresión, propia de las dos Directivas referidas, de *«acceso a bienes y servicios y su suministro»*, términos que no se emplean en sentido jurídico. Sin embargo, tanto el acceso como el suministro se suelen hacer mediante la celebración

(6) María Paz GARCÍA RUBIO, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», en *La Ley*, n. 6602.

(7) Otro aspecto que interesa destacar en relación con el artículo 10 LOI es el que se refiere a las medidas que se deben adoptar cuando existe discriminación en el Derecho Civil. Según el precepto, son la *nulidad* («se considerarán nulos y sin efectos») y la *responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones*. Tenor literal éste que no deja de sorprender por cuanto la indemnización, como se conoce, es un sistema de reparación.

(8) María Paz GARCÍA RUBIO, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», en *La Ley*, n. 6602.

de un contrato y éste, en cuanto tal, se presenta como «acto» —como hacer humano—. En este sentido, pensamos que el «acto» que puede constituir discriminación y que el legislador nombra a renglón seguido de la «cláusula de los negocios jurídicos» equivale a «*hecho al que el ordenamiento jurídico le atribuye el nacimiento de una relación obligatoria*». Luego, equivaldría a «fuente» de la obligación y, concretamente, al «contrato». De esta forma no podrían quedar comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Título VI las relaciones obligatorias que no derivaran de contrato (9).

De ello resultaría que el artículo 10 LOI, en materia contractual, esto es, aplicado específicamente al Título VI de la LOI estaría haciendo referencia a dos realidades concretas: una, la discriminación en la fuente, en el contrato mismo, luego, en el momento de la celebración del contrato («acto») y, otra, la discriminación que se produce en el contenido de la relación obligatoria que de él dimana («cláusulas de los negocios jurídicos») (10). En la prime-

(9) En este extremo, debe traerse a colación el artículo 69.1 LOI, el cual, sólo advierte que los bienes o servicios que se ofrezcan y/o suministren deben ofrecerse y/o suministrarse «fuera del ámbito de la vida privada y familiar». No existe ninguna norma que, como en la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, AGG, de 14-8-2006 (*BGBI*, I, pág. 897), se excluya la aplicación del principio de igualdad de trato al Derecho de Familia y al Derecho de Sucesiones. De hecho, la Directiva 2004/113/CE tampoco establece una norma en este sentido, por lo que pudiera ser pensable que la norma también sea aplicable a otros ámbitos más allá del Derecho contractual. Sin embargo, esta expresión un tanto ambigua y criticada por la doctrina (Julia KORELL, «Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht?», en *JURA* 1/2006, pág. 6; Karl RIESENHUBER/Jens-Uwe FRANCK, «Verbot des Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht», en *JZ* 11/2004, pág. 530) se define en función de las personas, es decir, que se refiere a personas con las que se tiene un determinado lazo familiar o de parentesco o, incluso, de amistad (véase, § 19.5 AGG). Se trata de un ámbito en el que el acceso a los bienes y a los servicios se encuentra restringido al tratarse de relaciones en las que impera el elemento de la confianza. Se excluyen de la aplicación de la Directiva, por consiguiente, tanto las relaciones derivadas del Derecho de Familia como del Derecho de Sucesiones. A nosotros nos parece que la interpretación de la LOI debe ser una «interpretación conforme» con la Directiva 2004/113/CE y, en consecuencia, quedar excluidas aquellas relaciones del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato de la LOI. En este sentido, la dicción del legislador alemán, cuando incorporó la Directiva 2004/113/CE a su ordenamiento interno, en su § 19.1 AGG, al referirse a la aplicación del principio de igualdad de trato en «*el nacimiento, en la ejecución y en la extinción de una relación obligatoria civil*» (*Begründung, Durchführung und Beendigung*), le obliga a excluir, de modo expreso, las relaciones obligatorias derivadas de situaciones de Derecho de Familia y de Derecho de Sucesiones (§ 19.4 AGG: «*Die Vorschriften dieses Abschnitts findet keine Anwendung auf familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse*»).

(10) La Directiva 2004/113/CE, en su artículo 13, establece que 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, y, en particular, se declaren nulas o se modifiquen 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. La referencia explícita a estas «cláusulas negociales» se hace «en particular». Luego no excluye disposiciones contractuales referidas a otros negocios jurídicos (vid., en esta dirección, María Paz GARCÍA RUBIO, «Discriminación por

ra situación, el «acto» «constituye discriminación por razón de sexo»; en la segunda situación, la «cláusula» «causa discriminación por razón de sexo». De esta forma, se podría explicar la utilización conjunta de «actos» y «cláusulas de los negocios jurídicos» junto a «constituyan o causen». Éstas van a ser principalmente las dos situaciones que nosotros analizaremos en relación con los remedios que tiene a su disposición la parte discriminada.

A las mismas se puede añadir el supuesto de discriminación cuando ya se ha extinguido la relación obligatoria, puesto que, una vez extinguida la relación jurídico-obligatoria que vinculaba a las partes, la conducta discriminatoria puede continuar, si ya se daba en sede contractual o producirse *ex novo*, pero por razón de una relación jurídico-obligatoria que las vinculaba (v.gr., el arrendador suministra referencias incorrectas respecto del arrendatario o respecto del prestador del servicio basándose exclusivamente en razones de género) (11). En esta hipótesis, el artículo 10 LOI, que es una norma general al situarse en el Título I establece, como se sabe, las sanciones: nulidad y sistema de reparaciones o indemnizaciones. Pero, además, el artículo 12.1 LOI establece expresamente que la tutela judicial efectiva continuará más allá de la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la situación de discriminación. Norma esta que recoge el criterio jurisprudencial del TJCE asentado en el caso *Belinda Jane Coote v. Granada Hospitality Ltd.*, en sentencia de 22 de septiembre de 1998 (12).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que detrás de estas normas está presente un debate más profundo referido al conflicto que existe entre la *cláusula general* (o principio constitucional) relativo al *libre desarrollo de la personalidad* (art. 10.1 CE), cuyo fundamento es el *derecho a la libertad de toda persona* (art. II-66 de la no nata Constitución Europea, art. 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) (13), y en el que se enmarca el *principio de autonomía privada* (14), que comprende, a su vez, la *libertad de contratar* y la *libertad de fijar el contenido del contrato*, ambas

razón de sexo y Derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, enero-diciembre de 2007, págs. 136-137).

(11) Hipótesis esta que también se presenta en el Derecho inglés [vid., Mark BELL, «A Patchwork of Protection: The New Anti-Discrimination Law Framework», 2004 67(3), *MLR*, pág. 472].

(12) Res. 185/97. Al respecto, vid. Susana SANZ CABALLERO, «Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres», en M.^a Josefa RIDAURA MARTÍNEZ/Mariano J. AZNAR GÓMEZ, *Discriminación versus diferenciación*, Valencia, 2004, págs. 336-338.

(13) DOCE 2000/C 364/01, de 18-12-2000.

(14) Werner FLUME, *El negocio jurídico*, 4.^a ed., trad. por José María MIQUEL GONZÁLEZ/Esther GÓMEZ CALLE, Madrid, 1998, pág. 25: «...porque el reconocimiento de la autonomía privada es un principio fundamental del ordenamiento jurídico como parte del reconocimiento de la autodeterminación de la persona».

libertades son contenido, asimismo, de la *libertad de empresa* (art. 38 CE) (15), con un *derecho fundamental*, el *derecho a ser tratado igual* [arts. II-80, II-81 de la no nata Constitución Europea, arts. 20 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 12.1 del Tratado de Ámsterdam (16), art. 14 CE]. El legislador no goza de un poder omnímodo para restringir la libertad de las personas y sus proyectos de vida. Toda restricción debe adecuarse al *principio de proporcionalidad*, de suerte que la injerencia en la cláusula general sólo procede cuando no se puede alcanzar el fin que se persigue por un medio menos gravoso (17). Por ello, deben establecerse límites a la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, siempre que éstos sean proporcionados (*Drittwirkung*) (18).

El artículo 10 LOI establece, en términos generales, que las conductas discriminatorias generarán, además, de nulidad, responsabilidad «a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas». La referencia a la «proporción» consideramos debe interpretarse en el sentido advertido por el derecho constitucional, habida cuenta del conflicto de intereses que hemos esbozado (19). Por eso, nos parece que la norma debe entenderse en la dirección de que la medida que se adopte —y que comporta una restricción en la aplicación de un principio constitucional— para reparar el daño ocasionado con la conducta discriminatoria debe ser una medida «adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto» a la finalidad perseguida (el respeto al derecho a ser tratado igual) (20).

(15) Desde la consideración de la libertad de empresa como un derecho fundamental, vid. Manuel ARAGÓN REYES, «Constitución económica y libertad de empresa», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez Menéndez*, T. I, Madrid, 1996, págs. 169-171; Antonio CIDONCHA, *La libertad de empresa*, Pamplona, 2006, pág. 175 y sigs.

(16) Versión consolidada de 2002 (DOCE C 325, de 24-12-2002, pág. 33 y sigs.). Prohibiciones especiales en este mismo Tratado son las recogidas tanto en el artículo 3.2 (*eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad*) como en el 141 (*igualdad de trato, igualdad de oportunidades, igualdad de retribución entre hombres y mujeres, en el ámbito laboral*).

(17) Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2.^a ed., Madrid, 2005, pág. 70.

(18) Límites de la libertad contractual y *Drittwirkung* no son términos que signifiquen lo mismo (Jesús GARCÍA TORRES/Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986, págs. 14-15). Vid., además, Ingo VON MÜNCH, en Pablo SALVADOR CODERCH/José FERRER I RIBA, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, 1997, págs. 25-26. Vid. trabajos más recientes con todo lujo de detalles, Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, 2000, pág. 161 y sigs.; María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y Derecho Privado*, Madrid, 2004, pág. 111 y sigs.

(19) La referencia que hace la norma a la proporcionalidad en relación con la indemnización supondría que ésta debería ser proporcional al daño ocasionado, es decir, que no habría una reparación integral del daño sino sólo de una parte que se contiene en el todo.

(20) Sobre estas cuestiones, vid. mi trabajo, *Negativa a contratar y prohibición de discriminar*, pág. 1619 y sigs. y allí más bibliografía.

Y, específicamente, el legislador en materia de acceso y suministro a bienes y servicios establece en el artículo 72.1 que una de esas medidas «*adecuada, necesaria y proporcionada*», además de la nulidad y de otras admitidas por la legislación civil o mercantil, sea el resarcimiento de los daños ocasionados. No obstante, cada modalidad de resarcimiento deberá, a su vez, pasar el test de la proporcionalidad.

3. NULIDAD COMO SANCIÓN EN CASO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA

En este epígrafe trataremos la nulidad como sanción en caso de negativa a contratar (3.1) y en relación con el contenido del contrato (3.2).

3.1. NEGATIVA A CONTRATAR

El artículo 68.2 LOI (21) incorpora el artículo 3.2 de la Directiva 2004/113/CE (22). En este precepto se advierte que:

«lo previsto en el apartado anterior no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su sexo».

El legislador español, en la Exposición de Motivos de la LO 3/2007, no ha dado ninguna explicación del porqué de esta norma. Se limita a afirmar que el Título VI está dedicado a la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios, con especial referencia a los seguros.

El legislador comunitario, en cambio, se ha entretenido más en esta cuestión, en el considerando número 14 de la Directiva 2004/113/CE, en el que expone la razón de la introducción de este precepto. En efecto, advierte que: *«todas las personas gozan de libertad para celebrar contratos, incluida la libertad de elegir a la otra parte contratante para efectuar una transacción determinada. Una persona que suministre un bien o preste un servicio puede tener una serie de razones subjetivas para elegir a la otra parte contratante. En la medida en que dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante, la presente Directiva no debe afectar a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante».*

(21) En relación con esta cuestión reproduzco los planteamientos que hice en «Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)» publicado en *ADC*, 2007, V. 60, núm. IV, págs. 1619 a 1640.

(22) Este precepto establece que: *«la presente Directiva no afectará a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante».*

Con ello se nos estaría indicando que no se pretende limitar la libertad de elección de las partes, salvo cuando la elección de la contraparte venga exclusivamente determinada por el sexo de la persona, de suerte que exista una voluntad de discriminar a esa contraparte, lo que afecta, sin duda, a su dignidad personal (23).

En este caso, entonces, no existiría libertad de elección, es decir, no podría negarse a contratar con ella. Dicho en sentido afirmativo, se vería obligado a contratar con la contraparte, si ésta, claro está, le exigiera la celebración del contrato (24).

¿Qué sucede si, a pesar de esa prohibición, una persona (física o jurídica) que opera en el sector privado se niega a contratar con otra por razón de género? A tenor del artículo 10 LOL, la negativa a contratar con una persona por razón única y exclusiva de su sexo, será considerada una conducta discriminatoria que deberá ser «nula y sin efecto» (25) y —añade el precepto— «*dará lugar a responsabilidad*». La nulidad como sanción supone, en efecto, que el comportamiento discriminatorio no produzca efectos jurídicos (art. 6.3 CC). Las consecuencias jurídicas de la nulidad se recogen, como se sabe, en los artículos 1.301 y siguientes del Código Civil, respecto de los cuales se reconoce, en concreto, que los artículos 1.303 a 1.308 del Código Civil son también aplicables a la nulidad y no sólo a la anulabilidad. Ahora bien, estos preceptos se están refiriendo exclusivamente a la restitución a la situación anterior (*restitutio in integrum*) al acto, que se ha declarado nulo, en relación con obligaciones de dar exigiendo que se devuelvan las respectivas prestaciones con los frutos y accesorios que, en su caso, existieran. Sin embargo, nada se advierte respecto de las obligaciones de hacer y de no hacer. La restitución a la situación anterior a la discriminación, en la hipótesis que tratamos, supone volver al momento en que se realiza la elección de la otra parte contratante. Ahora bien, esta restitución, consecuencia de la inefi-

(23) Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «Autonomía privada y derechos fundamentales», en *ADC*, 1993, pág. 107; María Paz GARCÍA RUBIO, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», en *La Ley*, núm. 6602; Katharina VON KOPPENFELS, «Das Ende der Vertragsfreiheit?», en *WM*, 29/2002, pág. 1493.

(24) Franz BYDLINSKI, «Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges», en *AcP* 180 (1980), pág. 4.

(25) De hecho, no haría falta esta referencia a la nulidad, por cuanto, si la norma, como parece, reviste carácter imperativo, la sanción de la nulidad de la actuación discriminatoria se derivaría de la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil. Con anterioridad a esta norma, la doctrina había aludido al «orden público» como límite a la autonomía privada, en el cual se podía insertar el principio de igualdad, e incluso, se hablaba de «orden público constitucional» (Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «Autonomía privada», pág. 106 y sigs.; Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Principio de igualdad y Derecho Privado», en *ADC*, 1990, pág. 369 y sigs.; María Paz GARCÍA RUBIO, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», en *La Ley*, n. 6602). Con la publicación de la nueva ley se trata de un límite imperativo al principio de autonomía privada. Luego la nulidad sería la sanción a la vulneración de una norma imperativa.

cacia de la actuación discriminatoria no supondrá *per se* la obligación de la parte discriminadora de contratar a la parte discriminada (26), lo que supondrá, en cambio, es el cese de la conducta discriminatoria. Si es esa la reparación que la parte, que ha sufrido la discriminación, pretende que se imponga a aquélla, o sea, la obligación de contratar, deberá fundamentarse mediante la exigencia de responsabilidad por el daño causado. En definitiva, la sanción de nulidad, en esta hipótesis, no resulta ser una sanción efectiva.

3.2. CONTENIDO DEL CONTRATO

La discriminación por razón de sexo también puede darse en el contenido del contrato mediante la introducción de cláusulas que perjudiquen a una parte por razón única y exclusivamente de su género. Además, de la posible indemnización pecuniaria que el perjudicado pueda solicitar por el daño moral ocasionado, el artículo 10 LOI ya referido establece que «*aquellas cláusulas de los negocios jurídicos que (...) causen discriminación por razón de sexo se considerarán nul(a)s*». Evidentemente, estas cláusulas no son sólo aquéllas que hayan establecido las partes, sino también las que pudieran derivar de los usos del tráfico y de la buena fe (argumento *ex art.* 1.258 CC). Ahora bien, como paso previo para analizar con más detalle esta norma, conviene detenerse en los sujetos concernidos por la misma en la contratación privada. Y para ello debemos dirigirnos al artículo 69.1 LOI que explicita que: «*todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar...*» (27). En este precepto, por tanto, se incluyen tanto particulares como empresarios que suministren bienes o servicios a personas con las que no se tiene un determinado lazo familiar o de parentesco o, incluso, de amistad («*disponibles para el público*») (28).

(26) Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO/M.^a Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, págs. 324-326. Por otro lado, sería pensable, en el supuesto que tratamos, que la nulidad no tuviera efecto retroactivo y sólo tuviera efectos para el futuro (cfr. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA/M.^a Ángeles PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos*, Madrid, 2005, pág. 256). Sin embargo, este planteamiento sólo implicaría el cese de la conducta discriminatoria, no la obligación de contratar con la parte discriminada.

(27) Esta norma reproduce de forma fiel el artículo 3.1 de la Directiva 2004/113/CE. En efecto, en él se establece que: «*...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 este contexto*».

(28) Los bienes o servicios deben estar *disponibles al público* tanto en el sector público como en el privado, reza el artículo 3.1 de la Directiva 2004/113. La Directiva 2000/43/CEE, del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio

A partir del ámbito de aplicación subjetivo del artículo 69.1 LOI, que es el que se refiere específicamente a la prohibición de discriminar en la contratación privada, resultarían las dos hipótesis siguientes (29):

- i) En primer lugar, el *contrato celebrado entre un empresario y un particular en cuyo contenido aparece alguna o algunas cláusulas discriminatorias* (30). En este caso, es probable que dicha cláusula constituya una cláusula abusiva a la que, consiguientemente, deberá considerarse «nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta» [art. 83.1 del Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (31), art. 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación (32)]. Luego, nulidad parcial del contrato. La parte afectada por la nulidad se integrará de acuerdo con lo establecido en el conocido artículo 1.258 del Código Civil y el principio de la buena fe objetiva (art. 83.2 del Real Decreto-Legislativo 1/2007). Cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición contractual de las partes, se podrá declarar la nulidad total del contrato (art. 83.2 del tercer párrafo del Real Decreto-Legislativo 1/2007, art. 10 LCGC).
- ii) En segundo lugar, *el contrato celebrado entre particulares* queda excluido del ámbito de aplicación del Real Decreto-Legislativo 1/2007,

de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE núm. L 180, de 19-7-2000, págs. 22-26) se refiere tanto a esta disponibilidad como a la oferta de los mismos. Debe analizarse, pues, el debido entendimiento de estas expresiones. Algunos autores (Julia KORELL, «Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht?», en *JURA* 1/2006, pág. 6; Karl RIESENHUBER/Jens-Uwe FRANCK, «Verbot des Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht», en *JZ* 11/2004, pág. 530) se han planteado si se refiere a verdaderas ofertas contractuales o incluye también los supuestos de *invitatio ad offerendum*, puesto que las normas comunitarias aluden sólo a disponible, término no jurídico, y concretamente, la Directiva 2000/43 diferencia entre esa disponibilidad y la oferta de los bienes y servicios. A nosotros nos parece que la discusión es un tanto estéril, ya que si se trata de proteger a la persona contratante de una actitud discriminatoria deben incluirse ambos supuestos, tanto la oferta contractual como la invitación a hacer ofertas.

(29) No nos parece que las posibles «conductas discriminatorias» que puedan darse en la contratación entre empresarios [esencialmente, art. 16.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (BOE núm. 10, de 11-1-1991, en adelante, LCD) y artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (BOE núm. 159, de 4-6-2007, en adelante, LDC) queden comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la LOI, lo que se desprendería de los artículos 1 y 2 de la referida norma.

(30) Este supuesto (*Massengeschäfte*) es el recogido por el legislador alemán en el § 19 AGG (Jobst-Hubertus BAUER/Burkard GÖPFERT/Steffen KRIEGER, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Kommentar*, Munich, 2007, págs. 244-245).

(31) BOE núm. 287, de 30-11-2007, en adelante, Real Decreto-Legislativo 1/2007.

(32) BOE núm. 89, de 14-04-2008, en adelante, LCGC.

el cual sólo se aplica, según el artículo 2, a aquellas relaciones jurídicas entre consumidores o usuarios y los empresarios. Por tanto, respecto de este contrato deberemos tener en cuenta las reglas generales en materia de nulidad. La cláusula en cuestión será nula por ser un pacto que vulnera una norma imperativa, cual es, en nuestro supuesto, la LOI (arg. *ex art.* 1.255 CC y art. 6.3 CC). Y ésta en su artículo 10 establece, de modo expreso, que serán «nulas» las cláusulas de los negocios jurídicos. Luego, establece la nulidad parcial. Conocido es, además, que la doctrina considera admitida en nuestro ordenamiento jurídico, como categoría general, a la nulidad parcial en aras del principio de conservación del contrato y que tanto el artículo 1.258 como el artículo 1.287 del Código Civil conceden al juez la facultad de integrar el contrato como forma de hallar una regulación sustitutoria (33). Por ello, la parte del contrato declarada nula podrá integrarse de acuerdo con los criterios que los preceptos mencionados establecen, si bien cuando afecte a elementos esenciales del contrato deberá declararse la nulidad total del contrato (art. 1.300 CC y art. 1.289 CC en materia de interpretación).

4. MEDIDAS EN CASO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA

Existen toda una serie de medidas que están a disposición de la parte discriminada frente a la parte discriminadora en cualquiera de las hipótesis destacadas. En primer lugar, nos referiremos al cese de la conducta discriminatoria, tanto el cese actual como el cese para el futuro. En este extremo, dos son los cauces a través de los cuales vehicular dicho cese de la discriminación: uno, solicitando medidas cautelares (4.1) y, dos, ejercitando una acción de cesación, la cual, a tenor de la legislación vigente, sólo estaría expresamente reconocida en caso de que la parte discriminada tuviera, además, la condición de consumidor (4.2). En tercer lugar, el remedio al que, en la práctica, con mayor frecuencia acudiría la parte discriminada será la reparación del daño ocasionado (4.3). Y, en último lugar, haremos referencia a la posibilidad de solicitar la publicación de la sentencia en la que se condene a una parte contractual por discriminación, remedio este que no está previsto de modo explícito en la LOI (4.4).

Una cuestión nos interesa destacar, antes de adentrarnos en los remedios en caso de discriminación en la contratación privada, la posibilidad recono-

(33) LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I, 6.ª ed., Madrid, 2007, págs. 586 a 589; JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA/M.ª ÁNGELES PARRA LUCÁN, *Las nulidades*, pág. 221 y sigs.

cida a la parte discriminada, en el artículo 72.1 LOI, de acumular diferentes remedios. En efecto, se advierte en el mismo: «*sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil...*». Dentro de esta última, pudiera darse el caso de que la conducta discriminatoria supusiera, a su vez, un acto de competencia desleal. Así, el artículo 16.1 LCD establece como trato discriminatorio el que puede sufrir el consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta, salvo que exista causa que lo justifique. Esta conducta permitirá al consumidor el ejercicio de diversas acciones (entre ellas, la acción de cesación de la conducta discriminatoria) como preceptúa el artículo 18 LCD, para lo cual gozaría, según establece el artículo 3.1 LCD, de legitimación activa.

4.1. MEDIDAS CAUTELARES NEGATIVAS

Uno de los primeros remedios que, a buen seguro, la parte discriminada solicitará, es el cese inmediato de la discriminación que está sufriendo y pretenderá que no se vuelva a producir en el futuro (34). El cese de la conducta discriminatoria se puede vehicular como solicitud de una *medida cautelar*. En efecto, la vigente LEC ha establecido un sistema de *numerus apertus* de medidas cautelares permitiendo que el juez adopte incluso medidas cautelares innominadas o atípicas (35). En esta dirección, el artículo 721.1 LEC posibilita que se soliciten las *medidas cautelares que el actor considere necesarias* para asegurar la efectividad de la tutela judicial efectiva que pudiera otorgarse en una sentencia estimatoria que se dicte. Pero, sobre todo, el artículo 726.1 LEC, que establece la competencia de los órganos judiciales para decretar, como medida cautelar, cualquier actuación directa o indirecta, que resulte exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente. Además, el artículo 726.2 LEC determina que podrán adoptarse como medidas cautelares aquéllas que consistan en órdenes o prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte. Todo ello viene avalado por el artículo 727.1 LEC, que al enumerar toda una serie de medidas cautelares advierte que estas medidas pueden ser adoptadas «*entre otras*» posibles, lo que aparece corroborado por el artículo 727.11.ª LEC.

(34) Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2.ª ed., Pamplona, 2005, pág. 96.

(35) La LEC siguió el camino iniciado por el artículo 129.1 de la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa* (BOE núm. 167, de 14-7-1998) de 1998, que permite a las partes en el proceso contencioso-administrativo «*la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*».

Dentro de las medidas cautelares típicas, el artículo 727.7.^a LEC establece que los órganos judiciales podrán adoptar medidas cautelares *negativas* consistentes en la orden judicial de cesación provisional del ejercicio de una actividad determinada, o en la orden de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta. Estas medidas serán las aplicables para garantizar la efectividad de aquellos pronunciamientos donde se estimen pretensiones relativas a la ilegalidad de las conductas positivas (en nuestro caso, discriminatorias) realizadas por el demandado (en nuestro caso, la parte discriminadora) (36). En este ámbito se comprenden las medidas cautelares dirigidas al cese de una intromisión ilegítima en procesos de tutela del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (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*) (37), o el cese provisional de un acto de competencia desleal (art. 25.1 LCD), o el cese provisional de la publicidad ilícita (art. 30.1 de la *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, de 1988, general de publicidad*) (38) o el cese provisional de los actos ilícitos contra la propiedad intelectual e industrial [arts. 138-139 del *Real Decreto-Legislativo 1/1996, de 12 de abril* (39), arts. 63 y 135 de la *Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes* (40), art. 41 de la *Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas* (41), art. 53 de la *Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial* (42)]. En consecuencia, por tanto, el órgano judicial podrá solicitar el cese de la conducta discriminatoria en cuanto medida cautelar en cualquier proceso que se inicie y en el que se enjuicie la ilegalidad de dicha conducta.

4.2. PRETENSIÓN AL CESE DE LA CONDUCTA DISCRIMINATORIA: VÍAS PARA SU ADMISIÓN

Ahora bien, en cuanto medida cautelar el cese de la conducta discriminatoria es provisional, condicionado y susceptible de modificación (art. 726.2 LEC). Sin embargo, la parte discriminada lo que normalmente pretenderá es que ese cese sea definitivo y para ello lo que debería ejercitar sería una

(36) Jaime GUASP/Pedro ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil*, V. II, 6.^a ed., Madrid, 2005, págs. 503-504.

(37) *BOE* núm. 115, de 14-05-1982, en adelante, LODH.

(38) *BOE* núm. 274, de 15 de noviembre de 1988; última modificación por *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre* (*BOE* núm. 313, de 29-12-2004). En adelante, LGP.

(39) Modificado por *Ley 23/2006, de 7 de julio*, por la que se modifica el Texto Refundido de la *Ley de Propiedad Intelectual* (*BOE* núm. 162, de 8-7-2006), en adelante, LPI.

(40) *BOE* núm. 73, de 26-3-1986, en adelante, LP.

(41) *BOE* núm. 294, de 8-12-2001, en adelante, LM.

(42) *BOE* núm. 162, de 8-7-2003, en adelante, LPJDI.

acción de cesación, acción que no aparece contemplada con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico (43) ni específicamente en la LOI (44), lo que no deja de merecer, sobre todo, en este segundo caso, un juicio negativo. Puesto que la Directiva 2004/113/CE es una «norma de mínimos», el legislador español podría perfectamente haber recogido de modo específico esta acción, como su homólogo alemán sí ha hecho en el § 21 AGG (45).

Cuando la parte discriminada tenga la condición de «consumidor», siempre cabrá el ejercicio de la acción de cesación prevista en el Capítulo I del Título V del Libro I del Real Decreto-Legislativo 1/2007 (arts. 53 a 56). El inconveniente que, en este punto existe, es el relativo a la legitimación para el ejercicio de la acción, ya que el propio perjudicado no estaría legitimado activamente, sino que, a tenor del artículo 54, lo están el Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, el Ministerio Fiscal y las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Sólo cuando el cese de la discriminación se solicite en cuanto defensa de intereses difusos o colectivos de los consumidores, el perjudicado, por mor del artículo 11.1 LEC, también estará legitimado (art. 54.3 del Real Decreto-Legislativo 1/2007). Sea lo que fuere, la efectividad de esta vía de protección será, en la práctica, para la parte discriminada mínima, si no nula.

En materia de condiciones generales hay que tener en cuenta el artículo 12.1 LCGC, que establece que contra la utilización o incluso recomendación que condiciones generales que resulten contrarias a normas imperativas podrá interponerse una acción de cesación. Esta acción va dirigida a obtener una sentencia que condene a la parte demandada (discriminadora) a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en

(43) Advierte Luis María Díez-PICAZO que «la posibilidad de ejercer acciones de cesación en defensa de los derechos fundamentales, sin embargo, es más problemática ante los tribunales civiles. En el ámbito jurídico-privado, no hay norma alguna que, con alcance general, reconozca la facultad judicial que así sea, ya que aquí no se trata de la cesación de actuaciones de la administración, sino de personas privadas. En este contexto, toda orden judicial de esa índole supone, por definición, una limitación de la libertad de las personas. Ello significa que tales acciones de cesación sólo serán posibles en los supuestos previstos en el ordenamiento jurídico» (*Sistema*, pág. 97). Con base en estas reflexiones, no se podría interpretar el artículo 10 LOI en el sentido de establecer un sistema *apertus* de medidas reparadoras y de sanciones, que permitiera a la parte discriminada solicitar cualquier medida que sea real, efectiva y proporcionada al perjuicio sufrido.

(44) Lo podría haber hecho a través de la Disposición Adicional quinta de la LOI destinada a modificar la LEC (María Paz GARCÍA RUBIO, *Discriminación por razón de sexo y Derecho contractual*, pág. 154).

(45) El estudio detenido del § 21 AGG puede verse en Reinhard GAIER/Holger WENDTLAND, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, pág. 93 y sigs.; Dagmar SCHIEK, en Dagmar SCHIEK (dir.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, pág. 343 y sigs.

el futuro, determinando o aclarando, cuando ello sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz (art. 12.2 LCGC).

Por ello, se podría considerar con la doctrina (46) que podría darse una aplicación analógica de la LODH, que también regula la protección de derechos fundamentales como hace la LOI, y entender que la parte discriminada está legitimada para ejercitar la acción de cesación de la conducta discriminatoria (art. 9.2 LODH) en juicio ordinario y con carácter preferente (art. 249.1.2.º LEC) al pretender la tutela judicial civil de un derecho fundamental, cual es el derecho a ser tratado igual.

Sin necesidad de acudir a la aplicación analógica del artículo 9.2 LODH, podríamos obtener el mismo resultado, esto es, el cese de la conducta discriminatoria a través de, en primer lugar, solicitar el cese de dicha conducta como una forma de *reparación in natura*, esto es, la restitución de la situación anterior, luego a la situación de no discriminación (47), lo que tendría la ventaja de poder solicitar en un mismo proceso el cese de la discriminación y la reparación pecuniaria de los daños ocasionados.

En segundo lugar, al mismo resultado se podría llegar también si se solicita que se declare «nulo y sin efecto» la conducta discriminatoria, pues, como hemos destacado más arriba (48), entre los efectos que se derivan de la nulidad se encuentra la *restitutio in integrum*, luego la restitución de la situación anterior, lo que comportaría el cese de aquél.

Y, finalmente, en tercer lugar, se podría solicitar directamente el cese de la conducta discriminatoria mediante un juicio ordinario (art. 249.1.2.º LEC) en cuanto tutela judicial civil de un derecho fundamental. En el mismo proceso se podría solicitar la indemnización de los daños ocasionados.

4.3. REPARACIÓN DE LOS DAÑOS OCASIONADOS

En relación con la reparación de los daños ocasionados nos interesan especialmente tres aspectos: el primero, la posible reparación *in natura* del daño ocasionado (4.3.1); el segundo, los criterios establecidos por el TJCE en esta materia (4.3.2) y, en último término, la justificación de las diferencias de trato (4.3.3).

(46) María Paz GARCÍA RUBIO, *Discriminación por razón de sexo y derecho contractual*, págs. 153-154.

(47) Jobst-Hubertus BAUER/Burkard GÖPFERT/Steffen KRIEGER, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Kommentar*, pág. 258.

(48) Vid. el epígrafe dedicado a la nulidad (III).

4.3.1. Reparación in natura del daño ocasionado

En este punto, conviene detenerse en la «obligación de contratar» en cuanto pueda representar una forma de reparar el daño ocasionado y, concretamente, la reparación específica o *in natura* y, en segundo lugar, habrá que determinar si la «obligación de contratar» es «adecuada, necesaria y proporcional» al daño ocasionado. De todos modos, el remedio más frecuente, en la práctica, al que acudirá la parte discriminada será la reparación pecuniaria de los daños y perjuicios ocasionados (arts. 1.106-1.107 y 1.902 CC) por la conducta discriminatoria (49). Con ella se intentarán reparar tanto los posibles daños materiales como los daños morales sufridos (50).

A) Obligación de contratar a la parte discriminada

Como hemos indicado en el epígrafe dedicado a la nulidad en cuanto sanción a la conducta discriminadora, si la reparación que pretende la parte discriminada es que se imponga a la parte discriminadora la obligación de contratarla, esta exigencia deberá fundamentarse a través de la responsabilidad del daño causado. La primera cuestión que nos debemos plantear es ante qué tipo de responsabilidad nos encontraremos, habida cuenta de que la negativa a contratar —conducta discriminatoria— se da en el momento de la celebración del contrato o, mejor aún, en el momento previo a la celebración del contrato, en la fase precontractual. Cabrían, *prima facie*, dos planteamientos: uno, que considera que se estaría vulnerando el deber genérico de que nadie puede dañar a otro y, por tanto, la responsabilidad sería extracontractual (51); otro, que se pronuncia a favor de la responsabilidad contractual al considerar que se vulnera una obligación previa, cual sería la violación de la norma que prohíbe la discriminación directa o indirecta por razón de sexo (52) (*ex art.* 1.258 CC).

(49) Martin SCHMIDT-KESSEL, *Fremde Erfahrungen*, pág. 66; Wolfgang WURMNEST, *Grundzüge*, pág. 74.

(50) Vid. artículo 5 de la *Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte* (BOE núm. 166, de 12-7-2007). En este precepto se establece que las personas físicas y/o jurídicas que organicen cualquier prueba, competición o espectáculo deportivo o los acontecimientos que constituyan o formen parte de dichas competiciones serán *patrimonial* y administrativamente *responsables* de los daños que se ocasionen.

(51) Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, *Autonomía privada*, pág. 107. Este autor postula esta medida sobre la base de entender que, en determinados casos, el derecho a no contratar puede tornarse un ejercicio abusivo y antisocial (art. 7.2 CC) que generaría responsabilidad extracontractual (pág. 107, nota a pie de página núm. 107).

(52) María Paz GARCÍA RUBIO, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», en *La Ley*, n. 6602. La misma autora incide

Ya tuviera una u otra consideración, la parte perjudicada podría pretender una reparación *in natura*, de suerte que se impusiera a la parte discriminadora la obligación de contratar con ella. *¿Cómo se articularía esta medida?* La respuesta dependerá de la consideración que se atribuya a la situación. Así, si partimos de que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual debería entonces solicitarse el cumplimiento específico de la obligación (53), luego, la no violación de la norma que prohíbe la discriminación mediante la imposición de una obligación de contratar (54). Este planteamiento tendría como argumento a su favor el hecho de que el artículo 72.1 LOI advierte «*sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil...*». Luego, las acciones propias del incumplimiento contractual.

Si partimos, en cambio, de que se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual, debería demandarse la reparación del daño *in natura* (*Naturalrestitution*) (55), para llegar a la exigencia de que se contrate con la parte

en este planteamiento en su último trabajo, «Discriminación por razón de sexo y derecho contractual», pág. 172.

(53) Rafael VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995, pág. 149 y sigs.

(54) Desde la óptica procesal, sería de aplicación el artículo 708 LEC, que establece la condena a la emisión de una declaración de voluntad, en nuestro caso, una declaración de voluntad que consista en la oferta contractual, de manera que si no lo hace se tendrá por emitida, si estuviesen determinados (o fueran determinables) los otros elementos esenciales del contrato. Si no se encuentran determinados, procederá la indemnización de los daños y perjuicios. Luego, desde el derecho procesal, también se limitan los supuestos en que cabe imponer la obligación de contratar a la parte discriminadora.

(55) En el Derecho alemán, la AGG no hace referencia expresa a la obligación de contratar (*Kontrahierungszwang*) como medida reparativa ante la negativa a hacerlo por razón de alguno de los criterios discriminatorios que establece, si bien, el proyecto (AGG-E) contenía una norma que admitiéndola limitaba su aplicación (§ 21.2: *Im Fall einer Vertragsverweigerung kann der Benachteiligte den Abschluss eines Vertrages nur verlangen, wenn dieser ohne Verstoss gegen das Benachteiligungsverbot erfolgt wäre*). El § 20 AGG contempla la que denomina *Beseitigungsanspruch*, pretensión nueva en el Derecho Civil alemán que la acerca a los *Folgenbeseitigungsschaden* (Christian ARMBRÜSTER, «Sanktionen wegen Diskriminierung», en *KritV* 2005, pág. 43). La doctrina germana que ha estudiado y comentado la reciente AGG está a favor, en general, de esa medida: ya sea por la vía de considerar un supuesto de reparación *in natura* del daño (Reinhard GAIER/Holger WENDTLAND, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG. Ein Einführung in das Zivilrecht*, Munich, 2006, pág. 105, n. 208: «Zudem muss bei Schadenersatzrechtlicher Herleitung die Verpflichtung zum Vertragsabschluss als Form der Naturalrestitution erklärt werden» (las itálicas son nuestras); ya sea entender que se trata de una «*quasinegatorische Anspruch*» (Dagmar SCHIEK, en Dagmar SCHIEK (ed.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Munich, 2007, Sellier European Law Publishers, § 21, págs. 346-347; Alexander BRUNS, «Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA - Movement from Contract to Status?», en *JZ* 8/2007, pág. 388). Aunque, con anterioridad a la AGG, en los comentarios de la AGG-E, en general, los autores no se mostraban muy favorables a esta medida en el ámbito civil (vid., entre otros, Christian AMBRÜSTER, «Sanktionen», págs. 45-46; Jan BUSCHE, «Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskrimi-

perjudicada. Aquí, el artículo 72.1 LOI advierte que la parte discriminada tendrá derecho a una indemnización de los daños y perjuicios. La referencia a la indemnización puede entenderse en un sentido estricto como equivalente a reparación pecuniaria del daño sufrido o, también, cabe que se interprete en sentido amplio como reparación del daño. De hecho, tanto el artículo 10 LOI que alude a «reparaciones o indemnizaciones» como la Directiva 2004/113/CE, en el artículo 8.2, se refiere a «indemnización o compensación» de forma indistinta y sin demasiado rigor técnico, lo que permitiría interpretar en este segundo sentido, esto es, en sentido amplio, la expresión «indemnización» empleada por el artículo 72.1 LOI. En esta línea de preocupaciones, la parte discriminada podría solicitar esa reparación *in natura* del daño (56), lo que determinaría la imposición al discriminador de la obligación de contratar con la parte discriminada.

En nuestra opinión, este segundo planteamiento es el que nos parece más acertado. En efecto, afirmar que existe una «obligación legal de no discriminar», cuyo incumplimiento genera responsabilidad, es lo mismo que afirmar que existe una «obligación legal de trato igual», es decir, una «obligación legal de respetar el derecho fundamental a ser tratado igual». En definitiva, que existe una obligación legal de respetar los derechos fundamentales y que cualquier violación de un derecho fundamental sería una vulneración de una obligación legal, cuyo incumplimiento generaría siempre responsabilidad contractual, cuando en realidad lo que se ha dado es la vulneración de una norma jurídica. A la postre, entonces, cualquier violación de una norma imperativa o prohibitiva o de deberes genéricos de no dañar a nuestros semejantes generaría responsabilidad contractual, lo que supondría que la responsabilidad extracontractual desapareciera porque desaparecería su ámbito de aplicación.

B) Principio de proporcionalidad y obligación de contratar

¿Cuándo la «obligación de contratar» como reparación es adecuada, necesaria y proporcional desde esta perspectiva al daño sufrido, es decir, cuándo la «obligación de contratar» como restricción a un principio constitucional, cual es el libre desarrollo de la personalidad es una restricción adecuada, necesaria y proporcional a la finalidad perseguida, esto es, que se respete el derecho a la igualdad cuya vulneración se manifiesta en unos

nierungsverbote», en Stefan LEIBLE/Monika SCHLACHTER (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006, Sellier European Law Publishers, pág. 171 y sigs.).

(56) En el Derecho Comunitario se reconoce como forma de reparación de los daños su reparación *in natura* (Wolfgang WURMNEST, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts*, Tübingen, 2003, pág. 236).

daños que sufre la parte discriminada? Para contestar debidamente a esta pregunta, conviene tener en cuenta que la celebración de un contrato no se produce de forma aislada, sino dentro del mercado y que la contratación es, precisamente, un instrumento fundamental en la estructuración del mercado en cuanto intercambio de bienes y servicios (57), mercado en el que las partes encuentran a su disposición diversas alternativas al tratarse de un mercado en el que impera la competencia (58), lo que permite renunciar a contratar con un sujeto y dirigirse a la competencia, muestra de que el mecanismo contractual funciona correctamente (59).

Para que la libre competencia en el mercado se realice deben ponerse a disposición de los agentes, que intervienen en él, diversas alternativas entre las cuales aquéllos puedan decidir libremente, es decir, deben disponer de libertad para contratar tanto en el momento de la celebración del contrato como, en un momento posterior, en la determinación de su contenido. Esta libertad contractual comprende la libertad de elegir con quién se quiere contratar. Sin libertad de elección de la parte contratante carecería de sentido, en gran medida, la existencia de competencia en el mercado. Ésta implica que el agente puede elegir entre diversas alternativas (similares o diferentes) en el mercado. Por tanto, sólo cuando no existen estas alternativas o las que existen son notoriamente peores, de suerte que se contrataría en peores condiciones, se puede afirmar que la competencia en el mercado disminuye o desaparece y, en la misma medida, la libertad contractual debe disminuir o desaparecer. Así, cuando una parte contratante tiene una posición de dominio en el mercado que explota o de la que abusa (art. 2 LDC, art. 82 TCCE), de manera que se restringen las alternativas a disposición de la otra parte contratante, puede afirmarse que la libertad para elegir a la otra parte contratante también debe restringirse (60).

En nuestro caso, imponer la obligación de contratar a la parte contratante que se ha negado a contratar con un sujeto por razón de sexo, cuando éste puede disponer de otras alternativas igualmente razonables en el mercado («*negocio de sustitución*»), nos parece una forma de reparación que no es necesaria, adecuada y no guarda proporción con el daño material sufrido, puesto que es posible escoger una medida alternativa que resulta también eficaz y que permite no restringir el principio del libre desarrollo de la per-

(57) Fritz RITTNER, «Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb», en *AcP* 188 (1988), pág. 102 y sigs.

(58) Christian AMBRÜSTER, «Sanktionen», pág. 46; Karsten SCHMIDT, «Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts - Das Kartellrecht als Beispiel», en *AcP* 206 (2006), pág. 173.

(59) Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, *Autonomía privada*, pág. 97.

(60) Franz BYDLINSKI, *Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges*, pág. 38; Werner FLUME, *El negocio jurídico*, págs. 34-35.

sonalidad en el que se inserta el principio de libertad contractual (61). Esta medida alternativa será la indemnización dineraria del daño sufrido (62). Ello resulta de aplicación tanto si la parte contratante, persona física, como si la parte contratante, persona jurídica, que celebra contratos en masa (*Massengeschäfte*), siempre que existan alternativas en el mercado.

En caso de ausencia de alternativas equivalentes en el mercado, deben diferenciarse dos supuestos:

- i) existencia de alternativas de peor condición;
- ii) inexistencia de alternativas.

En el primer supuesto debe tenerse presente que todavía es posible celebrar un «negocio de sustitución», por lo que no resultará proporcional imponer a la parte discriminadora la obligación de contratar. Ahora bien, la indemnización pecuniaria que, en este caso, se deba, deberá comprender la diferencia pecuniaria satisfecha al haber realizado un negocio de sustitución en peores condiciones (que comprenderá no sólo la diferencia pecuniaria al

(61) El artículo 9 de la *Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista* (BOE núm. 15, de 17-1-1996, en adelante, LOCM) establece la obligación de vender del titular del establecimiento público en el que se ofrezcan públicamente o se expongan artículos para su venta a favor de los demandantes que cumplan las condiciones de adquisición. La doctrina que ha comentado este precepto considera que, en realidad, el legislador ha empleado impropriamente el término «obligación de vender». Lo único que se ha pretendido es dejar claro que, en estos casos, se trata de una verdadera oferta y no de una mera *invitatio ad offerendum*, por lo que cuando recaiga la aceptación se habrá celebrado el contrato de compraventa (Silvia DÍAZ ALABART, en José Luis PIÑAR MAÑAS/Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), *Comentarios a la Ley de ordenación del comercio minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 1997, pág. 91). La negativa a vender, esto es, la revocación de la oferta, en la LOCM, conllevará una infracción (arts. 63 a 67) y una sanción de carácter administrativo (arts. 68 a 71). La LOCM guarda silencio respecto a las sanciones civiles y a las medidas de reparación, por lo que en relación con ellas será aplicable la legislación civil.

(62) En realidad, la idea de *desproporción* del cumplimiento específico se encuentra presente en la *Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo* (DOCE, núm. L 171, de 7-7-1999, págs. 12-16). En efecto, el artículo 3.3 establece que el consumidor podrá exigir al vendedor el cumplimiento específico (reparación o sustitución) salvo que ello resulte imposible o desproporcionado y entiende que es desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables. A tal efecto, da una serie de criterios que deben tenerse en cuenta para valorar la desproporción, en atención al conflicto de intereses concreto que pretende solventar la mentada norma comunitaria y que es diferente del conflicto al que nosotros dedicamos estas líneas. Por otro lado, la doctrina sostiene que el cumplimiento forzoso de la obligación o la reparación *in natura* del daño tiene el límite de la excesiva onerosidad del mismo (Rafael VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso*, pág. 169 y sigs.) criterio éste que, en nuestro supuesto, se traduciría en la falta de relación con el principio de proporcionalidad de la medida, al suponer una limitación de una cláusula general.

haber pagado por el bien o el servicio una contraprestación de cuantía más elevada, sino que comprenderá también los costes de transacción (63) que tengan que ver con el negocio de sustitución), además de la indemnización pecuniaria del daño moral, la cual debe proceder aún cuando no exista perjuicio económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la vulneración del principio de igualdad y a la gravedad de la lesión producida por ésta (véase, art. 18.2 de la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y adaptabilidad normal de las personas con discapacidad*) (64).

En el segundo supuesto, el daño material que se causa a la parte discriminada será más relevante que, en los casos anteriores (existen alternativas equivalentes o existen pero son de peor condición), por ello aquí sí podría considerarse que la reparación consistente en la obligación de contratar es proporcionada al daño material sufrido, puesto que la medida sólo consistente en la indemnización dineraria no resultaría adecuada, necesaria y proporcional al daño sufrido en el que a la conculcación de su derecho fundamental a ser tratado igual (daño moral) se añade el daño material de no tener acceso al bien o al servicio de que se trate, máxime cuando se trata de bienes o servicios esenciales para el consumidor (65). Luego, se impondría la obligación de contratar además, en su caso, de una indemnización pecuniaria (66) por el daño moral y por el posible daño material ocasionado. De todos modos, siempre existiría un límite a la imposición de la obligación de contratar como reparación del daño en esta hipótesis. En efecto, no se podrá imponer esta medida cuando la parte discriminadora ya haya celebrado el contrato con un tercero de buena fe (67). Si esto es así, sólo procederá la indemnización pecuniaria como reparación a la víctima.

Desde la perspectiva del derecho de daños, se justificaría este planteamiento en el *deber de mitigar los daños* que compete a todo acreedor de una

(63) Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «Los costes de transacción», en *Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez*, coord. por Juan Luis IGLESIAS PRADA, T. II, Madrid, 1996, pág. 131 y sigs.

(64) BOE núm. 289, de 3-12-2003.

(65) La doctrina alemana de los años 70-80 planteaba la *Kontrahierungszwang* en relación, precisamente, con bienes y servicios de primera necesidad o esenciales para el consumidor [Franz BYDLINSKI, «Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges», pág. 5 y sigs.; Wolfgang ZÖLLNER, «Privatautonomie und Arbeitsverhältnis», en *AcP* 176 (1976), pág. 224 y sigs.].

(66) La combinación entre ambas reparaciones es postulada, para el Derecho alemán antes de la existencia de la AGG, por Christian AMBRÜSTER, *Sanktionen*, pág. 46.

(67) A solución similar llega María Paz GARCÍA RUBIO cuando analiza los supuestos en los que la responsabilidad precontractual se repara con el interés positivo. Concretamente, cuando el cumplimiento *in natura* resulta imposible por haberse perfeccionado el contrato con un tercero de buena fe antes de que recayese la aceptación del primer destinatario de la oferta (*La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991, págs. 251-252).

indemnización, de suerte que si por pretender que se condene a la parte discriminadora a que contrate con él, ello determina la pérdida de alternativas equivalentes en el mercado y, consiguientemente, la pérdida de oportunidades de contratar, en la misma medida deberá disminuir la indemnización que deberá satisfacer el deudor (parte discriminadora) (68).

Por su parte, el TJCE ha afirmado que la sanción a establecer en caso de negativa a contratar no necesariamente debe ser la obligación de contratar (69).

4.3.2. *Criterios del TJCE en Derecho antidiscriminatorio*

En esta materia conviene tener en cuenta los *criterios* que se pueden extraer de la *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* en materia de discriminación, si bien referidos al derecho del trabajo y de la Seguridad Social, puesto que los mismos pueden servir de canon hermenéutico para los tribunales nacionales (70) cuando tengan que enjuiciar supuestos similares a partir, sobre todo de la LOI, en cuanto supone la incorporación de la Directiva 2004/113/CE:

(68) El deber de mitigar los daños se recoge en el Derecho comunitario: artículo 3.3 del Reglamento (CE), núm. 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (DOCE, L. 285, de 17-12-1997), artículo 5.2 de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DOCE, L. 198, de 23-6-1990, págs. 59-64), artículo 6.3 de la Directiva 97/5/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas (DOCE L 43 de 14-2-1997, págs. 25-30), artículo 8.2 de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE L 210, de 7-8-1985). Igualmente aparece recogido en los artículos 77 y 80 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, artículos 9:504 y 9:505 de los Principios europeos de derecho de los contratos (PECL), artículos 7.4.7 y 7.4.8 de los Principios UNIDROIT y artículo 8:101 de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (<http://www.egtl.org/principles/project.htm>). En la jurisprudencia del TJCE debe destacarse el caso GRIFONI I (C-308/87, 1990, L-1203).

(69) Sabine von Colson y Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen, STJCE de 10 de abril de 1984 (Res. 14/83), y Dorit Harz v. Deutsche Tradex GmbH, STJCE de 10 de abril de 1984 (Res. 79/83). Por otro lado, como destaca Martin SCHMIDT-KESSEL, el cumplimiento forzoso en forma específica ante una discriminación es escasamente aceptado en nuestro entorno europeo [«Fremde Erfahrungen mit zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten», en Stefan LEIBLE/Monika SCHLACHTER (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006, Sellier European Law Publishers, págs. 64-65].

(70) Incluimos en la expresión al TC ya que, como él mismo ha reconocido, recurre al Derecho comunitario como canon hermenéutico (e integrador) constitucional (vid., por todos, Ricardo ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho comunitario*, Madrid, 2003, pág. 258 y sigs.; del mismo autor, *Justicia constitucional y Unión Europea*, Pamplona, 2005, pág. 25 y sigs.).

- i) El daño moral es indemnizable con arreglo al derecho comunitario (71). La reparación del mismo sólo puede consistir en dinero y debe ser adecuada al daño sufrido. Sin embargo, esa adecuación no significa que la indemnización sólo deba cubrir los daños nominales (72), puesto que si se considera, por el juez nacional, que para que tenga efecto disuasorio de la conducta discriminatoria, y sea realmente eficaz debe establecerse una cantidad superior en concepto de indemnización, el juez nacional podrá establecerla (73). En todo caso, lo que no puede existir es un enriquecimiento injusto. El TJCE así lo ha reconocido expresamente (74). Además, debe destacarse que el artículo 72.1 LOI no alude a la indemnización «de» los daños y perjuicios sufridos, sino a la indemnización «por» los daños y perjuicios sufridos. En el primer caso, sí se podría sostener que la indemnización sólo puede cubrir estrictamente los daños ocasionados. En el segundo caso, el legislador nos está diciendo que la indemnización tiene su razón de ser en la existencia de unos daños, pero no que necesariamente el *quantum* deba ceñirse a ellos. Con ello, no queremos afirmar que se admitirían, sin más, los daños punitivos, en nuestro ordenamiento jurídico, pero que sí para que la indemnización sea realmente efectiva y tenga el efecto disuasorio que quiere el legislador (tanto español como comunitario), podría legalmente justificarse que la indemnización pueda corresponderse con una cuantía superior.

(71) Antoni VAQUER ALOY, «El concepto de daño en el Derecho comunitario», en *Estudios de Derecho de Obligaciones*, Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, T. II, Madrid, 2006, pág. 889.

(72) Un supuesto en el que una autoridad nacional se decidió por imponer una indemnización de los daños nominales fue la decisión del Equality Officer irlandés, de 5 de enero de 2004, *Thomas O'Connor v. The Icon Night Club (Limark)*, DEC-S2004-01. Los hechos fueron los siguientes: el Night Club de referencia cobraba una cantidad como entrada a los hombres, la noche del jueves en que el demandante Thomas O'Connor quería acceder al local, mientras que las mujeres podían entrar en él de forma gratuita, alegando que la medida pretendía estimular la asistencia de mujeres al local; se trataba de una medida de discriminación positiva en favor de las mujeres. Thomas O'Connor consideró dicha medida contraria al principio de igualdad (Equal Status Act 2000) y demandó al club, el cual fue condenado a dejar entrar gratis, en el establecimiento, al demandante siete noches y a satisfacerle una cantidad de 10 €.

(73) Sabine von Colson y Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen, STJCE de 10 de abril de 1984 (Res. 14/83), y Dorit Harz v. Deutsche Tradex GmbH, STJCE de 10 de abril de 1984 (Res. 79/83). Nils Draehmpael v. Urania Immobilienservice OHG, STJCE de 22 de abril de 1997 (Res. 180/95). En relación con los daños nominales y su tratamiento por el derecho y jurisprudencia comunitaria, vid. Wolfgang WURMNEST, *Grundzüge*, págs. 237-239.

(74) *Banks v. British Coal Corporation*, STJCE de 13 de abril de 1994 (Res. 128/92). En la doctrina, vid. Wolfgang WURMNEST, *Grundzüge*, pág. 233.

- ii) El TJCE ha admitido, en casos de discriminación por razón de sexo, la existencia de *daños ex re ipsa* (75), de suerte que si el legislador nacional sanciona estos casos dentro del marco de la responsabilidad civil, el mero hecho de la violación de la prohibición de discriminar por razón de sexo, genera ya la responsabilidad de la parte discriminadora sin que pueda alegar las causas de exención de la responsabilidad basadas en el derecho nacional. En sentir del TJCE, las Directivas sobre no discriminación se oponen a las disposiciones del derecho nacional que someten la indemnización de los daños por vulneración del principio de igualdad de trato por razón de sexo en la contratación al elemento de la culpa (76). Es decir, el mero hecho de negarse a tomar en consideración una oferta o una posible aceptación de una oferta se considera un daño cuya existencia se presume *iuris et de iure*, de manera que la inversión de la carga de la prueba que se establece en el derecho comunitario antidiscriminatorio, se debe referir a otros daños que dicha negativa produzca. Se acoge por parte del TJCE, en casos de daños por discriminación un sistema de *strict liability*.
- iii) El TJCE ha excluido la posibilidad de establecer *a priori* un tope máximo para la indemnización, de suerte que la parte perjudicada podrá alegar directamente la Directiva comunitaria para evitar la aplicación de una disposición nacional que estableciera un tope máximo en caso de una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de una discriminación por razón de sexo (77). No obstante, el Derecho comunitario no se opone al establecimiento de un tope máximo a la indemnización por las disposiciones nacionales, cuando la parte discriminadora pueda probar que tampoco habría celebrado el contrato con la parte discriminada sin que ésta sufriera

(75) Antoni VAQUER ALOY, *El concepto de daño en el Derecho comunitario*, pág. 877. La doctrina entiende que el hecho de prescindir de la culpa no debe extenderse a cualquier supuesto de responsabilidad civil, sino que este criterio del TJCE es exclusivo del derecho antidiscriminatorio (Wolfgang WURMNEST, *Grundzüge*, pág. 157).

(76) Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen, STJCE de 8 de noviembre de 1990 (Res. 177/88); Nils Draehmpael v. Urania Immobilienservice OHG, STJCE de 22 de abril de 1997 (Res. 180/95). El mismo planteamiento ha realizado la doctrina española en relación con la LOI, vid., por todos, María Paz GARCÍA RUBIO, *Discriminación por razón de sexo y derecho contractual*, pág. 161.

(77) M. Hellen Marshall v. Southampton and South Hampshire Area Health Authority, STJCE de 2 de agosto de 1993 (Res. 271/91). Tributario de esta jurisprudencia es el artículo 18.2 de la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y adaptabilidad normal de las personas con discapacidad* (BOE núm. 289, de 3-12-2003), el cual establece que «la indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación no estará limitada por un tope máximo fijado a priori...».

discriminación, al existir una oferta objetivamente mejor o una parte contractual objetivamente mejor cualificada (78).

- iv) En ningún caso, el TJCE ha indicado una sanción determinada al juez nacional, antes bien ha establecido que debe ser el juez nacional el que, a partir del elenco de remedios y sanciones que le ofrece su propio ordenamiento jurídico, debe decidir la medida a aplicar (79).
- v) Finalmente, debe tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia del mismo órgano jurisdiccional en la que se advierte de la necesidad de realizar una «*interpretación del derecho nacional con las Directivas comunitarias*» (80).

4.3.3. Justificación de las diferencias de trato

La parte discriminadora podrá exonerarse de responsabilidad probando que la diferenciación estaba justificada, pues, como advierte el artículo 69.3 LOI: «*serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios*» (art. 6.2 LOI en relación con la discriminación indirecta). En esa referencia a la «adecuación» y a la «necesidad» el legislador español, siguiendo al legislador comunitario, hace referencia a dos de los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad (81).

Luego, si, a pesar de existir un «propósito legítimo», las medidas que se adoptan no son adecuadas, necesarias, ni proporcionadas, no habrá diferenciación, sino discriminación. Por ende, no basta con un propósito legítimo para excluir la actuación discriminatoria, sino que es preciso, *además*, que las medidas que se adopten para alcanzar dicho propósito sean adecuadas, necesarias y proporcionadas. En este sentido, y para explicarlo con un ejemplo: una peluquería de señoras en un pueblo donde no existe ninguna otra pe-

(78) Nils Draehmpael v. Urania Immobilienservice OHG, STJCE de 22 de abril de 1997 (Res. 180/95).

(79) Sabine von Colson y Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen, STJCE de 10 de abril de 1984 (Res. 14/83) y Dorit Harz v. Deutsche Tradex GmbH, STJCE de 10 de abril de 1984 (Res. 79/83).

(80) Las primeras sentencias en las que estableció la doctrina de la interpretación conforme son las ya referidas Sabine von Colson y Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen, STJCE de 10 de abril de 1984 (Res. 14/83) y Dorit Harz v. Deutsche Tradex GmbH, STJCE de 10 de abril de 1984 (Res. 79/83). En relación con esta cuestión, vid. la ordenada exposición de María Pilar BELLO MARTÍN-CRESPO, *Las Directivas como criterio de interpretación del Derecho nacional*, Madrid, 1999, pág. 64 y sigs.

(81) En este extremo, debo remitir al lector a mi trabajo *Negativa a contratar y prohibición de discriminar*, pág. 1619 y sigs.

luquería, lo que obligaría a los hombres a desplazarse a otro pueblo o a una ciudad próxima podría entenderse como una medida no proporcionada al propósito legítimo que se persiga; mientras que una peluquería de señoras en una ciudad, en la que existen otras alternativas para los hombres (peluquerías para caballeros o unisex) podría entenderse como una medida adecuada al propósito legítimo perseguido (82).

Otra cuestión es el debido entendimiento de la expresión «propósito legítimo». El considerando número 16 de la Directiva 2004/113/CE, nos pone sobre la dirección correcta a la hora de desentrañar qué ha querido decir el legislador comunitario al respecto. En él se advierte que pueden constituir supuestos de propósitos legítimos, por ejemplo, la protección de las víctimas de la violencia por razón de sexo (creación de refugios para personas de un solo sexo), razones de intimidad y decencia, promoción de la igualdad de género o de los intereses de los hombres o de las mujeres, libertad de asociación, organización de actividades deportivas.

En el Derecho español, dado el concepto jurídico indeterminado empleado, será una cuestión que deberá analizarse caso por caso (83). En cambio, en el Derecho alemán, el legislador ha procedido, en el § 20 [1] AGG, a indicar qué propósitos se consideran legítimos (84), lo que, por un lado, proporciona seguridad al intérprete, pero, por otro lado, elimina la flexibilidad que ofrece un concepto jurídico indeterminado. En cualquier caso, lo determinante, tanto en un supuesto como en el otro, será el juicio de proporcionalidad.

4.4. PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA

Una última medida a la que queremos hacer referencia es la consistente en la «publicación de la sentencia» en la que se condena a la parte discriminadora frente a la discriminada. Esta es una medida que aparece expresamente reconocida por nuestro ordenamiento jurídico en diferentes supuestos. Así, se reconoce en caso de condena por intromisión en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 9.2 LODH) y en ma-

(82) Karl RIESENHUBER, «Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft sowie aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen», en Stefan LEIBLE/Monika SCHLACHTER (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006, Sellier European Law Publishers, pág. 124 y sigs. Otro supuesto que podría justificarse desde este planteamiento sería, por ejemplo, el de una empresaria musulmana que abre un negocio de masajes para mujeres también musulmanas y se presenta un joven altamente cualificado que es rechazado por ser hombre.

(83) María Paz GARCÍA RUBIO, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», en *La Ley*, n. 6602.

(84) Así, por ejemplo, evitar daños, peligros, protección de la esfera íntima del individuo, seguridad de las personas, ejercicio del derecho a la libertad religiosa, etc.

tería de vulneración de los derechos de propiedad intelectual (art. 138 LPI), entre otros supuestos.

En la LOI, el legislador no ha previsto esta sanción, por lo que nos parece que cabría, en este caso, la aplicación analógica del artículo 9.2 LODH, con el bien entendido que no podrá apreciarse esta medida de oficio, por el juzgador, sino sólo a instancia de parte.

5. CONCLUSIONES

La conclusión principal que se desprende del estudio realizado de las medidas al alcance de la parte perjudicada en caso de discriminación en la contratación privada es clara: el legislador español no ha establecido —pu- diendo haberlo hecho— un régimen jurídico acabado de las mismas. Ello obliga al intérprete a «elaborar» dicho régimen jurídico a partir de las medi- das generales de defensa que el ordenamiento jurídico dispone, que es lo que nosotros hemos realizado en este trabajo.

Del mismo se deriva, en primer lugar, que los daños que ocasione a la parte perjudicada la negativa a contratar con ella, sólo conllevarán una re- paración que consista en la obligación de contratar con ella, cuando así lo solicitare (85), primero, en caso de que no exista alternativa en el mercado; segundo, no se haya celebrado por el discriminador el contrato con un tercero de buena fe y, tercero, estén determinados o sean determinables los otros elementos esenciales del contrato (art. 708 LEC, art. 1.262 CC).

En segundo lugar, que el juez nacional, ante un caso que consista en una discriminación por razón de género, en la que deba aplicar la LOI, deberá realizar una «interpretación conforme» con las Directivas y, concretamente, con la Directiva 2004/113/CE y con los criterios que, en derecho antidiscri- minatorio, viene asentando el TJCE.

En tercer lugar, cabría de *lege ferenda* la introducción, en nuestro orde- namiento jurídico, de una acción de cesación de la discriminación específica, en estos casos, ya sea modificando la LOI o directamente la LEC permitiendo además que se acumule a la misma la acción solicitando la devolución de cantidades que se hubieren cobrado por mor de celebración del contrato o en virtud de cláusulas negociales a que afecte la sentencia y la reparación de los daños que hubiera ocasionado la conducta discriminatoria (arg. *ex* art. 12.2, 2.º inciso LCGC).

(85) Por otro lado, como destaca Jan BUSCHE (*Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskriminierungsverbote*, pág. 171 y sigs.), desde un punto de vista práctico, es poco recomendable exigir la celebración del contrato a la persona, que se ha negado a ello, en previsión de conflictos futuros.

La misma propuesta de *lege ferenda* debe hacerse en relación con la publicación total o parcial de la sentencia a la que, en líneas más arriba, nos hemos referido.

RESUMEN

CONTRATOS

En este trabajo se analizan las medidas al alcance de la parte discriminada, en caso de vulneración del principio de igualdad de trato en la contratación privada, tomando como punto de partida los artículos 10 y 72.1 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Del estudio realizado se deriva que el legislador español no ha establecido —pudiendo hacerlo— un régimen jurídico acabado de aquéllas, lo que obliga al intérprete a «elaborar» dicho régimen jurídico a partir de las medidas de defensa generales que el ordenamiento jurídico dispone. En esta dirección, el artículo se refiere a las medidas cautelares negativas, a la pretensión dirigida a que cese el comportamiento discriminatorio, a la reparación de los daños ocasionados y a la posible publicación de la sentencia en la que se condena a una persona física o jurídica por discriminación. Asimismo se entretiene en la sanción de nulidad en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada. Ya se trate del estudio de las medidas de defensa de la parte discriminada como de la nulidad, se ha puesto el acento en dos situaciones jurídicas concretas: la celebración del contrato, con especial énfasis en la negativa a contratar, y la fijación del contenido del contrato, con referencia a aquellas cláusulas que pueden causar discriminación.

ABSTRACT

CONTRACTS

This paper analyses the measures available to the party discriminated against in the event of violation of the principle of equal treatment in private contracts, starting with articles 10 and 72.1 of Organic Act 3/2007 of 22 March for the effective equality of women and men. From the study conducted it is concluded that Spanish legislators could but have failed to establish a finished legal system of such measures, and so interpreters are forced to «assemble» such a legal system from the general measures of defence that legislation makes available. In this direction, the article refers to negative precautionary measures, claims aimed at cessation of the discriminatory behaviour, reparations for damages and possible publication of sentences finding an individual or legal person guilty of discrimination. The paper also spends some time on the penalty of nullity in case of discrimination on the grounds of sex in private contracts. For both the study of the discriminated party's defensive measures and nullity, stress has been laid on two particular legal situations: the making of the contract, with special emphasis on refusal to enter into the contract, and the setting of the terms of the contract, with reference to those clauses that may cause discrimination.

(Trabajo recibido el 04-06-08 y aceptado para su publicación el 20-03-09)