

Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)*

SUSANA NAVAS NAVARRO
Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN

En este trabajo se aborda una cuestión ciertamente controvertida en el marco de la aplicación del principio de no discriminación en el derecho de los contratos: la negativa a contratar con alguien por razón de sexo. En el análisis que se lleva a cabo se parte de dos normas: una comunitaria (art. 3.2 Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro) y otra nacional (art. 68.2 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres). Sobre la base de postulados constitucionales se llega a la conclusión de que los daños que ocasione, a la parte perjudicada, la negativa a contratar con ella sólo conllevarán una reparación que consista en la obligación de contratar con ella, cuando así lo solicitare, 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. 1262 CC).

SUMARIO: I. *Planteamiento de la cuestión.*—II. *Negativa a contratar por razón de sexo. Consecuencias jurídicas.*—III. *Principio de proporcionalidad y obligación de contratar en caso de discriminación por*

* Esta contribución se enmarca en el proyecto de investigación dirigido por el Prof. BADOSA COLL, Ferran (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 Prof. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (SEJ2007-60834). Asimismo, agradezco al Prof. VAQUER ALOY, Antoni, catedrático de Derecho Civil de la Universitat de Lleida, las observaciones realizadas en la lectura detenida del presente trabajo que se corresponde con la conferencia pronunciada en la Universidad de las Islas Baleares en el I Congreso de Derecho Contractual Europeo y Principios Unidroit (26-27 de abril de 2007).

razón de sexo.–IV. *Mercado, competencia y consecuencias en caso de negativa a contratar por razón de sexo.*–V. *Diferencias de trato y negativa a contratar.*–VI. *Argumentos adicionales.*–VII. *Conclusión.*–VIII. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

1. En esta contribución pretendo, en la línea de unas primeras reflexiones que en modo alguno se presentan como cerradas y definitivas, antes bien están abiertas al debate, abordar una cuestión que no deja de ser controvertida en el marco del principio de no discriminación en el derecho de los contratos. Me refiero a la negativa a contratar con alguien por razón de sexo.

2. En estas reflexiones parto de *dos preceptos*, que son los que tras su lectura, han dado origen a éstas:

i) Artículo 3.2 Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro ¹, en el que se afirma 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».

ii) Artículo 68.2 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ², en el que se incorpora el contenido del referido artículo 3.2 Directiva. En él se afirma 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 núm. 14 de la Directiva 2004/113/CE, en el que expone la razón de la introducción de este precepto.

¹ *DOUE*, L 373/37, de 21 de diciembre de 2004.

² *BOE*, núm. 71, de 23 de marzo.

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».

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 ³.

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 ⁴.

3. 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 «futura» Constitución Europea, artículo 6 Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea ⁵), y en el que se enmarca el *principio de autonomía privada* ⁶, que comprende, a su vez, la *libertad de contratar*, contenido asimismo de la *libertad de empresa* (art. 38 CE) ⁷, con un derecho fundamental, el *derecho a ser tratado igual* (arts. II-80, II-81 de la «futura» Constitución Europea, artículos 20 y 23 Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea,

³ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Autonomía privada y derechos fundamentales», *ADC*, 1993, p. 107; GARCÍA RUBIO, María Paz, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», *La Ley*, núm. 6602; VON KOPPENFELS, Katharina, «Das Ende der Vertragsfreiheit?», *WM*, 29/2002, p. 1493.

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

⁵ *DOCE*, 2000/C 364/01, de 18 de diciembre de 2000.

⁶ FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, 4.^a edic., trad. por MIQUEL GONZÁLEZ, José María / GÓMEZ CALLE, Esther, Madrid, 1998, p. 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».

⁷ Desde la consideración de la libertad de empresa como un derecho fundamental, *vid.* ARAGÓN REYES, Manuel, «Constitución económica y libertad de empresa», *Estudios jurídicos en Homenaje al prof. Aurelio Menéndez Menéndez*, t. I, Madrid, 1996, pp. 169-171; CIDONCHA, Antonio, *La libertad de empresa*, Pamplona, 2006, pp. 175 ss.

artículo 12.1 Tratado de Ámsterdam ⁸, artículo 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* ⁹. Por ello, deben establecerse límites a la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, siempre que éstos sean proporcionados (*Drittwirkung*) ¹⁰.

II. NEGATIVA A CONTRATAR POR RAZÓN DE SEXO. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

1. Seguidamente nos debemos preguntar, *¿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?* Partimos de la premisa de que se dan los presupuestos que cada una de las normas que, a continuación, se mencionan, exigen:

i) La **Directiva 2004/113/CE** ¹¹, en su artículo 8.2, indica que:

«Los estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos internos las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada a causa de una discriminación (...)

⁸ Versión consolidada de 2002 (*DOCE*, C 325, de 24 de diciembre de 2002, pp. 33 ss.). Prohibiciones especiales en este mismo Tratado son las recogidas tanto en el art. 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).

⁹ Díez-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª edic., Madrid, 2005, p. 70.

¹⁰ Límites de la libertad contractual y *Drittwirkung* no son términos que signifiquen lo mismo (GARCÍA TORRES, Jesús / JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986, pp. 14-15). *Vid.* además, VON MÜNCH, Ingo, en SALVADOR CODERCH, Pablo / FERRER I RIBA, Josep, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, 1997, pp. 25-26. *Vid.* trabajos más recientes con todo lujo de detalles, NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, 2000, pp. 161 ss.; VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Madrid, 2004, pp. 111 ss.

¹¹ Artículo 3.1 Directiva 2004/113/CE: «...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».

reciba una indemnización o compensación reales y efectivas del estado miembro, de manera disuasiva y *proporcional* al daño sufrido...»¹².

Se presenta, pues, como una «norma de mínimos» que permite a los estados miembros establecer el elenco de sanciones y de reparaciones que consideren oportuno.

ii) En el Derecho español, en la LO 3/2007¹³, existen dos normas que pretenden responder a esa obligación que atribuye la Directiva a los estados miembros y que deberían responder a la pregunta antes planteada:

Los bienes o servicios deben estar *disponibles al público* tanto en el sector público como en el privado, reza el artículo 3.1 Directiva 2004/113. La Directiva 2000/43/CEE, 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 (DOCE, núm. L 180, de 19 de julio de 2000, pp. 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 (KORELL, Julia «Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht?» *JURA* 1/2006, p. 6; RIESENHUBER, Karl / FRANCK, Jens-Uwe «Verbot des Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht», *JZ* 11/2004, p. 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. Además deben estar disponibles, en el sentido amplio referido, para el público, es decir, que quedan fuera actos o contratos que tengan lugar en el *ámbito de la vida privada y familiar* (art. 3.1 Directiva 2004/113). Esta expresión un tanto ambigua y criticada por la doctrina (KORELL, Julia «Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht?» p. 6; RIESENHUBER, Karl / FRANCK, Jens-Uwe «Verbot des Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht», p. 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 (*vid.* § 19.5 *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, AGG, de 14 de agosto de 2006, *BGBI*, I, p. 897). 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 tanto las relaciones derivadas del derecho de familia como del derecho de sucesiones.

¹² 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 *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 de diciembre de 2000, pp. 16-22), artículo 15.2 *Directiva 2000/43/CEE 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* (DOCE, núm. L 180 de 19 de julio de 2000, pp. 22-26), art. 8 d 2 *Directiva 1976/207/CEE de 9 de febrero, de acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo* (DOCE, núm. L 39 de 14 de febrero de 1976, pp. 40-42), artículo 8d 2 *Directiva 2002/73/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002* (DOCE, núm. L 269 de 5 de octubre de 2002, pp. 15 ss.) y artículo 18 *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 de julio de 2006).

¹³ En el artículo 69.1 LO 3/2007 se advierte 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, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de*

– la primera se encuentra en el Título I («el principio de igualdad y la tutela contra la discriminación»): artículo 10. En este precepto se pretenden regular las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias preceptuándose que:

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

– la segunda se encuentra en el Título VI («igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro»): artículo 69.1 donde se pretenden establecer las consecuencias del incumplimiento de las prohibiciones del siguiente modo:

«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 una indemnización a los daños y perjuicios sufridos.»

2. De entrada hay que hacer notar que, en el artículo 10 LO 3/2007, el legislador español ha procedido a mezclar las distintas sanciones, entre ellas las civiles, dentro de un sistema de sanciones que pretende disuadir de conductas discriminatorias con medidas reparatorias como la responsabilidad civil. La falta de rigor técnico se hace presente en esta confusión que, como bien apunta la doctrina¹⁴, quizá se deba al pretendido alcance general de la ley, de suerte que se pretenden incluir en un único precepto todas las consecuencias jurídicas frente a la actuación discriminatoria, esto es, sanciones civiles, penales y administrativas y sistema de reparaciones.

3. Por otra parte, la expresión «acto» debería interpretarse en sentido amplio como equivalente a «actuación discriminatoria» para que se correspondiera con el sentir del artículo 8.2 Directiva 2004/113/CE¹⁵. En esta dirección, a tenor del artículo 10

igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo». En esta norma se transcribe casi literalmente el artículo 3.1 de la Directiva 2004/113/CEE. No hay una exclusión expresa de las relaciones de derecho de familia y del derecho de sucesiones como hace la Directiva a la que se copia, por lo que interpretando la expresión «ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar» en sentido amplio podrían entenderse aquellas comprendidas en esta expresión.

¹⁴ GARCÍA RUBIO, María Paz, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», La Ley, núm. 6602.

¹⁵ GARCÍA RUBIO, María Paz, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», La Ley, núm. 6602.

LO 3/2007, la negativa a contratar con una persona por razón única y exclusiva de su sexo, será considerada un «acto» (*rectius*, actuación) discriminatorio/a que deberá ser «nulo y sin efecto»¹⁶ 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 1301 y siguientes CC, respecto de los cuales se reconoce, en concreto, que los artículos 1303 a 1308 CC 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 ineficacia de la actuación discriminatoria no supondrá *per se* la obligación de la parte discriminadora de contratar a la parte discriminada¹⁷. Si es ésta la reparación que la parte, que ha sufrido la discriminación, pretende que se imponga a aquélla deberá fundamentarse mediante la exigencia de responsabilidad por el daño causado.

a) La primera cuestión que nos debemos plantear es ante qué tipo de responsabilidad nos encontraremos, habida cuenta de que la negativa a contratar –actuación 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 extracontractual¹⁸; otro,

¹⁶ 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 CC. 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» (ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Autonomía privada», pp. 106 ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Principio de igualdad y derecho privado», *ADC*, 1990, pp. 369 ss.; GARCÍA RUBIO, María Paz, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», *La Ley*, núm. 6602). Con la publicación de la nueva ley se tratará de un límite imperativo al principio de autonomía privada.

¹⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel/FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, pp. 324-326.

¹⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Autonomía privada», p. 107. Este autor postula esta medida sobre la base de entender que, en determinados casos, el derecho a no contratar

que se pronuncia a favor de la responsabilidad contractual al considerar que se vulnera una obligación previa al nacimiento de la responsabilidad, cual sería la violación de la norma que prohíbe la discriminación directa o indirecta por razón de sexo ¹⁹ (ex art. 1258 CC).

b) 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 ²⁰, luego, la no violación de la norma que prohíbe la discriminación mediante la imposición de una obligación de contratar ²¹. Este planteamiento tendría como argumento a su favor el hecho de que el artículo 69 LO 3/2007 advierte «*sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil...*». Luego, las acciones propias del incumplimiento contractual.

c) Si partimos, en cambio, de que se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual, debería demandarse la reparación del daño *in natura* (*Naturalrestitution*) ²², para llegar a la exigencia

puede tornarse un ejercicio abusivo y antisocial (art. 7.2 CC) que generaría responsabilidad extracontractual (p. 107, nota a pie de página núm. 107).

¹⁹ GARCÍA RUBIO, María Paz, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», *La Ley*, núm. 6602.

²⁰ VERDERA SERVER, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995, pp. 149 ss.

²¹ Desde la óptica procesal, será 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.

²² En el Derecho alemán, la AGG no hace referencia expresa a la obligación de contratar (*Kontrahierungszwang*) como medida reparatoria 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* (ARMBRÜSTER, Christian, «Sanktionen wegen Diskriminierung», *KritV* 2005, p. 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 (GAIER/Holger WENDTLAND, Reinhard, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG. Ein Einführung in das Zivilrecht*, Munich, 2006, p. 105, núm. 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*» (SCHIEK, Dagmar, en SCHIEK, Dagmar, (ed.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Munich, 2007, Sellier European Law Publishers, § 21, pp. 346-347). Aunque, con anterioridad a la AGG, en los comenta-

de que se contrate con la parte perjudicada. Aquí, el artículo 69.2 LO 3/2007 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 LO 3/2007 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 69.2 LO 3/2007. En esta línea de preocupaciones, la parte discriminada podría solicitar esa reparación *in natura* del daño, lo que determinaría la imposición al discriminador de la obligación de contratar con la parte discriminada.

4. En ambos casos, la reparación debe ser *proporcional* al daño sufrido. El siguiente paso, pues, en nuestro razonamiento, sería preguntarnos, *¿cuándo es la obligación de contratar una reparación / compensación proporcional al daño sufrido?*

III. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y OBLIGACIÓN DE CONTRATAR EN CASO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

1. Debe destacarse, en primer lugar, que en el *Proyecto de Ley 121/000092, orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*²³, el artículo 68.1, que reproducía el tenor del artículo 8.2 Directiva 2004/113/CE, advertía que la indemnización debía ser *proporcional* a los daños sufridos. El Grupo parlamentario socialista en el Congreso, propuso la eliminación de la voz «proporcional» con el argumento de que si lo que se pretendía era decir que la indemnización debía ser equivalente a los daños y perjuicios podía hacerse sin necesidad de emplear esa expresión²⁴. La enmienda

rios de la AGG-E, en general, los autores no se mostraban muy favorables a esta medida en el ámbito civil (*Vid.* entre otros, AMBRÜSTER, Christian, «Sanktionen», pp. 45-46; BUSCHE, Jan, «Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtlinien-determinierter Diskriminierungsverbote» en LEIBLE, Stefan / SCHLACHTER, Monika (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006, Sellier European Law Publishers, pp. 171 ss.).

²³ BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, 8 de septiembre de 2006, núm. 92-1, serie A, pp. 1 ss.

²⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, 22 de noviembre, serie A, núm. 92-10, p. 201 enmienda, núm. 474.

demuestra desconocer la discusión de fondo, aludida líneas más arriba, en la que la referencia a la proporcionalidad y, más concretamente, al principio de proporcionalidad es esencial. La proporcionalidad entre reparación y daño no es pura y simplemente «equivalencia» como se lee en las enmiendas del grupo parlamentario socialista en el debate de la LO 3/2007, sino que tiene un significado más profundo dado el conflicto que detrás existe. En este sentido, debería haberse mantenido la expresión. Sea lo que fuere, por suerte, el artículo 10 LO 3/2007, sigue haciendo referencia a la proporción de la reparación o indemnización con el perjuicio sufrido y este precepto, el artículo 10, tiene alcance general e informador del resto de Títulos de la propia LO, en los que se regulan aspectos concretos.

2. Debe recordarse que detrás está siempre presente la discusión en torno al conflicto entre la cláusula general del libre desarrollo de la personalidad y el derecho fundamental a la igualdad de trato y, especialmente, la eficacia de ambos en las relaciones entre los particulares o *Drittwirkung*²⁵. Tener en cuenta la solución que se ofrece a este conflicto por los estudiosos es esencial, ya que esa solución tiñe nuestro debate sobre la obligación de contratar como medida de reparación del daño impuesta a la parte discriminadora. Es más, las normas civiles a este respecto deben interpretarse conforme a los planteamientos constitucionales²⁶ que son, por otra parte, planteamientos que el TJCE ha acogido en las múltiples sentencias que, sobre la prohibición de discriminar en el ámbito del trabajo y de la seguridad social, ha dictado²⁷.

²⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm, «Grundrechte und Privatrecht» *AcP* 184 (1984), pp. 202 ss.

²⁶ El TC español ha empleado, en varios supuestos, para referirse esencialmente a la misma idea, la expresión «juicio de razonabilidad» [vid. CARRASCO PERERA, Ángel, «El principio de no discriminación por razón de sexo», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, 1991, pp. 21 ss.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, 2006, pp. 67-69].

²⁷ La teoría alemana de la *Drittwirkung* fue recibida también por el TJCE. En efecto, la primera sentencia que hace referencia a la misma es la conocida como *Sentencia DEFRENNE III* de 15 de junio de 1978, en la que el TJCE considera que la eliminación de toda discriminación por razón de sexo es un verdadero *derecho fundamental* que aparece garantizado por el derecho comunitario, en la época, por el artículo 119 del Tratado constitutivo de la CEE que establecía el principio de igualdad de retribución de los trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo. Los hechos fueron los siguientes: Gabrielle Defrenne era azafata de SABENA, la aerolínea belga, siendo despedida cuando cumplió 40 años en cumplimiento del convenio de empleo del personal de navegación aérea. Contra este despido, la azafata interpuso dos recursos: uno, solicitando una indemnización por ruptura injustificada del contrato laboral (sentencia DEFRENNE II); el segundo, contra el Decreto que regulaba las reglas del derecho a pensión del personal de vuelo de la aviación civil que excluía expresamente a las azafatas de los beneficios previstos para el personal de vuelo (sentencia DEFRENNE I). Finalmente, la azafata ataca la cláusula de despido a los 40 años por discriminatoria en razón de sexo (sentencia DEFRENNE III). En la sentencia

3. Pues bien, la solución propuesta al conflicto entre los referidos bienes jurídicamente protegidos, se fundamenta en el denominado *principio de proporcionalidad*, que proviene del derecho constitucional alemán, aunque, ya era conocido tanto en el derecho administrativo sancionador como en el derecho penal²⁸. *¿Qué nos dice, en sustancia, este principio?* Este principio parte del hecho de que debe tomarse siempre aquella medida adecuada, necesaria y proporcional en la obtención del fin legítimo propuesto, de manera que una medida no será proporcional si existiera otra medida alternativa que implicara una menor agresión en uno de los bienes jurídicos en conflicto.

DEFRENNE I (contra el Reino de Bélgica) de 25 de mayo de 1971, el TJCE considera que las pensiones de la seguridad social no pueden considerarse como remuneración en el sentido del artículo 119 TCCEE y, por tanto, era lícita la desigualdad de trato. En DEFRENNE II (contra SABENA), de 8 de abril de 1975, el TJCE establece una doble función del artículo 119 TCCEE: una social, esto es, igualdad de trato entre hombres y mujeres; otra económica, evitar distorsiones en la libre competencia del mercado interior al evitar el *dumping* laboral. Advierte que el principio de igualdad de retribuciones es uno de los fundamentos en los que se asienta la CEE y, consiguientemente, tiene efecto directo e inmediato no sólo frente a los poderes públicos, sino también en las relaciones entre los particulares como era el caso que se debatía. Aplica, de esta guisa, la *unmittelbare Drittwirkung* (en la doctrina, *vid.* NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales*, pp. 161 ss.; VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales*, pp. 111 ss.) desempeñando a la postre el rol del legislador comunitario. La sentencia DEFRENNE III (contra SABENA), de 15 de junio de 1978, sostuvo que la eliminación de toda discriminación por razón de sexo es un derecho fundamental garantizado por el TJCE, de manera que no se limita a interpretar la legislación nacional conforme al derecho comunitario, en este caso, primario, lo que sería una eficacia mediata de los derechos fundamentales, sino que dando un paso más allá, acude a la eficacia directa. Este *leading case* marca el punto de arranque de una determinada línea del TJCE acerca de este tema. Así, la sentencia de 11 de marzo de 1981 en la que el TJCE decidió que en aplicación directa del artículo 119 TCCEE, LLOYD'S BANK discriminaba a dos de sus trabajadoras al tener regímenes salariales diferentes según fueran del sexo masculino o femenino. En el caso, vuelve el TJCE a recordar la eficacia directa e inmediata del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo [SANZ CABALLERO, Susana, «Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres» en RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa / AZNAR GÓMEZ, Mariano J. *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, 2004, pp. 265 ss.]. El TJCE aplica la teoría de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Este planteamiento se ha ido repitiendo en sentencias posteriores en las que el problema incide de modo particular en el ámbito laboral a la par que ha creado la categoría de *discriminación indirecta* (sentencia DEFRENNE II) que es, hoy en día, la más frecuente. Las *Directivas* que, a partir de 1975, dicta la Unión europea representan, pues, el primer paso o primera fase en la plasmación legal de la *unmittelbare Drittwirkung* alemana. La eficacia directa plena de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se da con las *leyes de incorporación* de las *Directivas* edictadas al respecto. Son los legisladores nacionales los que al incorporar las *Directivas* dan eficacia directa e inmediata a la aplicación de los derechos fundamentales en un determinado sector de relaciones entre privados utilizando diversos instrumentos jurídicos que deben tener en cuenta el respeto al principio de autonomía privada. Mientras no exista ley de incorporación, los tribunales ordinarios deberán realizar una interpretación de las normas de derecho privado conforme a la Constitución propia, conforme al derecho comunitario y conforme a la jurisprudencia del TJCE.

²⁸ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, *Sistema*, pp. 114-115; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, (coord.), *Dogmática y práctica*, p. 63.

En realidad, el principio de la proporcionalidad, como señala la doctrina ²⁹, se descompone en tres subprincipios:

– El *principio de adecuación*, en virtud del cual se analiza la relación de medio a fin desde un punto de vista no valorativo o técnico. Un medio es adecuado siempre que su ayuda contribuya al logro del fin perseguido. En este sentido se advierte que: «*Resulta no proporcional, por inadecuada, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirve para la obtención de un fin consistente en la protección o promoción de un bien o derecho constitucionalmente protegido*» ³⁰. Este fin puede consistir en la realización de un derecho individual o de un bien jurídico protegido por un principio o una cláusula general. Entre los principios que pueden constituirse como fines se encuentran además, evidentemente, de los derechos fundamentales, los demás principios constitucionales (v. gr. la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad) e, incluso, los denominados principios constitucionales de segundo grado ³¹.

– El *principio de necesidad* exige que no se hubiera podido elegir otra medida optativa, igualmente eficaz, pero que no requiriese la restricción del derecho fundamental o de una cláusula general o que implicase una restricción menos severa. En esta dirección, una medida aparece como «igualmente eficaz» si es también adecuada para lograr el fin propuesto y con similar intensidad ³²;

– el *principio de proporcionalidad en sentido estricto* exige la determinación de la importancia relativa que poseen los derechos y los bienes constitucionales implicados en la medida con el objetivo de averiguar si la relación establecida por ésta entre ambos se ajusta o no a esa importancia, lo que supone un juicio de valor. El principio de proporcionalidad en sentido estricto exige que el sacrificio del derecho individual se encuentre en una relación razonable con el fin perseguido ³³.

4. Así pues, el límite al libre desarrollo de la personalidad en la que se insertaría la libertad contractual de elección de la contraparte deberá ser adecuado, necesario y proporcional al fin perse-

²⁹ Vid. por todos, con abundantes referencias bibliográficas tanto de la doctrina española como alemana, BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2005, pp. 613 ss.

³⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad*, pp. 689 ss.; NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales*, p. 103.

³¹ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad*, pp. 704-708.

³² BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad*, pp. 736 ss.; NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales*, pp. 108 ss.

³³ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad*, pp. 759 ss.; NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales*, p. 103.

guido, esto es, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, de lo que resulta que sólo podrá imponerse la obligación de contratar a la parte discriminadora, con evidente restricción de su libertad contractual, cuando esa obligación (que sería vista como reparación) sea *adecuada, necesaria y proporcional* (en sentido estricto) al daño que se hubiera ocasionado a la parte al conculcar su derecho a ser tratada igual que a otros sujetos en idénticas o similares circunstancias.

IV. MERCADO, COMPETENCIA Y CONSECUENCIAS EN CASO DE NEGATIVA A CONTRATAR POR RAZÓN DE SEXO

1. *¿Cuándo la «obligación de contratar» como reparación es adecuada, necesaria y proporcional desde la perspectiva planteada al daño sufrido?* 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 ³⁴, mercado en el que las partes encuentran a su disposición diversas alternativas al tratarse de un mercado en el que impera la competencia ³⁵, lo que permite renunciar a contratar con un sujeto y dirigirse a la competencia, muestra de que el mecanismo contractual funciona correctamente ³⁶.

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 notoria-

³⁴ RITTNER, Fritz, «Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb», *AcP* 188 (1988), pp. 102 ss.

³⁵ AMBRÜSTER, Christian, «Sanktionen», p. 46, Karsten, SCHMIDT, «Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel», *AcP* 206 (2006), p. 173.

³⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Autonomía privada», p. 97.

mente 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 *Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia*³⁷, artículo 82 *Tratado de Amsterdam*), 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 restringirse³⁸.

2. 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 personalidad en el que se inserta el principio de libertad contractual³⁹. Esta medida alternativa será la indemnización dineraria del daño sufrido⁴⁰. Ello resulta de aplicación tanto si la parte contratante

³⁷ *BOE*, núm. 159, de 4 de julio de 2007. En adelante, LDC.

³⁸ BYDLINSKI, Franz, «Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges», p. 38; FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, pp. 34-35.

³⁹ El artículo 9 de la *Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista* (*BOE*, núm. 15 de 17 de enero de 1996, en adelante, LOCM) establecía 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 (DÍAZ ALABART, Silvia, en PIÑAR MAÑAS, José Luis / BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentarios a la Ley de ordenación del comercio minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 1997, p. 91). La negativa a vender, esto es, la revocación de la oferta, en la LOCM, conllevaba una infracción (arts. 63 a 67) y una sanción de carácter administrativo (arts. 68 a 71). La LOCM guardaba silencio respecto a las sanciones civiles y a las medidas de reparación, por lo que en relación con ellas era aplicable la legislación civil.

⁴⁰ 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 de julio de 1999, pp. 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

persona física como si la parte contratante persona jurídica que celebra contratos en masa (*Massengeschäfte*), siempre que existan alternativas en el mercado.

3. 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.

a) 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, además de la indemnización pecuniaria del daño moral.

b) 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 ⁴¹. Luego, se impondría la obligación de contratar además, en su caso, de una indemnización pecuniaria ⁴² 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 con-

cumplimiento forzoso de la obligación o la reparación *in natura* del daño tiene el límite de la excesiva onerosidad del mismo (VERDERA SERVER, Rafael, *El cumplimiento forzoso*, pp. 169 ss.) 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.

⁴¹ 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 [BYDLINSKI, Franz, «Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges», pp. 5 ss.; ZÖLLNER, Wolfgang, «Privatautonomie und Arbeitsverhältnis», *AcP* 176 (1976), pp. 224 ss.].

⁴² La combinación entre ambas reparaciones era postulada, para el derecho alemán antes de la existencia de la AGG, por AMBRÜSTER, Christian, «Sanktionen», p. 46.

trato con un tercero de buena fe ⁴³. Si esto es así, sólo procederá la indemnización pecuniaria como reparación a la víctima ⁴⁴.

4. 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 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) ⁴⁵.

V. DIFERENCIAS DE TRATO Y NEGATIVA A CONTRATAR

1. Desde la perspectiva propuesta en este trabajo, se entiende además, en sus justos términos, la norma del artículo 4.5 Directiva 2004/113/CE y del artículo 5.2 LO 3/2007, en las que se permiten 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

⁴³ A solución similar llega GARCÍA RUBIO, María Paz 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, pp. 251-252).

⁴⁴ En algún supuesto el TJCE ha considerado que el rechazo discriminatorio de una solicitud de empleo constituye un supuesto legal de daño *ex re ipsa* desde el momento que el empleador puede probar que éste es el único daño que ha sufrido el solicitante, de acuerdo con el artículo 6.2 de la Directiva 76/207/CEE (VAQUER ALOY, Antoni, «El concepto de daño en el derecho comunitario» en *Estudios de derecho de Obligaciones*, Homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez, T. II, Madrid, 2006, p. 877).

⁴⁵ 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 de octubre de 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 de junio de 1990, pp. 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 de febrero de 1997, pp. 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 de agosto de 1985). Igualmente, aparece recogido en los artículos 77 y 80 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, artículo 9:504 y 9:505 de los Principios europeos de derecho de los contratos (PECL), artículo 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). En el derecho español, vid. art. 123.4 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 (BOE, núm. 287, de 30 de noviembre).

propósito sean adecuados y necesarios ⁴⁶. En esa referencia a la «adecuación» y a la «necesidad» el legislador comunitario hace referencia a dos de los subprincipios, vistos en líneas superiores, que conforman el principio de proporcionalidad.

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 peluquería, 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 ⁴⁷.

2. Otra cuestión es el debido entendimiento de la expresión «propósito legítimo». El considerando núm. 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 ⁴⁸. En cambio, en el derecho alemán, el legislador ha procedido, en

⁴⁶ GARCÍA RUBIO, María Paz, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», La Ley, núm. 6602.

⁴⁷ RIESENHUBER, Karl, «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 LEIBLE, Stefan / SCHLACHTER, Monika (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006, Sellier European Law Publishers, pp. 124 ss. 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 la solicitud por parte de un joven altamente cualificado que es rechazado por ser hombre.

⁴⁸ GARCÍA RUBIO, María Paz, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», La Ley, núm. 6602.

el § 20 (1) AGG, a indicar qué propósitos se consideran legítimos ⁴⁹, 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.

VI. ARGUMENTOS ADICIONALES

1. Otro argumento a favor de nuestra tesis lo ofrece el *derecho del trabajo*. La LO 3/2007 no dice nada de si el empresario debería verse obligado a contratar a la parte discriminada. No nos estamos refiriendo a la readmisión por un despido discriminatorio, sino a negarse a contratarla por razón de género.

En el derecho alemán, la AGG, en su § 15 (6), establece que no cabe fundamentar sobre la base de la infracción del § 7 (1) de la misma norma, que es el que establece la prohibición de discriminar en el ámbito laboral, una pretensión al nacimiento de una relación jurídico-laboral. Dicho con otras palabras, no cabe que la parte discriminada exija la celebración del contrato de trabajo al discriminador. Este precepto recoge la nueva redacción dada al § 611a BGB ⁵⁰. Sin embargo, la doctrina que ha comentado el precepto de la AGG ha considerado que, en la medida, que el propio § 15 (5) preceptúa que lo advertido en la AGG no altera ni afecta a otras pretensiones que tuviera la parte discriminada contra la discriminadora, es posible entender que cabría exigir la celebración del contrato por otra vía como la responsabilidad civil ⁵¹.

De hecho, el TJCE ya tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en una sentencia de 10 de abril de 1984 (*Colson v. Kamann*), en la que se planteó, precisamente, esta cuestión y el órgano europeo entendió que, *in casu*, la Directiva 76/207/CEE no implicaba necesariamente la contratación coactiva del trabajador, sino que los estados miembros debían adoptar todas aquellas medidas necesarias para asegurar que la discriminación no se volviera a producir, además de tener un alcance disuasorio claro ⁵².

⁴⁹ 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.

⁵⁰ HERRMANN, Elke, «Die Abschlussfreiheit – ein gefährdetes Prinzip», *ZfA* 27. Jg. 1/1996, pp. 20 ss.; STEINMEISTER, Ingrid, «Der neue § 611a BGB – Zum Schadenersatz bei geschlechtsspezifischen Diskriminierungen», 12 *Der Personalrat*, 1995, pp. 9 ss.

⁵¹ KOCHER, Eva, en Dagmar SCHIEK (ed.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Munich, 2007, Sellier European Law Publishers, § 15, p. 275.

⁵² C-14/83, 1984, p. 1891.

En el derecho español, hay que tener en cuenta, por un lado, los artículos 4.2 y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 22 bis de la *Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo*⁵³ y, por otro, la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*⁵⁴, en virtud de la cual se incorpora al ordenamiento jurídico español, la Directiva 2000/43/CEE, 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, religión o convicción, discapacidad, edad u orientación sexual. 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. Con base en estas normas, la actuación discriminatoria del empresario en el acceso al empleo se considera «nula» y dará lugar a las responsabilidades pertinentes. La regulación laboral no impone expresamente al empresario la obligación de contratar al trabajador discriminado o a la trabajadora discriminada, lo que no impide, como en el derecho alemán, intentar fundamentar esa medida por otra vía, como la responsabilidad civil.

2. El segundo argumento adicional, que podemos esgrimir, lo extraemos del artículo 2.2 LDC (art. 82 TCE), en virtud del cual, se considera *abuso de posición dominante* «la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios» (letra c). A pesar de la rotundidad con la que se expresa el precepto, la doctrina que ha estudiado esta cuestión sostiene, de forma unánime, que sólo se considerará “abusivo” este comportamiento cuando la parte a la que se ha negado el suministro, que será un empresario, no disponga de otras alternativas equivalentes en el mercado [(art. 2.1 letra b) LDC], pues, en caso contrario, no habrá lugar a solicitar las sanciones pertinentes por abuso de posición dominante y, por tanto, no se podrá exigir que cese ese comportamiento y se imponga la obligación de contratar⁵⁵. Tampoco se considerará, entonces, una situación de competencia desleal (artículo 16.2 *Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal*).

⁵³ BOE, núm. 301, de 17 de diciembre de 2003.

⁵⁴ BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2003.

⁵⁵ PELLISÉ CAPELL, Jaume, *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Pamplona, 2002, pp. 89 ss.

VII. CONCLUSIÓN

En conclusión, los daños que ocasione a la parte perjudicada la negativa a contratar con ella, sólo conllevarán una reparación que consista en la obligación de contratar con ella, cuando así lo solici-tare ⁵⁶, 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 deter-minables los otros elementos esenciales del contrato (art. 708 LEC, art. 1262 CC).

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Autonomía privada y derechos fundamentales», *ADC*, 1993.
- ARAGÓN REYES, Manuel: «Constitución económica y libertad de empresa», *Estudios jurídicos en Homenaje al prof. Aurelio Menéndez Menéndez*, t. I, Madrid, 1996.
- ARMBRÜSTER, Christian: «Sanktionen wegen Diskriminierung», *KritV*, 2005.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Principio de igualdad y derecho priva-do», *ADC*, 1990.
- BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos funda-mentales*, Madrid, 2005.
- BUSCHE, Jan: «Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskriminierungsverbote» en Stefan LEIBLE/ Monika SCHLACHTER (eds.): *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006. Sellier European Law Publishers.
- BYDLINSKI, Franz: «Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwan-ges», *AcP* 180 (1980).
- CANARIS, Claus-Wilhelm: «Grundrechte und Privatrecht» *AcP* 184 (1984).
- CARRASCO PERERA, Ángel: «El principio de no discriminación por razón de sexo», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, 1991.
- CIDONCHA, Antonio: *La libertad de empresa*, Pamplona, 2006.
- DÍAZ ALABART, Silvia, 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.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, 2.^a edic., Madrid, 2005.
- FLUME, Werner: *El negocio jurídico*, 4.^a edic., trad. por MIQUEL GONZÁLEZ, José María / GÓMEZ CALLE, Esther, Madrid, 1998.
- GAIER, Reinhard / WENDTLAND, Holger: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG. Ein Einführung in das Zivilrecht*, Munich, 2006.

⁵⁶ Por otro lado, como destaca BUSCHE, Jan («Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskriminierungsverbote», pp. 171 ss.), 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.

- GARCÍA TORRES, Jesús / JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», *La Ley*, núm. 6602.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Madrid, 1991.
- HERRMANN, Elke: «Die Abschlussfreiheit – ein gefährdetes Prinzip», *ZfA* 27. Jg. 1/1996.
- KOCHER, Eva: en Dagmar SCHIEK (ed.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Munich, 2007, Sellier European Law Publishers, § 15.
- KORELL, Julia: «Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht?», *JURA* 1/2006.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, 2000.
- PELLISÉ CAPELL, Jaume: *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Pamplona, 2002.
- RIESENHUBER, Karl/FRANCK, Jens-Uwe: «Verbot des Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht», *JZ* 11/2004.
- RIESENHUBER, Karl: «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.
- RITTNER, Fritz: «Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb», *AcP* 188 (1988).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel / FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. Fernanda: *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, en Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coord.): *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, 2006.
- SANZ CABALLERO, Susana: «Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres» en María Josefa RIDAURA MARTÍNEZ/Mariano J. AZNAR GÓMEZ, *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, 2004.
- SCHIEK, Dagmar, en Dagmar SCHIEK (ed.): *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Munich, 2007, Sellier European Law Publishers, § 21.
- SCHMIDT, Karsten: «Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel», *AcP* 206 (2006).
- STEINMEISTER, Ingrid: «Der neue § 611a BGB – Zum Schadenersatz bei geschlechtsspezifischen Diskriminierungen», 12 *Der Personalrat*, 1995.
- VAQUER ALOY, Antoni: «El concepto de daño en el derecho comunitario» en *Estudios de derecho de obligaciones*, Homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez, t. II, Madrid, 2006.
- VENEGAS GRAU, María: *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Madrid, 2004.
- VERDERA SERVER, Rafael: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995.
- VON KOPPFELDS, Katharina: «Das Ende der Vertragsfreiheit?», *WM*, 29/2002.
- VON MÜNCH, Igo, en Pablo SALVADOR CODERCH, / Josep FERRER I RIBA, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, 1997.
- ZÖLLNER, Wolfgang: «Privatautonomie und Arbeitsverhältnis», *AcP* 176 (1976).

