

BIBLIOGRAFÍA

Libros*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ
Profesor titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

BARBA, Vincenzo: *Principio de no discriminación y contrato*, Colex, A Coruña, 2023, 216 pp.**

El problema jurídico. ¿Puede A negarse a celebrar un contrato con B y, sin embargo, celebrar ese mismo contrato con C? Asumiendo que finalmente A celebra dos contratos (con B y con C) ¿puede incluir el contrato con B cláusulas menos favorables que el celebrado con C, siendo todas las demás cláusulas iguales? Imaginemos ahora que tanto B como C se retrasan en el cumplimiento de su obligación (por ejemplo, la del pago del precio): ¿puede A decidir que aplaza el pago a C, pero que va a ejercer la pretensión de cumplimiento inmediatamente frente a B?

Estoy convencida, querido lector, que su respuesta a todas las preguntas formuladas sería, *a priori*, naturalmente afirmativa, aunque sea obvio que en todos los ejemplos propuestos A está tratando distinto a B frente a C. Y es que A estaría, *a priori*, amparado por el principio de autonomía privada en sus diversas manifestaciones: el de la libertad para fijar el contenido del contrato y el de la libertad para contratar o no y para seleccionar al cocontratante.

¿Cambiaría su respuesta si desvelo ahora que la razón por la que A trata diferente a B frente a C es la raza del primero? ¿O que si no hay un trato igual se debe al sexo de B?

Percatado del juego tramposo (con el que espero haberle atrapado), es altamente probable que su respuesta adopte, en esta ocasión, forma de pregunta, o más bien de varias preguntas, que busquen desenmascaramme defini-

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

** La elaboración de la presente reseña me ha dado la oportunidad de debatir intensamente con colegas de otras disciplinas, cuya perspectiva ha sido altamente enriquecedora: se trata de Carmen Martínez-Capdevila, Tomás de la Quadra Salcedo Janini y Jorge Castillo Abella, que han tenido también la amabilidad de leerla y de trasladarme sus apreciaciones. La revisión con lentes civilistas ha venido de la mano amiga, pero siempre objetiva, de Ana Soler Presas y de la lectura exigente, a la par que generosa, de Fernando Pantaleón Prieto.

tivamente exigiendo una mayor concreción del supuesto de hecho que muy superficialmente he planteado al comienzo de esta reseña.

Y así, comenzaría preguntándome si acaso A es un empresario que se niega a contratar a B por el hecho de ser mujer; o si, quizás, aunque finalmente ha contratado a B (mujer) lo ha hecho por un salario inferior al de C (hombre). Continuaría planteando otro posible supuesto como contrapunto: en este caso B es el hombre, C la mujer y A el propietario de una discoteca, que presta el servicio gratuitamente a C y que, sin embargo, a B le exige el pago de un precio. Tengo por seguro que continuaría indagando, y que lo haría preguntándome si el caso que tengo en la cabeza es el de una compañía aseguradora (A) que impone primas más altas a B por razón del sexo. Quizás me plantearía si estoy pensando en contratos de arrendamiento de vivienda, en los que el arrendador (A) excluye a B como posible arrendatario por ser de raza gitana. Sospecho que me mencionaría igualmente la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos que dio la razón a la diseñadora de webs de bodas que rechazaba contratar con parejas homosexuales¹ y que recuerda naturalmente al conocido caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd. V. Colorado Civil Rights Commission* de 4 de junio de 2018². En fin, intuyo que no se resistiría a interpellarme para comprobar si, en realidad, mi trampa es de tal envergadura que lo que en realidad se esconde tras los casos frívolamente planteados es un supuesto como los resueltos por el Tribunal Supremo en las Sentencias 925/2021, de 23 de diciembre y 93/2001, de 8 de febrero, donde lo que se discutía era si la asociación Pontificia, Real y Venerable Esclavitud del Santísimo Cristo de La Laguna y la Comunidad de Pescadores de El Palmar, respectivamente, podían no permitir el acceso de mujeres³.

La contextualización de la obra. Todos los casos que acabo de exponer plantean el mismo problema jurídico: el conflicto entre el principio de autonomía privada y el principio de no discriminación. Del análisis de este problema se ocupa el libro que Vincenzo Barba, jurista italiano sobradamente conocido y apreciado entre muchos civilistas de nuestro país, ha publicado en febrero de 2023. El libro sale a la luz precisamente treinta años después de la publicación en esta misma revista del artículo elaborado por Jesús Alfaro «Autonomía privada y derechos fundamentales» (*ADC*, 1993, I, pp. 57 a 122) y transcurridos diez años desde que Ariadna Aguilera publicara su tesis doctoral (dirigida por Pablo Salvador Coderch) bajo el título *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios* (ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013). Naturalmente que las citadas no son las únicas obras existentes sobre el tema (de ello da

¹ Los errores y omisiones que puedan quedar en el texto son solo míos.

² 303 *Creative LLC et al. v. Elenis et al.*, 30 de junio de 2023.

³ Muy bien explicado por Alfaro en <https://almacenederecho.org/caso-del-pastele-ro-no-queria-pastel-boda-una-pareja-gay>.

³ La primera de las sentencias citadas hizo prevalecer el derecho de asociación y el derecho a la libertad religiosa frente al principio de no discriminación por razón de sexo [para más información vid. Minero Alejandre, G. (2022), Género y asociaciones. La ponderación del derecho a la igualdad y el principio de autonomía autoorganizativa de las asociaciones religiosas al hilo de la STS (Sala 1.ª) 925/2021, de 23 de diciembre, Derecho Privado y Constitución, 41, 389-421].

En la segunda de las sentencias mencionadas, el Alto Tribunal dio la razón a cinco mujeres a las que se había impedido el acceso a dicha comunidad, que excluía a las hijas y nietas de los cofrades.

buena cuenta el autor en la extensa bibliografía situada al final del libro)⁴, pero sí constituyen, a mi modo de ver, las de referencia hasta el momento.

Alfaro analizó, como el propio título del artículo indica, la relación entre la autonomía privada y los derechos fundamentales, y lo hizo examinando «en qué medida y de qué forma están vinculados por los derechos fundamentales los distintos poderes públicos que actúan en el tráfico privado (básicamente el legislador y los jueces y tribunales) [...] y en qué medida y de qué forma lo están los propios particulares cuando se relacionan con otros sujetos igualmente titulares de derechos fundamentales [...]»⁵; de entre las diversas teorías existentes sobre las consecuencias entre particulares del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, eficacia inmediata, eficacia mediata y mandato de protección a los poderes públicos, defendió esta última y extrajo las consecuencias prácticas de dicha construcción dogmática, tanto en el ámbito estrictamente jurídico privado (de las relaciones entre los particulares), como en el ámbito de las funciones fiscalizadoras del Tribunal Constitucional (de la función del legislador, y de la de los jueces y tribunales).

Aguilera, por su parte, analizó las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de julio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; se ocupó también de la transposición de ambas en los ordenamientos jurídicos español y alemán, así como de la situación existente en dichos sistemas antes de la incorporación de las mencionadas Directivas. La elección del ordenamiento jurídico alemán estaba claramente justificada, pues son los autores alemanes quienes han protagonizado la discusión sobre la relación entre la prohibición de discriminación y el principio de autonomía privada.

La monografía de Barba se publica en un momento en que han sido promulgadas nuevas normas con impacto indudable en el tema (fundamentalmente, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación⁶), utiliza como contrapunto el Derecho italiano (sin ser, como

⁴ Habría sido deseable que se incluyeran algunas de las entradas del Almacén de Derecho de Alfaro, en las que el autor retoma el tema del artículo citado del año 93, para revalorizarlo y reafirmarse en sus ideas. Véase, por ejemplo: *Drittwirkung en el Derecho europeo* (2015), disponible en <https://almacenederecho.org/drittwirkung-en-el-derecho-europeo>, *Libertad contractual y principio de igualdad* (2015), disponible en <https://almacenederecho.org/libertad-contractual-y-principio-de-igualdad>, *De nuevo sobre la Drittwirkung de los derechos fundamentales* (2017), disponible en <https://almacenederecho.org/nuevo-la-drittwirkung-los-derechos-fundamentales>, «Sanciones» privadas y *Drittwirkung* (2018), disponible en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2018/05/sanciones-privadas-y-drittwirkung.html>.

También cabría añadir la reciente obra de IZQUIERDO-SANS, C., MARTÍNEZ-CAPDEVILA, C. y NOGUEIRA-GUASTAVINO, M. (eds), *Fundamental rights challenges. Horizontal effectiveness, rule of law and margin of national appreciation*, Springer, 2021 y, en particular, el capítulo elaborado por N. BERMEJO, «Fundamental rights and horizontal direct effect under the Charter», pp. 51 a 74.

Pero las (inevitables en toda lista bibliográfica) ausencias no empañan, con todo, la valoración que merece dicha recopilación, habida cuenta, además, de que se intercalan obras de civilistas italianos.

⁵ ALFARO, *op. cit.* 1993, p. 58.

⁶ La Ley 4/2023 de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI se publicó cuando la monografía de Barba ya había visto la luz, aunque el autor cita en la nota 35 el, entonces, proyecto de ley.

bien advierte García Rubio en el prólogo [p. 10], un trabajo de Derecho comparado) y emplea un método de análisis que abarca todas las fases de la vida del contrato (formación, contenido y ejecución), identificando en cada una de ellas «cuándo es posible afirmar que existe un hecho causante de discriminación que requiere una intervención normativa y, por tanto, cuándo en la ponderación del principio de libertad de negociación y el principio de no discriminación, debe sacrificarse el primero» (pp. 18 y 19); determinado lo anterior, el autor se ocupa también de individualizar los remedios jurídico-civiles adecuados para proteger a la parte que ha sufrido la discriminación. Las preguntas centrales de la monografía son, pues, las siguientes: (i) ¿cuándo existe una discriminación en alguna de las tres fases de la contratación que justifica la reacción del ordenamiento jurídico privado?; y (ii) ¿cuáles son los remedios contractuales más adecuados para proteger al sujeto discriminado?

El libro se divide en cuatro capítulos: 1. Eficacia y alcance del principio de no discriminación; 2. Relevancia del principio de no discriminación en materia contractual; 3. Derecho contractual, discriminación y remedios; y 4. Contrato y principio de igualdad. La conclusión de la obra (desarrollada en el último capítulo) es que debe producirse una neofuncionalización del contrato, un «replanteamiento general de la categoría de contrato» (p. 19).

Mi reseña se dividirá en cuatro partes que, sin embargo, no siguen necesariamente el orden del libro: me referiré, primero, a la fundamentación dogmática que emplea el autor para resolver el problema jurídico planteado; a continuación explicaré cuál es la delimitación del objeto de estudio del libro, esto es, a qué relaciones jurídico privadas en particular presta atención el autor; en tercer lugar, desvelaré en qué casos, a juicio de Barba, «en la ponderación del principio de libertad de negociación y el principio de no discriminación, debe sacrificarse el primero» (p. 19); en cuarto lugar, me detendré en cómo aplica el autor los remedios contractuales con el fin de proteger al sujeto discriminado. Terminaré con una valoración final de la obra.

La fundamentación dogmática. Barba defiende la eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales (y, en concreto, del principio de no discriminación) entre los particulares (Capítulo I y, específicamente, p. 27), esto es, la directa oponibilidad de los derechos fundamentales frente a otros particulares, sin necesidad de la mediación del legislador. Se separa, así, de las otras dos teorías que se han mantenido al respecto: la que defiende una eficacia horizontal mediata de los derechos fundamentales entre particulares, lo que en otras palabras significa que será siempre necesaria la interposición del Estado entre los particulares para asegurar dicha eficacia⁷; y la que argumenta que los derechos fundamentales tienen una doble naturaleza: de prohi-

⁷ Como recientemente se ha explicado, «La Drittwirkung alude a la posibilidad de que los derechos fundamentales no vinculen solamente a los poderes públicos (art. 53.1 CE) (eficacia vertical), sino también a los particulares (eficacia horizontal). Salvo contadas excepciones, la doctrina admite que los derechos fundamentales tienen algún tipo de eficacia horizontal, de vigencia social, aunque ello pueda implicar consecuencias distintas para poderes públicos y particulares. Las discrepancias surgen a la hora de explicar por qué (cómo) y en qué medida operan los derechos fundamentales en las relaciones inter privados. Para ello hay dos grandes corrientes doctrinales que postulan la eficacia mediata o inmediata, respectivamente, de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares», J. CASTILLO, *Los servicios de cuidados integrales. El Derecho público de los servicios a personas especialmente vulnerables: hospitales y residencias de mayores*, tesis doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Madrid, 2023, p. 128, § 350 (original amablemente facilitado por el autor).

biciones de injerencia y de mandatos de protección, ambos dirigidos a los poderes públicos.

Para fundar su opción dogmática el autor se apoya en dos pilares argumentativos: por un lado, en las disposiciones normativas más relevantes que relacionan directa o indirectamente el principio de no discriminación con el contrato; por otro lado, en la configuración del principio de no discriminación como un principio normativo.

La primera línea argumental adolece de cierta debilidad. Y así, no basta, a mi modo de ver, con una enumeración de las normas que recogen el denominado «Derecho antidiscriminatorio», seguida de una afirmación contundente como la que podemos encontrar en las pp. 26 y 27:

«[las normas que individualiza] demuestran inequívocamente que este deber de no discriminación es un principio-valor de todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos; que es, además, relevante no solo en las relaciones verticales, es decir, en las relaciones entre el Estado y el ciudadano, sino también, y por lo que aquí interesa, sobre todo, en las relaciones horizontales [...] confirmando su aplicación directa, incluso sin la mediación de una norma reguladora preexistente».

El lector no acierta a comprender dónde se encuentra esa «demostración inequívoca» de la «aplicación directa, incluso sin la mediación de una norma reguladora preexistente»; antes bien, se formula preguntas que no encuentran contestación en la monografía que tiene entre sus manos. Valga como muestra un botón: ¿por qué es inequívoco que el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE)⁸, el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁹ y el artículo 51 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE¹⁰ (todos ellos mencionados por Barba) son directamente aplicables entre particulares? Ciertamente todos ellos recogen la prohibición de discriminación, pero ¿no son, acaso, valores que informan la actuación de la UE y cuyo respeto se exige a sus Estados miembros (en el momento de su ingreso en la UE y durante su pertenencia a ella) (art. 2 TUE); la base jurídica que permite a la Unión Europea (UE) tomar medidas (art. 19 TFUE); el canon de

⁸ Artículo 2 TUE: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres».

⁹ Artículo 19.1 TFUE: «Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

¹⁰ Artículo 51.1 Carta de los Derechos fundamentales de la UE: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.»

legalidad para cualquier actuación de *las instituciones de la UE y de los Estados Miembros* cuando estén aplicando el Derecho de la UE (art. 51 Carta)?

El lector también se siente algo confundido en ciertos pasajes de la lectura. Por ejemplo, cuando en la p. 25 se mencionan disposiciones de algunos textos de *Soft Law*: pareciera que recogen el principio de no discriminación y, sin embargo, como el propio autor advierte en nota al pie, algunos de ellos (en concreto, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, el Código Europeo de Contratos y los Principios UNIDROIT) «*no se refieren expresamente a este principio, sino a los principios de buena fe, equidad y razonabilidad*» (nota 37).

La segunda línea argumental utilizada por Barba para fundamentar la eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales la explica del siguiente modo:

«[la prohibición de discriminación] es un principio normativo, es decir, un principio que encuentra su fuente en el ordenamiento jurídico en su conjunto [...] que tiene relevancia jurídica por estar recogido en una norma jurídica, que, además, tiene carácter imperativo. Es decir, existe una norma, explícita o implícita, de relieve constitucional y de carácter imperativo, que expresa este principio valor. [...] Todo acto jurídico tiene que ser conforme a las normas imperativas y prohibitivas» (pp. 28 y 29).

El párrafo reproducido, sin embargo, no conduce necesariamente, a mi modo de ver, a la eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales.

Cuando nos preguntamos por la fundamentación dogmática de la solución al conflicto jurídico planteado, cabe esperar también dos informaciones que resultan difíciles de encontrar en el libro: primera, ¿por qué al autor no le convencen las otras dos teorías existentes sobre el tema (y a las que ya me he referido más arriba)?; segunda, ¿cuál es el estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia?.

Respecto de la primera cuestión, falta, incluso, una explicación de la existencia de otras teorías al margen de la defendida por Barba: el profesor italiano se conoce muy bien el tema y quizás ese amplio discernimiento le impida empatizar con el lector poco familiarizado con la materia, que necesitaría un panorama de cuáles han sido las aristas de la discusión, eminentemente doctrinal, que se ha producido al respecto. Por lo demás, el esfuerzo argumentativo que realiza en las páginas 30 y 31 para justificar que la eficacia de los derechos fundamentales no puede ser solo vertical (individuo-Estado) no parecía necesario cuando «[...] existe amplio acuerdo respecto a que los derechos fundamentales han de tener algún tipo de vigencia social en el sentido genérico de que los particulares deben gozar de algún tipo de protección en el ejercicio de sus derechos fundamentales frente a su no reconocimiento por parte de otros particulares [...]»¹¹.

Pasando ya al segundo interrogante, el lector no encontrará aquí una explicación del estado actual de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia españolas. En otras palabras, la pregunta ¿cuál de las tres teorías posibles existentes sobre la vigencia social de los derechos fundamentales es la actualmente dominante en el ordenamiento jurídico español? queda sin contestar o, a lo más, difusamente contestada. Así, por ejemplo, se citan la STS de 20 de

¹¹ ALFARO, *op. cit.* 1993, p. 58.

abril de 2011 (p. 27, nota 42) o las SSTC 200/2001, de 4 de octubre y 27/2004, de 4 de marzo (p. 32, nota 57), como «*resoluciones importantes*», pero sin llegar a vislumbrarse bien dónde reside su importancia; y no he podido encontrar, sin embargo, pronunciamientos como la STC 98/2000, recientemente citada como ejemplo de la inclinación del sumo intérprete de la Constitución hacia la teoría de la eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales¹².

Las concretas relaciones entre particulares analizadas. Conviene hacer diversas precisiones para acotar convenientemente el objeto de estudio de la obra.

El conflicto entre derechos fundamentales en las relaciones entre particulares puede proyectarse en dos grandes grupos de ámbitos en función de si hay o no regulación autónomo-privada por los particulares¹³.

Y así, no la hay en los casos de responsabilidad civil extracontractual conflictivos en que aparezcan involucrados derechos fundamentales: piénsese en el supuesto típico (precisamente por ello regulado por el legislador¹⁴) de colisión entre los derechos fundamentales al honor, a la intimidad o a la propia imagen y otros derechos fundamentales como el derecho a la información o la libertad de expresión. De estos casos no se ocupa Barba en su monografía, como, por otro lado, cabe intuir fácilmente a partir del título de la obra (*Principio de no discriminación y contrato*).

Situados en el segundo ámbito (supuestos conflictivos en que existe una regulación autónomo-privada por los particulares), cabe distinguir, a su vez, varios grupos de casos:

Primero, el negocio testamentario que, como bien señala García Rubio en el prólogo «*en su relación con el principio de no discriminación plantea interesantísimas cuestiones*» (p. 10). El profesor italiano, a pesar de ser un reconocido especialista en Derecho sucesorio decide, a mi juicio con buen criterio, dejarlo fuera de su objeto de estudio en esta ocasión.

El segundo grupo de casos en que puede producirse el conflicto entre derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas habiendo regulado los particulares su relación es el contrato en sentido amplio. Y en este grupo, junto al contrato civil del artículo 1261 CC (contrato en sentido estricto), se incluyen las asociaciones y el contrato de trabajo, que presentan particularidades propias por varias razones, de las que aquí bastará recordar dos: por un lado, y en lo que se refiere a las asociaciones, por la posible colisión con otros derechos fundamentales de los asociados, como el propio derecho fundamental de asociación, reconocido en el artículo 22 CE, y cuyo contenido esencial posibilita a los socios seleccionar a sus consocios¹⁵; por otro lado, y centrándonos ahora en las relaciones laborales, no hay que olvidar que estas se caracterizan por el desequilibrio entre las dos partes (empresario y trabajador), equiparable a la situación en que se encuentra el individuo respecto del Estado, lo que ha justificado un mayor impacto del principio de no discriminación en estas relaciones jurídico-privadas.

Pues bien, como el propio autor advierte expresamente al comienzo de la obra, no va a ocuparse ni de la asociación, ni del contrato de trabajo, sino que va a centrarse en la contratación civil en sentido estricto:

¹² CASTILLO, *op. cit.* 2023, p. 230, nota 243.

¹³ Que ya distinguió en su momento ALFARO, *op. cit.* 1993, p. 87.

¹⁴ En 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.

¹⁵ ALFARO, *op. cit.* 1993, p. 115.

«[M]e propongo –afirma en la página 16– investigar solamente las interferencias del principio de no discriminación con el contrato de derecho civil».

Es de advertir (sin que ello suponga en absoluto un demérito del libro) que a veces Barba no puede evitar no ser fiel a su propia advertencia, pues a lo largo del libro encontramos ejemplos que se deslizan hacia lo laboral: me refiero al caso, resuelto por la *Corte di Cassazione* en la sentencia de 15 de diciembre de 2020, del profesor universitario italiano que declaró explícitamente que nunca contrataría a un homosexual (p. 51) o el de la norma que obliga a las empleadas a llevar el pelo recogido, lo que discriminaría a aquellas que, por motivos religiosos, utilizan *hijab* (p. 52).

El libro, pues, se centra en el posible conflicto que puede surgir entre el principio de no discriminación y el de autonomía privada en la contratación civil, dentro de la cual Barba no realiza más distinciones. Pero cabe preguntarse si no habría sido conveniente que hubiera hecho alguna o, al menos, las dos siguientes que avanzo inmediatamente.

En primer lugar, no hay que olvidar que hay quien afirma que no todos los hechos discriminatorios pueden tratarse igual¹⁶; y no les falta razón pues, a mi modo de ver, es razonable distinguir aquellos casos en que el hecho discriminatorio ha servido históricamente para determinar el *status* jurídico de las personas o pone en peligro la participación de un determinado grupo en la sociedad (piénsese en el sexo o en la raza), de otros en los que así no ha sido (por ejemplo, la edad). No es casualidad, de hecho, que las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE se refieran específicamente a la raza, el origen étnico, el sexo o el género. El profesor italiano, sin embargo, adopta una perspectiva completamente distinta, como se desprende de las siguientes palabras:

«En cuanto a los factores de riesgo, está claro que, aunque es muy fácil identificar los más comunes y también agruparlos en categorías más o menos generales, es esencial evitar enumerarlos exhaustivamente, porque constituyen una realidad líquida que evoluciona constantemente. No cabe duda de que estos factores incluyen todos los rasgos que caracterizan a la persona y, por lo tanto, la etnia, el sexo biológico, la identidad de género, la expresión de género, la orientación sexual, la discapacidad, las enfermedades, la edad, pero también todas las expresiones de las libertades fundamentales, como la fe religiosa, la orientación política y, en general, otra condición o circunstancia personal o social./Los factores de riesgo están en constante evolución, por lo que es posible incluir otros nuevos en relación con el progreso de la conciencia social y la forma en que una determinada comunidad reacciona en determinadas circunstancias». (pp. 35 y 36).

A la vista de lo anterior, no sorprende, entonces, que Barba prefiera, frente a la opción de las Directivas europeas mencionadas, la adoptada por el

¹⁶ Para García Rubio, por ejemplo, el sexo y la discapacidad deben tratarse de manera autónoma: «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado*, García Rubio y Valpuesta Fernández (Dirs.), López de la Cruz y Otero Crespo (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p. 1078.

legislador español en la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación, que contempla una cláusula general en el artículo 2.1 enumerando todos los posibles hechos discriminatorios:

«[...] Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

«Esta debería ser –afirma el autor en la p. 181– la forma de abordar la cuestión de la igualdad y la no discriminación».

Además de distinguir, dentro de la contratación civil, los casos en función del hecho discriminatorio, creo que también merecen un tratamiento separado los referidos al

«[a]cceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda, que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar» y al «[a]cceso y permanencia en establecimientos o espacios abiertos al público [...]».

Lo reproducido se corresponde con las letras (k) y (l) del artículo 3 de la ya citada Ley 15/2022, precepto que se ocupa del ámbito objetivo de aplicación de dicha ley. Y si el legislador otorga un tratamiento diferenciado a esos casos, haciendo prevalecer el principio de no discriminación frente al principio de autonomía privada en ellos, las preguntas que surgen son innumerables: ¿significa que solo en esos casos prevalece el principio de no discriminación? Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, ¿ha obrado bien el legislador? ¿O, por el contrario, la prevalencia del principio de no discriminación en la contratación privada no debería limitarse solo a dichos supuestos? Y si es esta última la respuesta correcta, entonces, ¿acaso no sería inconstitucional la ley? Estas preguntas no aparecen planteadas en la monografía, a pesar de que Barba considera «cuestionable» la opción del legislador (p. 184). De hecho, pareciera que para el autor el principio de no discriminación debería prevalecer sobre el de autonomía privada siempre. Pero esto nos lleva al siguiente apartado de esta reseña.

La prevalencia del principio de no discriminación sobre el principio de autonomía privada. Permítaseme recordar la pregunta que constituye el punto de partida de la obra:

«[¿]cuándo es posible afirmar que existe un hecho causante de discriminación que requiere una intervención normativa y, por tanto, cuándo en la ponderación del principio de libertad de negociación y el principio de no discriminación, debe sacrificarse el primero[?]»

La metodología seguida por el autor para responder a dicha cuestión es la siguiente: primero estudia cuándo, en términos generales, existe una discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico; a continuación, se fija en sus posibles manifestaciones en la contratación. Lo explica en la página 33 en los siguientes términos:

«Comprobar el alcance del principio de no discriminación requiere, en primer lugar, comprender qué es la discriminación y cuál es su fundamento, para establecer si puede, y en qué medida, surgir un problema de este tipo en materia contractual.»

La conclusión que parece desprenderse de la lectura de la obra es que cuando surge un problema discriminatorio en materia contractual hay que proteger al sujeto discriminado, a costa de la libertad contractual de la contraparte. No puedo más que disentir de esta conclusión. Pero antes de explicar las razones de mi discrepancia, expondré brevemente qué entiende el autor por discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico y cuáles son los casos por él individualizados en los que dicha discriminación se produce en alguna de las fases de la contratación.

En cuanto a lo primero, el autor explica, apoyándose en la regulación de origen europeo, que hay discriminación prohibida cuando existe una diferencia de trato injustificada por estar basada en el llamado «factor de riesgo», esto es, en «características, reales o presuntas, que definen la identidad o rasgos de una persona o de un grupo y que les exponen, precisamente, al riesgo de ser tratados de forma menos favorable» (p. 34). La diferencia de trato estará objetivamente justificada cuando se adopte por medios adecuados, necesarios y proporcionados en relación con los intereses en juego (pp. 33 a 40).

El capítulo 2 se dedica a demostrar que en todas las fases del contrato puede surgir un problema de discriminación en los términos anteriormente explicados (diferencia de trato injustificada por estar basada en un factor de riesgo) y finaliza dedicando un epígrafe a una cuestión esencial, la prueba de la discriminación, en relación con la cual defiende una aplicación general de la inversión de la carga de la prueba de la discriminación, prevista en las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE solo para los casos regulados en ellas, a través del expediente de la analogía (pp. 95 a 105).

La labor de sistematización que nos ofrece el profesor italiano en este capítulo es encomiable y constituye, a mi modo de ver, uno de los valores de este libro. Tradicionalmente, el conflicto entre la prohibición de discriminación y la libertad contractual se ha venido analizando en la contratación civil distinguiendo dos grandes grupos de casos, correspondientes a las dos manifestaciones de la libertad contractual: la libertad de pactos (por ejemplo, A cobra un precio distinto a B por el mismo servicio por su raza) y la libertad de elegir al cocontratante (por ejemplo, A decide que no contrata con B por su raza). Sin embargo, Barba va más allá y distingue hasta cinco grupos de casos individualizando en cada uno de ellos cómo puede llegar a producirse la discriminación: y así, antes de estudiar las fases del contenido del contrato y de su ejecución, en la de formación del contrato el autor distingue la formación que se produce tras una oferta al público, la que es consecuencia de una negociación individual y la que sigue a una invitación a ofrecer.

Los casos con los que nos ilustra el autor son muy abundantes y sugerentes, pero reciben un tratamiento homogéneo que, a mi modo de ver, confunde al lector. Veamos algunos ejemplos.

Cuando en la página 51 afirma:

«[T]ambién son de sobra conocidas las numerosas ofertas públicas de arrendamiento para estudiantes universitarios, limita-

das explícitamente solamente a chicas o a ciudadanos o a familias sin niños o a personas que no tengan mascotas [...]»

al lector no le queda claro si son casos que deben recibir el mismo tratamiento que el supuesto citado en las líneas inmediatamente anteriores (el ya mencionado del profesor universitario que declara explícitamente su voluntad de no contratar a homosexuales).

Mención específica merece, por su carácter extremo y muy discutible, la construcción de la responsabilidad precontractual que pueda surgir como consecuencia de la vulneración de la prohibición de discriminación. Lo ejemplificaré con dos grupos de casos que aparecen en la monografía:

Primer grupo: en plenas negociaciones de un contrato de arrendamiento, el (potencial) arrendador las rompe porque se percató de que la otra parte es homosexual o simpatiza con un determinado partido político o pertenece a una religión que le disgusta. Para Barba esta ruptura de tratos preliminares daría lugar a responsabilidad por tratarse de una vulneración de la norma que obliga a las partes a comportarse de buena fe durante las negociaciones. Es más: según el autor, la ruptura de las negociaciones por discriminación no hace necesario, para el nacimiento de responsabilidad, que se cumpla el requisito tradicionalmente exigido de que se haya generado en la otra parte una expectativa legítima.

Segundo grupo: el potencial arrendador no quiere arrendar su piso a una persona por ser de raza negra o gitana o, tratándose de un arrendamiento en Italia, por ser estudiante español Erasmus¹⁷. Pues bien, en estos casos, el autor considera que existe responsabilidad precontractual porque el interés del perjudicado es el de participar en la negociación y no ser excluido *a priori*.

¿Son todos los casos expuestos igualmente insoportables? ¿Acaso no debería valorarse que los legisladores europeo y español dejan fuera de la normativa antidiscriminación con efectos para los particulares la contratación que se produzca dentro del «ámbito de la vida privada y familiar» [v. art. 3.1(k) Ley 15/2022]?

Pasando ya a la siguiente fase de la vida del contrato analizada por Barba (contenido), vuelve a llamar la atención el tratamiento homogéneo de casos que, a mi modo de ver, no deberían recibir la misma respuesta por parte del ordenamiento jurídico. Y así, el autor plantea que la regulación contractual es discriminatoria cuando la relación contractual es más desventajosa para una de las partes de lo que lo hubiera sido de no haber discriminación; y lo ejemplifica con (entre otros) los siguientes dos casos:

Primero: el arrendamiento celebrado a través de plataformas informáticas que proporcionan automáticamente un precio distinto a los extranjeros identificados por incluir un número de teléfono u otros datos que revelan inequívocamente el origen.

Segundo: la propietaria de tres inmuebles de idénticas características los arrienda a tres personas diferentes y uno de los tres contratos prevé condiciones peores para el arrendatario como resultado de una discriminación que no se puede justificar de ninguna manera.

En fin, y por lo que se refiere a la fase de ejecución del contrato, me limitaré a destacar solo uno de los ejemplos propuestos por el autor: el propietario de un edificio ha arrendado habitaciones a varios estudiantes y en la fase

¹⁷ La dificultad de los estudiantes españoles Erasmus para encontrar alojamiento en Italia ha sido real, tal y como informa Barba en la nota 118.

de ejecución discrimina a uno de ellos en función de un factor de riesgo, exigiéndole, según lo previsto en el contrato, el pago de forma estricta, mientras que con todos los demás estudiantes se muestra más flexible.

Puedo estar de acuerdo en que en los numerosos y sugestivos supuestos con los que Barba nos mantiene enganchados a la lectura del libro no hay un trato igualitario en la selección del cocontratante o en la regulación contractual, según el caso. Lo que no puedo compartir es que en todos esos casos el ordenamiento jurídico deba intervenir protegiendo al sujeto «discriminado». Y es que parece ser esta la tesis de Barba, como ya he anticipado, y como se desprende del siguiente párrafo situado en la página 40:

«Precisamente por ser un principio-valor, la prohibición impregna toda la materia contractual y su aplicación no pasa, como se podría pensar, razonando según esquemas legalistas y rechazando la teoría de la aplicación directa de los principios para acudir a las cláusulas generales de buena fe y orden público. Más sencillamente se aplica inmediata y directamente, ya que se trata de un principio establecido por una norma imperativa que impide tanto que el contenido del contrato sea discriminatorio, ya que se trataría de un contenido contractual contrario a una norma imperativa, como que el contenido de cualquier acto prenegocial, es decir, de cualquier acto perteneciente a las técnicas de negociación, pueda ser en sí mismo o tener un contenido discriminatorio; finalmente impide también que la ejecución del contrato sea discriminatoria».

Y si no comparto esta conclusión es porque no es el resultado de ninguna ponderación. En todos los casos mencionados hay un conflicto entre, por un lado, el derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación, recogido en el artículo 14 CE, y, por otro lado, la libertad contractual, cuyo engarce constitucional se ha querido ver, no solo en el artículo 10 CE (libre desarrollo de la personalidad), sino también en el artículo 1.1 CE, como concreción de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico consagrados en dicho precepto constitucional (la libertad)¹⁸. Pero el autor no se detiene a ponderar cuál de los dos debe prevalecer, sino que, por el contrario, ofrece un razonamiento que, probablemente, podría servir para analizar un caso en que la vulneración de derechos fundamentales se ha producido por parte del Estado, pero no para solucionar el conflicto que se produce entre dos particulares. A este propósito y tal y como señala García Rubio:

«No se debe olvidar, como nos recuerda R. Alexy, que en las relaciones *inter privados*, no se trata de enfrentar al titular de un derecho fundamental contra el Estado, sino de oponer a un titular de derechos fundamentales con otro titular de derechos fundamentales.»¹⁹

La pregunta que habría que formularse es en qué circunstancias las discriminaciones llevadas a cabo por los particulares pueden considerarse prohibidas. No se puede excluir sin más toda práctica discriminatoria privada. Por

¹⁸ ARAGÓN, «Art. 14», en *Comentarios a la Constitución Española*, tomo I, Conmemoración del XL aniversario de la Constitución, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y Casas Baamonde (Dir.), BOE, 2018, p. 36.

¹⁹ GARCÍA RUBIO, *op. cit.* 2011, pp. 1078 y 1079.

el contrario, se impone la valoración de diversos factores, entre los que la doctrina más autorizada ha destacado la trascendencia social de la discriminación, la relación de dependencia, el hecho de que el particular que discrimina explote servicios de interés público o que la conducta sea vejatoria. El propio Alexy, en su conocida teoría de los principios, requiere el cumplimiento del principio de proporcionalidad a fin de que las limitaciones de la libertad de contratación que puedan conllevar las medidas adoptadas por el legislador para poner fin a la discriminación sean constitucionales²⁰.

En fin, al lector le habría gustado también conocer la opinión de Barba sobre otras construcciones que se han defendido para cohesitar adecuadamente los principios de no discriminación y de autonomía privada: baste citar aquí las que se apoyan en las cláusulas generales del Derecho Privado y, en particular, en los límites a la renunciabilidad de los derechos por contrato (cfr. arts. 6.2 y 1255 CC) o en el ejercicio abusivo del derecho (art. 7.2 CC).

La aplicación de los remedios contractuales para la protección del sujeto discriminado. En el capítulo tercero Barba busca «[a]veriguar qué remedios pueden ensayarse en el Derecho contractual contemporáneo, en el supuesto de vulneración del principio de no discriminación» (p. 113).

Aplica el autor la teoría de los remedios, sobradamente conocida en el ámbito de la responsabilidad contractual (en sentido amplio) y que significa, como es bien sabido, que identificado un supuesto de hecho único (el incumplimiento del contrato), el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor un abanico de remedios, cada uno con sus propios requisitos de aplicación, dirigidos a la satisfacción de su interés (la pretensión de cumplimiento, la indemnización de daños y perjuicios, la resolución del contrato y la reducción o la suspensión de la propia contraprestación). Pues bien, trasladada la teoría de los remedios al objeto de estudio de la monografía, el supuesto de hecho único estaría constituido por la infracción del principio de no discriminación y los remedios serían la imposición de la obligación de contratar, la nulidad del contrato, la nulidad parcial del contrato, la modificación del contrato conforme a la buena fe y a la equidad y la indemnización de los daños y perjuicios.

En esta parte de la obra se aprecia el sólido conocimiento del autor del Derecho de contratos español y su admirable creatividad jurídica. Esta última se nota claramente cuando explica que los casos en los que una oferta al público excluya injustificadamente a determinadas personas, si una de esas personas «excluida» quisiera celebrar el contrato, el remedio jurídico no sería, como tendería a pensarse, la imposición del contrato a la otra parte, sino la nulidad de la cláusula que discrimina por ser contraria a una norma imperativa. Por tanto, concluye Barba, si la persona excluida aceptara la oferta al público, el contrato estaría ya celebrado (p. 140).

La construcción de los remedios ofrecida por el autor sigue la estela de voces doctrinales autorizadas²¹ y se realiza con el objetivo de lograr la más adecuada protección del sujeto que ha sufrido la discriminación, sin tomar en consideración, a mi modo de ver, los intereses de la otra parte, cuyos derechos, no lo olvidemos, están en conflicto. Y así, aunque Barba invoca los principios de adecuación, proporcionalidad y razonabilidad en la aplicación de los remedios (p. 112) no es lo que, creo, se desprende, de su construcción.

²⁰ Sobre ello, ampliamente, AGUILERA, *op. cit.* 2013, en particular, pp. 82 y 83.

²¹ Fundamentalmente, García Rubio, Infante Ruiz o Vivas Tesón.

Lo anterior se aprecia claramente cuando se refiere a la nulidad parcial: en la monografía se defiende que a la hora de establecer si el contrato se habría celebrado o no sin la cláusula nula (lo que decidirá si el contrato subsiste o no), debe atenderse únicamente al criterio del sujeto discriminado ya que *«para la parte que discrimina, la nulidad de la cláusula o parte del contrato discriminatorio es siempre esencial y, por tanto, la nulidad de dicha cláusula debería siempre conducir a la nulidad del contrato»* (p. 129).

La inclinación de la balanza hacia el titular del derecho fundamental a la igualdad queda también patente en la construcción del remedio de la modificación del contrato, como bien demuestran las siguientes palabras:

«no debe pensarse que se trata de un remedio exclusivamente vinculado a la nulidad parcial del contrato, ya que bien puede hacerse uso de este remedio también en los casos en que no hay nulidad y, sin embargo, teniendo en cuenta el interés de la parte discriminada, la modificación parece ser lo más adecuado» (p. 131).

El autor ilustra su opinión con el siguiente ejemplo:

«en el caso de un contrato que prevea un precio superior al habitual por razones discriminatorias, es fácil corregirlo reduciendo el precio, o en el caso de un contrato que prevea un plazo inferior o superior al habitual para el ejercicio de determinados poderes y facultades, la corrección se efectúa restableciendo el plazo al habitual». (p. 131)

A la vista de todo lo anterior, no sorprende tampoco que el autor se muestre favorable a las indemnizaciones de tipo punitivo *«en casos de conductas intencionadas o reiteradas»*.

Más equilibrada es, a mi juicio, la delimitación de los casos en que será posible imponer la obligación de contratar, lo que procederá, según el autor, *«cuando la parte discriminada no tenga acceso al bien o servicio de forma equivalente mediante la celebración de un contrato sustitutivo»* (p. 144) y siempre y cuando el contenido del contrato esté pre-determinado.

Valoración final. La monografía de Barba ofrece un panorama completo y sistemático de todas las posibles manifestaciones de la discriminación en el contrato y de los remedios jurídico civiles que el sujeto discriminado podría tener a su disposición (individualmente o, incluso, de manera colectiva, haciendo uso de la protección de las medidas inhibitorias a las que el autor dedica también unas páginas [166 a 180]). Solo por este hecho el libro merece ser leído.

Ahora bien, como creo que ha podido desprenderse de las páginas anteriores, no comparto muchas de las tesis defendidas por el autor, incluida la central de la obra: un replanteamiento general de la categoría de contrato en el que asume un papel central la prohibición de discriminación, como límite a la autonomía privada.

El autor es consciente de las resistencias que puede encontrar su tesis y es por ello que el último capítulo lo dedica a tratar de convencer de que *«[e]l contrato sigue siendo, ineludiblemente, el lugar de la autonomía privada»* (p. 191), que *«[l]a palabra funcionalización no debe asustar»* (p. 193) y que *«al hablar de funcionalización, no se pierde la certeza del derecho»* (p. 196).