

El problema de la discriminación en el ámbito privado: una aproximación a las legislaciones recientes en Alemania y España

CARMEN M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE

SUMARIO: I. Introducción II. Ley alemana general de tratamiento igualitario o Deutsches allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. A. Aproximación general al contenido de la ley. 1. Disposiciones generales. 2. Ámbitos de aplicación de la ley. B. La prohibición de discriminación en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas. 1. Introducción. 2. Análisis de la conducta prohibida. 3. Contratos y negocios jurídicos sometidos a prohibición de discriminación. 4. Excepciones a la prohibición de discriminación. 5. Causas de justificación para la admisión de una discriminación. 6. Consecuencias jurídicas de la infracción y reglas procesales. III. Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. A. Aproximación general al contenido de la ley. 1. Disposiciones generales. 2. Ámbitos de aplicación de la ley. B. La prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas. 1. Introducción. 2. Análisis de la conducta prohibida. 3. Reglas especiales en el ámbito de los seguros. 4. El principio de presencia equilibrada en los consejos de administración. 5. Consecuencias jurídicas de la infracción y reglas procesales. IV. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Hace casi tres años años, en agosto de 2006, entró en vigor en Alemania la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG) o Ley general de tratamiento igualitario. Luego, en marzo de 2007, fue aprobada en España la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Aunque sean leyes cuyo ámbito objetivo de aplicación no pueda ser plenamente equiparable, lo cual puede deducirse de la sola lectura de sus nombres, las dos leyes, aprobadas para dar respuesta a las necesidades impuestas por el derecho europeo¹, ponen

1 La ley alemana incorpora las siguientes directivas: Directiva 2000/43/CE, del Consejo, del 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico;

de manifiesto una vez más que el tema de la igualdad y su consecución práctica, mucho más allá de estar resuelto, sigue plenamente vigente, y que uno de los objetivos de los actuales gobiernos y legisladores sigue siendo, como en otras épocas, avanzar formalmente en ese camino, para que se puedan dar en todos los ámbitos las condiciones necesarias objetivas que garanticen la igualdad de los ciudadanos, respetando en todo caso las peculiaridades de cada uno de ellos. El sustrato impulsor de dichas políticas no es otro que la consideración de que la Unión Europea, como cualquier otra sociedad, no constituye únicamente una comunidad económica sino también una comunidad de valores, y la protección contra la discriminación, además de ser efectiva desde la perspectiva económica de integración de los grupos minoritarios y desfavorecidos, constituye el núcleo de la política de derechos fundamentales².

Pues bien, aunque ambas leyes responden al mismo espíritu y al idéntico deber de trasposición del derecho comunitario, sus campos materiales de acción han sido delimitados por el legislador con distinto alcance en cada caso. En este sentido hemos de señalar ya desde un primer momento que la ley alemana ha sido más ambiciosa que la española. Esta última, como se desprende claramente de su título, tiene por finalidad remover los obstáculos, principalmente prohibiendo las discriminaciones, a favor de la igualdad entre hombre y mujer. Su contenido, por tanto, es la interdicción de las discriminaciones por razón de sexo en los diferentes ámbitos político, civil, laboral, económico, social y cultural a los que se aplica.

La ley alemana tiene un alcance más amplio: con algunas excepciones, su finalidad es prohibir con carácter general todas las discriminaciones en el ámbito laboral y civil que se basen en la raza, el origen étnico, el sexo, la religión o la concepción ideológica del mundo, la edad, una incapacidad o la identidad sexual.

A pesar de este distinto contenido, podemos afirmar como característica común fundamental que tanto una como otra responden a un espíritu proteccionista del legislador, lo que ha dado lugar a dos normativas bastante minuciosas y extensas, que en ocasiones van más allá de lo deseable. Por lo que respecta al caso en España,

Directiva 2000/78/CE, del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo; Directiva 2004/113/CE, del Consejo, del 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

Según el Preámbulo de la ley española, ésta incorpora únicamente las dos últimas directivas mencionadas, esto es la 2002/73/CE y la 2004/113/CE, que son las que se refieren en particular a la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

- 2 Así puede leerse en el artículo de prensa "Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz kommt" de la página web del *Bundministerium der Justiz* o Ministerio de Justicia alemán [www.bmj.bund.de/enid/8470614fdaf700b5a0d956c32bd1d36f,0/aktuelles_2u.html] (en concreto, este enlace: Service-Pressestelle-Pressemitteilungen), junio de 2006.

el legislador español, ante la necesaria implementación de las mencionadas directivas europeas en el ámbito nacional, decidió llevar a cabo un proyecto legislativo en materia de igualdad de sexo mucho más general y extenso de lo que aquellas imponían. Este espíritu proteccionista se deja sentir, por ejemplo, especialmente en materia procesal. Así, es destacable que ambas leyes establecen una inversión de la carga de la prueba en los procesos que tienen lugar a raíz de una demanda de discriminación. Esto significa que será la persona demandada por discriminación la que habrá de probar la ausencia del carácter discriminatorio en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

Quisiéramos señalar, antes de entrar en el análisis detenido de las mencionadas leyes, que, como suele suceder con todas las normativas que afectan a principios y derechos fundamentales, ambas han generado una notable controversia tanto entre la doctrina más autorizada como entre la opinión pública de sus respectivos países. Las nuevas normativas, desde luego, no han dejado indiferente a nadie, y cuentan entre sus filas con fervientes admiradores al igual que con acérrimos detractores. Es claro que nadie duda de la necesidad de progresar en políticas efectivas de igualdad, especialmente en la igualdad de trato por motivo de raza u origen étnico y la igualdad entre hombres y mujeres, y de luchar contra aquellas situaciones que impidan que esta igualdad sea real. Lo que fundamentalmente se critica son los medios para llevar a cabo esta labor, y especialmente algunas de las medidas excesivamente "proteccionistas" contenidas en ambas leyes, así como las disposiciones no del todo claras y precisas que sin duda propiciarán la aparición de problemas en cuanto a su aplicación práctica.

Dicho todo ello, no queremos negarnos sin embargo a reconocer el carácter positivo que inspira a ambas normativas, en la medida en que suponen un avance en el camino de conseguir políticas de igualdad cada vez más reales y efectivas. Por nuestra parte, además prestaremos especial atención en las páginas que siguen a la repercusión que estas legislaciones tienen en el ámbito civil —uno de los aspectos más innovadores de ambas leyes—, puesto que por medio de ellas se positiviza por primera vez la interdicción de la discriminación, que hasta ahora constituía un principio constitucional y por tanto solo directamente aplicable a las relaciones de los ciudadanos con el poder público, en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas. Analizaremos, en primer término, la ley alemana, que a nuestro juicio se constituye en la más detallada y completa de ambas, tanto por su ámbito de aplicación como por su regulación material, y posteriormente la española, que, como hemos dicho, limita su tratamiento a la igualdad de sexos. Sirvan estas experiencias, tanto en sus aspectos positivos como en sus deficiencias, que intentaremos señalar lo más afinadamente posible, para otras sociedades en las que la lucha contra la discriminación y el establecimiento de políticas efectivas de igualdad necesite, sin mucha dilación, ser impulsada³.

3 En este sentido, y con referencia a México, J. M. SOBERANES DIEZ. "Ley española para la igualdad

II. LEY ALEMANA GENERAL DE TRATAMIENTO IGUALITARIO O DEUTSCHES ALLGEMEINE GLEICHBEHANDLUNGSGESZT

A. Aproximación general al contenido de la ley

1. Disposiciones generales

La *Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz* (AGG), también conocida en el sector como "ley antidiscriminación", constituye una normativa nacional que tiene como objetivo principal impedir o prohibir discriminaciones injustificadas por motivos de raza, origen étnico, sexo, religión, concepción del mundo, incapacidad, edad o identidad sexual (parágrafo 1 AGG)⁴. Para la consecución de dicho objetivo se les otorga a los pertenecientes a los grupos de personas protegidos un derecho, cuyo contenido estudiaremos más tarde, contra los empresarios, empleadores o personas privadas que incurran en un comportamiento prohibido por la ley.

La ley tiene su mayor ámbito de aplicación y repercusión en el ámbito laboral⁵. A pesar de ello, es destacable que las mayores controversias suscitadas en su elaboración y que motivaron el retraso de su aparición tienen que ver con la parte referida al derecho civil⁶, ya que, como tendremos ocasión de ver más adelante,

de mujeres y hombres", en *Cuestiones Constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, n.º 17, julio-diciembre de 2007, 299 y ss.

- 4 Esto no significa que los demás discriminaciones sean lícitas, ya que otras normas pueden prohibir la discriminación; véase M. KOCK. "Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - Überblick über die arbeitsrechtlichen Regelungen", en *Monatsschrift für deutsches Recht* (MDR) 2006, 1088 y ss., que pone como ejemplo que no es lícita la práctica de una empresa consistente en emplear sólo a no fumadores, ya que esto sería una infracción al derecho fundamental de la personalidad.
- 5 De la abundante literatura sobre la AGG en el ámbito laboral véase, por ejemplo: O. HINRICHS y B. ZWANZIGER. "Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz", en *Der Betrieb*, 2007, 574 y ss.; O. DEINERT. "Anwendungs-probleme der arbeitsrechtlichen Schadensersatzvorschriften im neuen AGG", en *Der Betrieb*, 2007, 398 y ss.; G. MAIER y T. MEHLICH. "Das Ende des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes?", en *Der Betrieb*, 2007, 110 y ss.; T. KANIA y S. MERTEN. "Auswahl und Einstellung von Arbeitnehmern unter Geltung des AGG", en *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP), 2007, 8 y ss.; N. BESGEN. "Die Auswirkungen des AGG auf das Betriebsverfassungsrecht", en *Betriebsberater*, 2007, 213 y ss.; H. SEEL. "AGG – Schadensersatz für Diskriminierungen im Bewerbungsverfahren", en *MDR*, 2006, 1321 y ss.
- 6 De la literatura sobre el AGG en el ámbito civil véase, por ejemplo: J. BASEDOW. "Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht", en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP), 2008, 230 y ss.; M. LUTTER. "Anwendbarkeit der Altersbestimmungen des AGG auf Organpersonen", en *Betriebsberater*, 2007, 725 y ss.; R. GAJER y A. WENDLAND. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Eine Einführung in das Zivilrecht*, München, 2006; R. HORST. "Mietrechtliche Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes", en *MDR*, 2006, 1266 y ss.; U. WACKERBARTH. "Die Vermeidung einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme aus dem AGG", en *ZIP*, 2007, 453 y ss.; R. BUDDÉ. "Auswirkungen des AGG auf Vertriebspartner", en *Betriebsberater*, 2007, 731 y ss.; W. DÄUBLER y M. BERTZBACH (eds.). *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar*, Baden-Baden, 2008; J. H. BAUER, B. GÖPFERT y S. KRIEGER. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, München, 2008; R. ROESNER. *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, Heidelberg, 2006.

en este ámbito la ley excede o rebasa lo dispuesto en las directivas europeas a cuya transposición respondía.

Por lo que se refiere a este ámbito, una de las especialidades de esta ley es precisamente la extensión de su aplicación como norma de protección a la esfera privada; de este modo limita la hasta ahora *intocable* autonomía privada. De acuerdo con el legislador, ello era necesario para dar cumplimiento al mandato de igualdad constitucional, aplicable desde este momento también a las relaciones entre los ciudadanos entre sí.

La ley prohíbe tanto las discriminaciones directas como las indirectas⁷, el acoso en el trabajo⁸, el acoso sexual⁹ y el dar una orden de llevar a cabo

7 Una discriminación directa (parágrafo 3 I AGG), de acuerdo con la propia ley, existe cuando una persona, a causa de uno de los motivos mencionados anteriormente, recibe un trato menos favorable que otra persona que está en situación equivalente. La ley especifica expresamente que una discriminación directa a causa del sexo existe en el supuesto de un tratamiento desfavorable a una mujer en caso de embarazo o maternidad. Otro ejemplo sería una discriminación de un hombre por sus tendencias homosexuales (Sentencia ArbG Berlin v. 13.7.2005 - 86 Ca 24618/04.).

Una discriminación indirecta existiría según la ley (parágrafo 3 II AGG) cuando por medio de comportamientos, criterios o preceptos aparentemente igualitarios pueden ser discriminadas personas a causa de alguno de los motivos señalados, a menos que los preceptos, criterios o procesos estén objetivamente justificados y para la consecución de dicho objetivo sean adecuados y necesarios. Mediante esta prohibición de las discriminaciones indirectas se quiere impedir las discriminaciones que no vayan unidas a medidas o acuerdos que se refieran directamente a las características prohibidas, pero que a través de dichas medidas o acuerdos sean igualmente discriminadas personas que incluyen en su haber uno de los motivos de discriminación prohibidos por la ley (el BAG - Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en sentencia de 8.6.2005 - 4 AZR 412/04, decidió, por ejemplo, que una discriminación indirecta existe en el caso de que una empresa no paga una bonificación en Navidad a los empleados que solo trabajan media jornada. El BAG lo justifica con el argumento de que esto sería una discriminación indirecta por motivos de sexo porque por experiencia la mayoría de los trabajadores que trabajan solo media jornada son mujeres.) No es necesario que la discriminación tenga lugar: es suficiente con que pueda existir esa discriminación. Ahora bien: ha de existir un peligro concreto de dicha discriminación, no es suficiente con el peligro abstracto (véase la motivación del legislador al redactar la ley en *Gesetzesentwurf der Bundesregierung* v. 4.5.2006 (AGG) - BT-Drucks.16/1780 v. 8.6.2006 - BR-Drucks. 329/06 v. 18.5.2006.

8 Así también prohíbe el acoso en el trabajo, que es aquel comportamiento no deseable, ni adecuado, que es capaz de dañar la dignidad de la persona (parágrafo 3 III AGG). Este acoso puede ser verbal o no verbal. No es suficiente, para que quede bajo la protección de la ley, que se trate de un comportamiento aislado, sino que sea repetido. Esto es, se entiende que no puede haber acoso mediante una única conducta (KOCK. "Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - Überblick über die arbeitsrechtlichen Regelungen", cit., 1089, que entiende que sólo hay discriminación si se establece un "ambiente hostil" que no suele pasar después un único acto de acoso. En la misma línea: BAUER/GÖPFERT/KRIEGER, AGG, par. 3, n.º 45). Es necesario, por otra parte, que el acoso esté en relación con alguno de los motivos de discriminación. No es necesaria una relación directa: es suficiente que tenga relación con uno de los motivos de discriminación. El acoso no será protegido por la ley cuando el daño a la dignidad no tenga relación con alguno de los motivos de discriminación mencionados en la AGG –por ejemplo, no quedaría bajo la protección de la ley cuando un trabajador es amenazado por el empresario en una reunión a causa de su bajo volumen de ventas.

9 La ley también prohíbe expresamente el acoso sexual (parágrafo 3 IV AGG), que consiste en la conducta no deseada e inadecuada con contenido sexual y que daña la dignidad de la persona

una discriminación¹⁰. Ahora bien: la AGG no es aplicable a todos los ámbitos jurídicos y económicos, ni tampoco prohíbe todas las discriminaciones. En primer lugar, exclusivamente prohíbe las discriminaciones basadas en determinadas circunstancias relevantes. Y en segundo lugar, únicamente prohíbe las discriminaciones cuando tienen lugar en determinadas situaciones y bajo determinados requisitos. Nuestro cometido en los siguientes apartados será precisamente el determinar de forma detallada el ámbito de aplicación de la ley que ha configurado el legislador alemán.

2. Ámbitos de aplicación de la ley

La ley no es aplicable a todas las clases de discriminaciones imaginables, sino sólo a aquellas que se basen en determinados motivos. Y esos son la raza, el origen étnico, el sexo, la religión o concepción del mundo, una incapacidad, la edad, o la identidad sexual.

El ámbito de aplicación de la ley –según el párrafo 2 AGG¹¹– queda comprendido además en aquellas discriminaciones que, basándose en alguno de los motivos señalados anteriormente, se lleven a cabo en relación con: 1. los criterios de selección y las condiciones de entrada para el acceso a puestos asalariados y autónomos, independientemente del ramo de actividad y de la posición laboral, así como para los ascensos laborales¹²; 2. las condiciones de trabajo, comprendiendo el sueldo y las condiciones de despido, en especial en lo que corresponde a las medidas o acuerdos individuales o colectivos referentes a la ejecución o terminación de una relación laboral así como los ascensos laborales; 3. la entrada a cualquier

en cuestión. Es necesario que el acoso sexual tenga que ver con el trabajo. No sería aplicable la AGG si, por ejemplo, durante el fin de semana el jefe ve por casualidad a su secretaria en un bar y comete un acoso sexual. Sí sería de aplicación si el acoso tiene lugar en la fiesta de Navidad de la empresa o en un viaje profesional (BAUER/GÖPFERT/KRIEGER, AGG, par. 3, n.º 50). Estos dos comportamientos de acoso y acoso sexual son difícilmente imaginables en el ámbito civil, y no pueden ser en ningún caso justificados.

- 10 Por último, la orden de llevar a cabo una discriminación también está prohibida, ya que es tenida como una discriminación en sí misma, recogiendo la orden dada por el legislador europeo en el artículo 2.º de las directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE; véase al respecto: BAUER/GÖPFERT/KRIEGER, AGG, par. 3, n.º 80. Este comportamiento tiene lugar cuando una persona ordena discriminar a un empleado por alguno de los motivos recogidos en la ley. La orden puede ser tanto de discriminación directa como de discriminación indirecta, de acoso o de acoso sexual. Este comportamiento presupone que la persona que da la orden tiene poder directivo sobre el ejecutante. Y éste no tiene que ser necesariamente otro empleado: puede ser, por ejemplo, un cliente.
- 11 Aunque el párrafo 2 AGG es el precepto central que define el ámbito de aplicación de la ley, no es, sin embargo, el único que lo hace. Los párrafos 3 y 19 también definen el ámbito de aplicación de la ley.
- 12 Un problema que ya se ha detectado en la práctica es el llamado "AGG-Hopping": personas que concurren a puestos de trabajo con el único fin de no recibir el puesto, para luego demandar a la empresa; véase al respecto: M. DILLER. "BB-Forum: 'AGG-Hopping' - und was man dagegen tun kann", en *Betriebsberater*, 2006, 1968.

forma o nivel de orientación profesional, de formación laboral, comprendiendo la formación para el trabajo, el reciclaje y la readaptación laboral así como las prácticas laborales; 4. la entrada a una asociación de trabajadores o a una asociación cuyos miembros pertenezcan a un determinado grupo laboral, comprendiendo la utilización de los servicios de dichas asociaciones; 5. la protección social, comprendiendo los seguros sociales y los seguros de salud; 6. las ventajas sociales; 7. la formación; 8. la entrada y el aprovisionamiento con mercancías y servicios que están disponibles para el público, excluyendo la vivienda.

Son, por lo tanto, estos ocho ámbitos en los que tiene aplicación la prohibición de discriminación introducida por la ley alemana. Los cuatro primeros, que son los más amplios, corresponden al ámbito del derecho del trabajo. Los demás constituyen un grupo heterogéneo que se refiere a la protección social, a las ventajas sociales, a la formación y a la entrada y el aprovisionamiento de mercancías y servicios que estén disponibles para el público. En esta última previsión estaría referida la extensión de la ley al ámbito del derecho privado.

La ley define seguidamente la prohibición en sí con referencia al ámbito laboral y, en concreto, declara que los empleados o trabajadores no pueden ser discriminados por parte del empresario, ni de otros empleados, ni de un tercero, por ninguno de los motivos antes mencionados. Esto vale asimismo aun cuando la persona que discrimina únicamente supone que existe una de las razones del parágrafo 1 AGG, aunque en realidad no fuera así. En definitiva, mediante este precepto, también está prohibida la discriminación subjetiva, aun cuando objetivamente no exista discriminación.

Como se aprecia, el ámbito objetivo de aplicación así delimitado es muy amplio. Dentro de él tienen cabida todos los acuerdos y medidas individuales y colectivos. Y bajo la ley se comprenden, con pocas excepciones, todas las situaciones de la vida laboral desde la firma del contrato, durante toda la relación laboral, hasta el final de ésta.

Por lo que respecta a los motivos de discriminación prohibidos ya mencionados, hay que señalar que la ley no ofrece una definición ni una delimitación de ellos¹³, así como tampoco las directivas europeas que motivaron su promulgación, que establecen una remisión a la normativa estatal. Ahora bien: los concretos motivos de discriminación recogidos en la ley deben interpretarse conforme al derecho europeo¹⁴.

13 Respecto de esta cuestión, véanse los comentarios de M. ECKERT. "Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der Praxis", en *Deutsches Steuerrecht (DStR)*, 2006, n.º 44, 1987 y ss.; y los aspectos más problemáticos de esta ley en su aplicación práctica.

14 Véase, por ejemplo, la abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo (TJCE) sobre la discriminación por el sexo: TJCE. Sentencia 11.3.2003 – C – 186/01; Sentencia 11.01.2000 – C – 285/98; Sentencia 30.6.1988 – C- 318/86.

No toda discriminación por los motivos señalados pone en marcha las consecuencias jurídicas previstas en la ley, en especial la indemnización de daños y perjuicios, ya que en algunos casos una discriminación puede estar justificada por algún motivo y por tanto ser permitida¹⁵. Las justificaciones de diversa índole que son admitidas por la ley las encontramos principalmente en los párrafos 8 a 10 de la ley. El párrafo 5 también recoge las llamadas medidas positivas y el párrafo 20 se refiere a las justificaciones aplicables al ámbito civil, que veremos más adelante con detenimiento.

Por lo que se refiere al párrafo 5, éste establece que está permitido un tratamiento diferenciado cuando a través de medidas apropiadas y adecuadas, las desventajas causadas por uno de los motivos de discriminación conocidos son compensadas. Es necesario, por tanto, que exista la desventaja en primer lugar, así de acuerdo con la letra de la ley no se estaría refiriendo a posibles medidas preventivas. Según este artículo, son permitidas las medidas para la promoción de un grupo discriminado. Ahora bien: estas medidas para el fomento de un grupo discriminado deben ser adecuadas e idóneas de acuerdo con criterios objetivos, y requieren además una ponderación en cada caso individual con la posición jurídica de la persona en cuestión. Una medida es idónea o apta cuando por medio de ella se consigue eliminar las desventajas existentes. Una medida es adecuada cuando respeta el principio de proporcionalidad. Es por lo tanto una cuestión que hay que decidir caso por caso. Una ventaja general para un determinado grupo no estaría en principio permitida. La indeterminación de este precepto es evidente y sitúa al empresario por una parte ante la inseguridad de la ponderación, y por otra, ante el peligro, en caso de una estimación falsa, de poder ser obligado a indemnizar a los empleados perjudicados.

Según el párrafo 8, un tratamiento desigual está permitido cuando este motivo representa una exigencia laboral esencial y decisiva a causa de la propia clase de actividad o de las condiciones para su ejercicio, siempre que el objetivo sea legal y la exigencia adecuada¹⁶.

15 Por ejemplo, hay que considerar lícito el hecho de no emplear a un piloto por su edad, véase la sentencia del *BVerfG* (Tribunal Constitucional) de 25.11.2004 - 1 BvR 2459/04. También habrá que considerar lícito no emplear a un hombre en una tienda de *dessous* de mujeres para asegurar la intimidad de las mujeres. También hay que tener en cuenta que, por ejemplo, las iglesias, según el párrafo 9 *AGG*, tienen ciertas privilegios a la hora de buscar a trabajadores, así que la Iglesia católica no puede ser obligada a emplear a un protestante en casos en que la religión tiene importancia para el trabajo (por ejemplo, si busca un profesor para una escuela católica). De todas formas, tampoco la Iglesia católica tendría derecho de discriminar a una persona por su religión si busca, por ejemplo, un jardinero o ayudante para la cocina. En la doctrina, *BAUER/GÖPFERT/KRIEGER. AGG*, par. 9 n.º 255.

16 No hay que olvidar que el empresario, por vía del párrafo 12 *Grundgesetz* (*GG*), libertad de profesión, es libre a la hora de fijar las exigencias de cada puesto de trabajo, como ya hace tiempo el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, ha confirmado: *BAG*. Sentencia del 31.1.1984, *BB* 1984, 1199.

Exigencias laborales pueden ser, por ejemplo, exigir una determinada formación o cualificación¹⁷.

B. La prohibición de discriminación en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas

1. Introducción

La ley dedica un apartado especial a la protección contra la discriminación en el ámbito civil, y en concreto en el ámbito objetivo señalado por la ley en su párrafo 2.I, num. 5 a 8¹⁸. En este ámbito concreto, las novedades que introduce la nueva regulación, concretamente en los párrafos 19 y ss., han sido glosadas por la doctrina en tres aspectos fundamentales:

1. El mandamiento de igualdad, que hasta ahora, con respecto a las relaciones privadas, sólo se había visto compelido por medio de la *mittelbare Drittwirkung* o eficacia indirecta en las relaciones entre terceros de los derechos fundamentales, se convierte a partir de este momento en un deber civil directo.
2. Las posibilidades de actuación existentes, hasta ahora restringidas –demanda y acciones civiles–, de las personas afectadas por un comportamiento desigual son claramente ampliadas mediante los apartados 1 y 2 del párrafo 21 de la ley.
3. Por último, con el fin de proporcionar una protección jurídica efectiva frente a las discriminaciones prohibidas, se han visto así mismo facilitadas y aligeradas las reglas de la prueba de acuerdo con el párrafo 22.

Como hemos venido señalando, la introducción de la prohibición de discriminación en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas constituye una de las novedades más destacables de la ley, si no la que más. Hasta este momento sólo era de aplicación el principio de igualdad de trato constitucional del artículo 3.º de la *Grundgesetz* (GG). Pero, como las demás normas de derecho público, ésta únicamente es de aplicación entre los ciudadanos y el poder público, no en las relaciones de los ciudadanos entre sí. A pesar de ello, algunos derechos fundamentales encontraron aplicación también mediante la jurisprudencia en las relaciones entre privados. Algunos de ellos¹⁹ han encontrado una aplicación directa a las relaciones entre privados –la conocida *unmittelbare Drittwirkung*–, y algunos otros derechos fundamentales encuentran una aplicación indirecta, lo que quiere decir

17 BAUER/CÖPFERT/KRIEGER. AGG, par. 8, n.º 16.

18 El legislador alemán, como veremos más adelante, va más allá de las órdenes del derecho europeo impuesto por las directivas 2000/43/EG y 2004/113/EG.

19 Así, por ejemplo, el párrafo 9 GG (derecho de asociación).

que necesitan para su aplicación una cláusula general o concepto jurídico general que impongan en ese ámbito determinado la aplicación del principio *–mittelbare Drittwirkung*²⁰.

Por lo que se refiere a la aplicación del artículo 3.º GG, esto es la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, hasta este momento sólo encontraba una aplicación directa según la doctrina mayoritaria en el ámbito laboral²¹. Pues bien, esta situación cambia a partir de la AGG, ya que no será necesario acudir al mecanismo de la *Drittwirkung* para la aplicación del principio de igualdad de trato o discriminación en los ámbitos a los que esta ley se refiere, y especialmente en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas²².

2. Análisis de la conducta prohibida

En concreto, en este ámbito se impone una prohibición general de discriminación por motivo de raza, origen étnico, religión, sexo, edad, incapacidad, o identidad sexual en el momento de la fundación, durante y al finalizar las relaciones obligatorias en tres supuestos muy específicos que detallaremos²³. Para tener en

20 Un ejemplo de este último caso lo encontramos en el ámbito alemán, por ejemplo, en los párrafos 138, 241 y 242 BGB. El párrafo 138 establece en concreto que cualquier negocio que vaya contra las buenas costumbres es nulo. Pues bien, dentro del concepto de buenas costumbres podrían encontrar aplicación los derechos fundamentales. El párrafo 241 habla de tener en consideración los derechos, los bienes jurídicos y los intereses de las otras partes, y finalmente el párrafo 242 habla de *Treu und Glauben*, lo que vendría a ser en nuestro ámbito el principio de buena fe. Consecuencia de esto es, por ejemplo, el llamado "*arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz*" (derecho de igualdad laboral) del Tribunal Supremo, Sala de lo Social (BAG), sentencias 15.1.1955 1 AZR 305/54; 11.9.1974- 5 AZR 667/73. MAIER y MEHLICH defienden que con la aprobación del AGG el derecho de igualdad laboral como instrumento de la jurisprudencia y de la doctrina ha perdido su derecho de existencia con la consecuencia de que ahora en el ámbito laboral solo el AGG define lo que es discriminación ilícita y lo que no lo es; véase: MAIER y MEHLICH. "Das Ende des richterlich entwickelten arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungs-grundsatzes?", en *Betrieb*, 2007, 110; en contra: HINRICHS y ZWANZIGER. "Allgemeines Gleichbehandlungs-gesetz - Ende des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes?", en *Betrieb*, 2007, 574.

21 ROESNER. *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, cit., 2.

22 Esto, sin embargo, no quiere decir que la doctrina de la *Drittwirkung* vaya a perder a partir de ahora su justificación, ya que ciertos ámbitos del derecho privado no quedan regulados por la AGG, como, por ejemplo, muchos contratos civiles individuales, es decir, aquellos que no sean considerados contratos en masa o asimilables a éstos, que son los que caen bajo la aplicación de esta ley antidiscriminatoria.

23 "§ 19 Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot. (1) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die
1. typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen oder
2. eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, ist unzulässig.
(2) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft ist darüber

cuenta, en primer lugar, es que en este ámbito se han recogido todos los motivos ya señalados en el parágrafo 1 de la ley, esto es, la raza, el origen étnico, el sexo, la religión, una incapacidad, la edad, o la identidad sexual pero con la excepción de la concepción del mundo²⁴.

Como fácilmente puede apreciarse, son incluidos en primera línea los contratos. Ahora bien, como hay una referencia expresa al momento de la fundación de las relaciones obligatorias, también se entenderían incluidas algunas situaciones en las que la celebración del contrato no se ha podido llevar a cabo todavía a causa de negociaciones todavía pendientes. También se ha entendido que, de acuerdo con la finalidad de la prohibición, caerían dentro del ámbito del parágrafo 19 y siguientes los negocios jurídicos unilaterales, como por ejemplo, señala la doctrina, la denominada *Auslobung* regulada en los parágrafos 657 y ss. BGB, que consiste en una promesa pública de recompensa²⁵.

En el momento de la fundación de las relaciones jurídicas obligatorias, el supuesto de hecho de la discriminación se cumple cuando un contrato, desde el principio, es ofrecido marginando a determinados grupos de personas, basándose en los criterios o características excluyentes establecidos en el parágrafo 19, bien porque el negocio es restringido a determinados interesados basándose en valoraciones inapropiadas, bien porque es ofrecido a determinadas personas bajo condiciones desfavorables o bien porque determinadas personas son discriminadas de entrada a la negociación del contrato.

Pero hay que tener en cuenta que el principio de trato igual no solamente compele en el momento del establecimiento de la finalización de las relaciones jurídicas, sino también durante su concreto desarrollo. Así constituirían una infracción de la prohibición de discriminación aquellos contratos que sean celebrados de

hinaus auch bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 unzulässig.

(3) Bei der Vermietung von Wohnraum ist eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig.

(4) Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse.

(5) Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird. Bei Mietverhältnissen kann dies insbesondere der Fall sein, wenn die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen. Die Vermietung von Wohnraum zum nicht nur vorübergehenden Gebrauch ist in der Regel kein Geschäft im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1, wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet²⁴.

24 El primer borrador de la ley todavía contenía el concepto de la concepción del mundo, pero éste fue suprimido en la ley final porque el legislador temía que grupos de la extrema derecha iban a invocar la AGG en su beneficio: BT-Drucks. 16/2022, 8; en detalle: DAUBLER/BERTZBACH. AGG, par. 19, n.º 16.

25 GAIER/WENDTLAND. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., 9 y ss.

acuerdo con valoraciones inadecuadas, fundamentándose en alguno de los motivos señalados en el párrafo 19, en el sentido de que el contenido del contrato sea más desfavorable para una persona o grupo de personas en relación con otras u otros. Lo mismo cabe decir de los contratos que en principio son celebrados con un contenido neutral, es decir, no desfavorable para determinadas personas o grupos de personas, pero que dejan a la parte un amplio margen de discrecionalidad en el cumplimiento del contrato, y esto se traduce en la discriminación a determinadas personas.

Por último, una discriminación también puede existir en el momento de finalización del contrato, cuando los requisitos contractuales para la disolución son especialmente difíciles para una persona determinada o grupo de personas o especialmente fáciles para otras u otros. Según alguna doctrina alemana, esto también sería aplicable en el caso de que siendo las condiciones contractuales igualitarias, por ejemplo en cuanto a los plazos exigidos para la disolución del contrato, sin embargo, en la práctica, el empresario no escatima en mejorar esas condiciones a determinados grupos de personas, mientras que a otro grupo le exige el cumplimiento taxativo de las condiciones estipuladas²⁶.

3. Contratos y negocios jurídicos sometidos a la prohibición de discriminación

Pues bien, los supuestos específicos en que se prohíbe la discriminación por los motivos señalados son:

1. Los llamados contratos en masa (*Massengeschäft*), que son aquellos que típicamente llegan a efecto en circunstancias equivalentes en una multitud de casos sin tener en cuenta la persona.

Sobre lo que se ha de interpretar por contratos que típicamente llegan a efecto en circunstancias equivalentes en una multitud de casos sin tener en cuenta la persona, es algo que hay que valorar desde el punto de vista del oferente de los bienes o servicios, puesto que es a él al que se dirige la prohibición de discriminación²⁷.

26 GAIER/WENDTLAND. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., 10. En nuestro entender, es lógico, sin embargo, que el empresario goce de cierta autonomía para decidir cuestiones tales como mejoras salariales o de cualquier otro tipo —contractuales, como las que aquí estamos viendo— a favor de una o determinadas personas, sin que las demás puedan alegar en todo caso discriminación. Ahora bien: cuando del análisis exhaustivo de la conducta es evidente que no se trata de favorecer a una o algunas personas determinadas sino que la intención que trasciende de dicho modo de proceder es en realidad perjudicar a un determinado grupo con la consecuencia de atentar contra su dignidad, que en definitiva es lo que se está protegiendo mediante las características señaladas en el párrafo 1 AGG (y, en general, en todas las regulaciones antidiscriminatorias), en este caso sí que estaríamos ante una discriminación en el sentido de la ley, y, como tal, punible.

27 BAUER/GÖPFERT/KRIEGER. *AGG*, par. 19, n.º 7.

En primer lugar quedan recogidos los negocios o contratos realizados por empresas que desarrollen su actividad comercial en ese ámbito concreto. Ahora bien: como la prohibición de discriminación no se dirige sólo a empresas sino a todo el mundo, ésta también es aplicable a negocios y contratos que se realizan por "no industriales" o "no comerciantes". Lo único que se exige para aplicar la prohibición es que los negocios se realicen de forma frecuente y no se limiten a un número insignificante de transacciones²⁸.

La siguiente condición para que se dé el supuesto de hecho es que se trate de negocios que típicamente lleguen a efecto sin tener en cuenta la persona. Esto quiere decir que aquel que, con su oferta, se dirija a una persona en concreto no cae dentro de la prohibición de discriminación. Este requisito se cumple normalmente en el ámbito de la economía de consumo o de los servicios estandarizados, así por ejemplo en el comercio minorista, en la gastronomía, en la venta por internet, en los transportes públicos, etc., en donde se concluyen contratos con cada persona que pueda y quiera pagar el precio estipulado y que acepta las condiciones de la parte oferente²⁹.

2. Los contratos asimilables a los de masa (*massenähnliches Geschäft*), que son aquellos que llegan a efecto en una multitud de casos en circunstancias equivalentes en los que la persona en sí tiene poca relevancia.

Estos supuestos se refieren a contratos en los que si bien es verdad que la persona juega un rol, esta condición tiene en sí, no obstante, una importancia muy limitada. Esto sería el caso, por ejemplo, de una empresa de alquiler de pisos, cuyos pisos son alquilados a cualquier persona sin necesidad de un examen más profundo, pero, eso sí, a cualquiera que tenga unos ingresos determinados³⁰. O en los casos de las entidades que dan crédito al instante a cualquier persona que lo solicite. Ahora bien: posteriormente el préstamo únicamente se concede realmente si hay un informe favorable de la *Schufa* (instituto privado alemán donde se registran las informaciones sobre el grado de solvencia y donde también constan las insolvencias)³¹.

Tanto en un caso como en otro es necesario, de acuerdo con la nueva regulación alemana, que el negocio se concluya, se desarrolle y finalice con todos los contratantes bajo condiciones similares o comparables. En el caso de los contratos en masa es evidente, ya que está en la naturaleza de las cosas que el negocio se lleve a cabo ofreciendo un servicio estándar con unas condiciones asimismo

28 El legislador entiende que normalmente un negocio jurídico que se lleva a cabo más de 50 veces (parágrafo 19 V AGG) será considerado contrato de masa. Aunque el parágrafo 19 V AGG sólo se refiere a los contratos de alquiler, la doctrina entiende que esta cifra se puede aplicar también a los demás contratos; véase BAUER/CÖPFERT/KRIEGER. *AGG*, par. 19, n.º 7.

29 DÄUBLER/BERTZBACH. *AGG*, par. 19, n.º 25.

30 El "alquiler" de habitaciones de un hotel o de coches está considerado contrato de masa; véase PALANDT-GRÜNEBERG. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, 67.ª ed., 2007, par. 19, AGG, n.º 2.

31 [www.schufa.de]

estándar, puesto que, como hemos dicho, se trata de contratos en los que no se tiene en cuenta a la persona en sí. Algo similar ocurre con el segundo tipo de negocios que también se concluyen con un número indeterminado de personas que, al menos, cumplan unos requisitos mínimos y donde la persona en sí tiene una importancia mínima. En estos casos también los contratos han de ser concluidos bajo condiciones equivalentes y no discriminatorias. Será insignificante, sin embargo, el hecho de que un contratante en especial, debido a su especial habilidad en la negociación contractual, consiga mejores condiciones. Lo importante es que, por regla, el negocio se lleve a cabo con todos los contratantes bajo condiciones equivalentes.

Dicho todo esto, hay que señalar que determinar a priori qué contratos en concreto son considerados incluidos en estas dos categorías a que se refiere el párrafo 19 de la ley alemana no es posible. Esto es algo que solamente se dejará decidir tras una consideración individual de las circunstancias específicas para el supuesto de hecho concreto. Así lo ha afirmado la doctrina alemana³², la cual ha reconocido que aunque haya algunas pautas generales, no es posible por tanto una clasificación general en función de los tipos de contratos.

3. Los contratos privados de seguros (*Privatversicherung*). Caen asimismo expresamente bajo la prohibición de discriminación los contratos privados de seguros. Hay que entender el término –contrato privado de seguro– de manera amplia y por lo tanto se aplica tanto a seguros de salud como a seguros de accidentes, seguros de vida, etc.³³. Como vemos, este apartado es autónomo respecto de los anteriores, y por lo tanto hay que entender que caen bajo la prohibición los contratos de seguros independientemente de que sean contratos en masa, asimilables o no a los de masa.

Como frecuentemente estos seguros suelen cubrir riesgos de vida básicos, la negativa a concluir el contrato puede tener importantes consecuencias para los afectados³⁴. Por lo tanto, este apartado trae a colación la necesidad social de impedir determinadas diferenciaciones injustificadas, que se basen en alguna de las características mencionadas por este párrafo que estamos analizando, en cuanto a la elección de los asegurados, así como del propio contenido de los contratos de seguros. Ahora bien: no caerían bajo el ámbito de la prohibición aquellos supuestos en que el tratamiento diferenciado sea a causa de alguna de las características mencionadas, cuando la consideración de dicha característica se deriva de un principio reconocido, y es seguida de un análisis de riesgo adecuado, que se basa en datos matemáticos y estadísticos exactos.

4. Fuera de los tres supuestos mencionados, en las demás relaciones obligatorias se restringe considerablemente la extensión de la interdicción y sólo se prohíben

32 DÄUBLER/BERTZBACH. *AGG*, par. 19, n.º 25.

33 PALANDT-GRÜNEBERG. 67.ª ed., 2007, par. 19, *AGG*, n.º 2.

34 BAUER/GÖPFERT/KRIEGER. *AGG*, par. 19, n.º 11.

las discriminaciones por razón de raza y origen étnico. El párrafo 19.2 prohíbe las discriminaciones por motivo de raza u origen étnico para las relaciones obligatorias de cualquier clase que tengan por objeto la entrada o la provisión de mercancías o servicios que estén a disposición del público.

La protección ante los comportamientos discriminatorios por razón de raza u origen étnico en este ámbito se extiende, por tanto, a la entrada y la provisión de mercancías y servicios que estén a disposición del público; además se excluye expresamente el alquiler de viviendas. Es necesario que la disposición de la oferta de contrato sea hecha pública, esto es, que sea dada a conocer al público. El que con su oferta se dirija únicamente a una persona en concreto no caería bajo la prohibición³⁵.

La forma en que se ponga en conocimiento del público no tiene, sin embargo, importancia, así como el número de personas que a través de ese medio realmente tengan conocimiento de la oferta. No presentan problemas los casos en que se utilicen los medios de comunicación públicos³⁶—radio, prensa, tv, internet— a través de los cuales se ven informados un número indeterminado e indeterminable de personas. También son recogidos en este caso los supuestos en que en las propias instalaciones, y mediante el funcionamiento normal de un negocio, se utilizan requerimientos o anuncios dirigidos al público para el uso de las mercancías y servicios propios del local, por ejemplo, en los comercios minoristas, grandes almacenes, en los bancos, teatros, restaurantes, discotecas, hoteles, medios de transporte público, etc.

Detrás de todo subyace el pensamiento de que aquellos que ponen sus mercancías y servicios a disposición del público tienen el deber de desenvolverse de forma neutral en dicho mercado. La oferta hecha se dirige a cualquiera y es independiente de si la parte oferente actúa en el mercado de forma habitual con una intención empresarial, o no. Lo relevante es que su oferta de contratar haya sobrepasado la esfera privada. Ahora bien: en qué circunstancias se puede entender que ocurre esto, es algo que hay que decidir atendiendo al caso concreto, y es por ello problemático. A este respecto la propia doctrina alemana³⁷ ha especificado que el ámbito privado no se puede restringir a la vivienda del que hace la oferta. Así, hay casos en los que es objetivamente reconocible que la persona, a pesar de estar en un lugar público, de alguna manera tiene intención de separarse del alcance público, y la oferta así hecha tendría típicamente un carácter privado. Piénsese en una persona que se encuentra en un restaurante, hotel o cabina de teléfono y

35 Lo mismo vale si es el inquilino quien se dirige al dueño, por ejemplo, porque ha terminado su contrato de alquiler y ofrece al dueño otro inquilino, con el fin de poder salir del piso sin tener que esperar hasta que se cumplan los plazos para la disolución del contrato. HORST. "Mietrechtliche Auswirkungen des AGG", en *MDR*, 2007, 1267.

36 HORST. "Mietrechtliche Auswirkungen des AGG", cit., 1267.

37 GAIER/WENDTLAND. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., 17-18.

adopta una actitud que es objetivamente reconocible que no se está comportando como si estuviera en público, por ejemplo cuando se aparta físicamente y habla con una voz muy suave por el móvil. Todo lo dicho, claro está, no significa que toda discriminación en el ámbito privado quede desamparada, pero éstas no caen bajo la protección del parágrafo 19 de la AGG, puesto que es requisito para ello que se produzcan en un ámbito comercial.

Un sector de la doctrina alemana se ha encargado de especificar algunos ámbitos concretos que caen bajo la aplicación de la prohibición de discriminación del parágrafo 19.2 de la AGG. Así, por ejemplo, se ha señalado que se incluyen los contratos concluidos en el sector de los servicios de salud mencionados por la propia AGG en su parágrafo 2.1 num. 5. Aquí estarían incluidos los contratos que tienen lugar en el marco de la medicina preventiva y de la asistencia médica. En primer término, los contratos privados de tratamiento con médicos, hospitales y demás instituciones en el marco de los servicios de la salud. La prohibición también es aplicable a tratamientos de fisioterapia o psicoterapia, operaciones de estética, acupuntura, etc.³⁸. Su aplicación no dependería de si el tratamiento en cuestión es de los reembolsables por los seguros médicos o no lo es. Lo determinante es que se trate de un contrato sobre un servicio que de alguna manera sea apto para mantener o reestablecer la salud física o psíquica, influir positivamente en el desarrollo de una enfermedad o realizar el deseado cambio de la apariencia externa. No estarían incluidos los contratos sobre formas de curación con las manos, con oraciones de salud o magia oculta³⁹. La exigencia de tratamiento igualitario tiene aquí exclusivamente como finalidad asegurar que nadie, por causa de su raza o de su origen étnico, recibirá un tratamiento médico peor que otros.

También estarían incluidos bajo la prohibición de discriminación los contratos en el sector de la formación expresamente mencionados en el parágrafo 2.1. num. 7, como los contratos privados con colegios, academias, u otras organizaciones de formación o perfeccionamiento.

Por último se incluiría asimismo a los contratos sobre protección social, seguridad social y promoción social expresamente mencionados en el parágrafo 2.1 nums. 5 y 6. Ahora bien: como normalmente se trata de servicios públicos, caería bajo el ámbito directo del principio constitucional de igualdad —en Alemania, artículo 3.3 GG—, por lo que en el tráfico real esta especificación tiene poca virtualidad práctica con respecto a la prohibición de discriminación civil⁴⁰.

38 PALANDT-GRÜNEBERG. BGB, par. 19, AGG, n.º 2, y PALANDT-HEINRICHS, BGB, par. 2, AGG, n.º 8.

39 GAIER./WENDTLAND. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., 18-19.

40 En este sentido, *ibid.*, 19.

4. Excepciones a la prohibición de discriminación

El propio párrafo 19 AGG establece determinadas excepciones en las que no será aplicable la prohibición civil de discriminación analizada. Así, la interdicción de discriminación en los términos estudiados no será aplicable a las relaciones familiares y sucesorias según establece el párrafo 5 del párrafo mencionado. Como ha señalado la doctrina, los materiales de preparación de la ley ponen de manifiesto que para la introducción de este precepto se tomó en consideración que las relaciones jurídicas familiares y sucesorias se diferencian de forma fundamental de las demás relaciones obligatorias⁴¹.

Más relevante es sin duda la exclusión de las relaciones sucesorias que la de las familiares, puesto que es difícil de imaginar las relaciones jurídicas familiares que se lleven a cabo sin tener en cuenta la persona o en las que la persona en sí tiene una relevancia mínima⁴².

Por lo que respecta a las relaciones sucesorias, la exclusión que hace el párrafo 19.4 AGG significa en último término que el testador puede hacer uso de su libertad de testar, que es simplemente expresión de su propia libertad personal después de su muerte, sin limitación por parte de la prohibición civil de discriminación, y de esta forma puede disponer de su legado, sin que sea necesario ajustar la sucesión de su patrimonio a las convicciones sociales generales o a los valores de la mayoría. Tampoco se encuentra compelido a un tratamiento igualitario entre sus descendientes. Desde esta perspectiva se entiende, por tanto, sin restricción, la libertad de testamento. Ahora bien: el ordenamiento jurídico alemán tampoco permite la libertad de testar sin límite ninguno. Así, un testamento o un contrato de herencia, en casos especiales, pueden ser nulos por ser contrarios a la moral según el párrafo 138 BGB, y para decidir lo que es contrario a la moral hay que aplicar los valores constitucionales fundamentales⁴³. Esta regla que acabamos de expresar no puede ser anulada por el párrafo 19.4 puesto que la AGG no tiene como objetivo descender un escalón en el nivel de protección existente.

Asimismo, en el párrafo 5 del párrafo 19 la AGG establece otra excepción a la aplicación de la prohibición de discriminación, y es que establece que el mencionado precepto no encuentra aplicación a las relaciones civiles obligatorias que estén fundadas en especiales relaciones de cercanía o de confianza entre las mismas partes o sus parientes.

41 DAUBLER/BERTZBACH. AGG, par. 19, n.º 56, haciendo referencia a la motivación del legislador, BT-Drucks. 16/1780, 44.

42 GAIER/WENDTLAND. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., 21-22.

43 Casos muy discutidos, por ejemplo, son los llamados "testamentos de amantes", en los cuales el hombre deja todo o gran parte de su patrimonio a su amante, mientras su esposa, quien ha vivido con él durante muchos años, se queda sin herencia.

Con estas especiales relaciones de cercanía es introducida una nueva categoría de relaciones obligatorias en el derecho alemán. Tras la introducción de esta norma subyace la idea de que, junto con la libertad de asociación, es también relevante la protección de la esfera privada y de la vida familiar así como los negocios existentes en ese contexto. Con la referencia a la esfera privada, que incluye la vida familiar pero que va más allá, se está respetando un ámbito en el que cada persona queda libre de la observación pública y puede comportarse así mismo libremente. Es ese ámbito de refugio en el que uno puede "dejarse ir". Este planteamiento es que el que explica el porqué en este ámbito, y sólo en este, pueden llevarse a cabo comportamientos discriminatorios. La ley, por tanto, acepta sin limitación posibles discriminaciones en ese estrecho ámbito vital de cada persona.

Las relaciones especiales de cercanía deben existir entre las partes de la relación obligatoria o incluso entre sus parientes. Lo que se debe entender por partes es algo determinable de acuerdo con las reglas jurídicas civiles. Más problemática es la cuestión de la ampliación del privilegio a los parientes de las partes. De acuerdo con la doctrina alemana, de los materiales preparatorios de la ley la determinación de la cuestión debe orientarse mediante las reglas sobre los parientes del parágrafo 573.1 Nr.2 BGB. Así, un determinado grado de parentesco no es necesario, es mucho más decisiva la existencia de esas relaciones familiares. Padres, hijos e hijastros serán normalmente tenidos como parientes. Sin embargo, primos y cuñados no serán vistos de tal modo, como regla general.

No obstante, el hecho de que exista una relación de cercanía entre un pariente y un tercero no significa que automáticamente aquí nos encontremos siempre en una esfera en que la parte pueda hacer cualquier diferenciación basándose en el parágrafo 19.5 AGG. El dueño de la casa no tiene justificación para discriminar a un inquilino, sólo porque en ese edificio vive su hijo⁴⁴.

Ahora bien: la cercanía, ya sea entre la parte y el tercero o entre los familiares de la parte y el tercero no siempre exige un lazo familiar estrecho. Puede existir así esta relación de cercanía entre la persona que cuida a la esposa o novia enferma de la parte y la parte, por lo cual es posible elegir quién cuida a la esposa o a la novia sin estar restringido a las reglas de la AGG.

Por lo que se refiere a la vivienda, hay también una regla específica⁴⁵ que determina que en lo que respecta al alquiler de viviendas estaría permitido un tratamiento discriminatorio por cualquiera de los motivos a los que se refiere la ley, y ello con vistas a la creación y el mantenimiento de una estructura vecinal social estable y unas relaciones económicas, sociales y culturales armoniosas y equilibradas. En nuestro entender, se quiere evitar ante todo la creación de guetos,

44 DÄUBLER/BERTZBACH. AGG, par. 19, n.º 59.

45 La doctrina ha manifestado su sorpresa ante la ubicación de este apartado, puesto que le correspondería mejor el parágrafo 20, que, como veremos, regula los tratamientos diferenciados permitidos.

asegurando que no haya barrios donde viva solamente gente de una nación. En definitiva, se quiere evitar la creación de una cultura "paralela", con los problemas que ello puede originar; piénsese, por ejemplo, en los problemas y disturbios que tuvieron lugar en París en el año 2006.

El primer requisito que ha de darse es que exista un tratamiento diferenciado en el alquiler de viviendas. Esto es, el arrendador, por lo que respecta a un determinado arrendamiento, con su decisión ha infringido la prohibición de discriminación. Y para que pueda existir justificación para tal actuación es necesario que el arrendador haya tenido con dicha actuación la intención de mantener una estructura vecinal estable, así como de unas relaciones económicas, sociales y culturales armoniosas. Para la determinación de este objetivo no pueden ser utilizados los criterios subjetivos del arrendador⁴⁶, mucho más decisiva es la consideración objetiva de qué pautas de organización son recomendables para la integración de los diferentes grupos sociales⁴⁷. Una vez demostrado este examen, la conducta, a pesar de su carácter discriminatorio, estaría justificada de acuerdo con la ley alemana.

Ahora bien: este examen tampoco puede ser simplificado en exceso, ya que exige un análisis estricto siempre en interés de la protección contra la discriminación. Así se podrían permitir ciertos comportamientos discriminatorios, aunque ellos estén ligados a la religión, que impidieran que se creara un gueto musulmán o cristiano. Por el contrario, si en una zona habitacional hubiera un claro predominio de una religión u otra, ello no sería suficiente para tal comportamiento. Pero lo cierto es que la ley no especifica más que lo que aquí hemos señalado, lo cual introduce un cierto peligro, ya que dicho párrafo podría ser interpretado en sentido contrario y ser utilizado por tanto para fomentar la creación de guetos y la separación cada vez más intensa de etnias, culturas, razas, lo cual sería absolutamente desaconsejable y contrario a la prohibición de discriminación y al propio espíritu de esta ley.

De acuerdo con la literalidad del párrafo 19.3 AGG, estaría permitido dar tratamientos diferenciados por cualquiera de los motivos de discriminación, esto es, no establece excepción alguna entre las causas de discriminación. Esto plantea problemas en lo que se refiere a la raza y el origen étnico, ya que la Directiva antirracismo 2000/43/CE no establece ninguna excepción a la prohibición de discriminación, por lo que un tratamiento diferenciado por motivo de raza u origen

46 Es discutido, por ejemplo, si el dueño puede decir que no alquila a una persona porque los demás inquilinos no quieren a esta persona por los motivos que sean, y amenazan con dejar la casa. A nuestro juicio, en este caso el dueño no puede estar obligado a alquilar a alguien que al final suscita la disolución del contrato de los demás. En esta misma línea: DERLEDER/SABETTA. "Die Umsetzung eines Diskriminierungsverbot im Wohnraummietrecht", en *WM-Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2005, 3 ss.; en contra: BÖRSTINGHAUS, *Zeitschrift für die Anwaltspraxis (ZAP)*, 2006, Fach 4, 1042.

47 PALANDT-GRÜNEBERG. *BGB*, par. 19, AGG, n.º 2.

étnico no puede ser en ningún caso justificado⁴⁸. Y por esta misma razón, la AGG, en su párrafo 20, que contempla los demás supuestos de tratamientos diferenciados permitidos, excluye, entre los motivos de discriminación, la raza y el origen étnico. Aunque el párrafo 19.3 no ha tenido en cuenta dichas reservas, una parte de la doctrina alemana ha afirmado que dicho párrafo debe ser interpretado conforme con la directiva comunitaria, por lo que una discriminación motivada por la raza u origen étnico no puede en ningún caso encontrar justificación⁴⁹. En cualquier caso, es evidente que valoraciones racistas no pueden fundar la construcción de la mencionada estructura habitacional o vecinal. Y la directiva, como se ve, ha considerado igualmente que una discriminación teniendo en consideración el origen étnico tampoco puede justificarse.

Por último, en este tema hay que tener también en cuenta la especificación que introduce el párrafo en su apartado 5, en el sentido de que el alquiler de viviendas no se considera contrato de masa, cuando el arrendador en total no alquila más de 50 viviendas, con la consecuencia de que una empresa que alquila más de 50 pisos no podría discriminar en ninguno de los casos mencionados por la ley, mientras una empresa que alquila menos de 50 pisos sólo tendría prohibido por la AGG discriminar basándose en los criterios de raza u origen étnico⁵⁰.

5. Causas de justificación para la admisión de una discriminación

La ley seguidamente –párrafo 20– prevé casos en los que el tratamiento discriminatorio está permitido. Específicamente señala que no hay infracción de la prohibición de discriminación cuando exista una justificación objetiva para un tratamiento diferenciado a causa de la religión o la concepción del mundo, incapacidad, edad, identidad sexual, o sexo. Como sabemos, el propósito de la AGG, y en concreto de sus párrafos 19 y ss., es evitar las discriminaciones en el ámbito civil cuyo único objetivo sea desacreditar a la persona con motivo de alguna de las características ya conocidas. Ahora bien: también es cierto que en el tráfico jurídico diario son imaginables casos de tratamientos que tengan en consideración dichas características intrínsecas al ser humano, pero que a causa de motivos objetivos y razonables se entiende que no va unido a ello un descrédito de la persona o grupo de personas.

En definitiva, se entiende que la prohibición de discriminación no se puede aplicar con carácter absoluto. Y por ello el párrafo 20 establece excepciones a la regla general de prohibición civil de discriminación. No se trata, sin embargo, de

48 DÄUBLER/BERTZBACH. AGG, par. 19, n.º 45, n.º 59.

49 Ídem.

50 Véase al respecto: HORST. "Mietrechtliche Auswirkungen des AGG", cit., p. 1266.

un listado taxativo y cerrado, esto es, habrá que analizar cada supuesto concreto para decidir si existe o no discriminación⁵¹.

En cuanto a las características mencionadas, hay que hacer varias precisiones. En primer lugar, que la mención a la concepción del mundo se debe simplemente a un fallo en la redacción⁵². La prohibición de discriminación debía aplicarse en principio a todas las características mencionadas en el parágrafo 1 de la AGG. Ahora bien: como el legislador quería evitar el peligro de que los militantes de concepciones políticas radicales, amparándose en la protección de discriminación, pudieran intentar la entrada a negocios en los que normalmente serían rechazados por motivos reconocidos, por ello fue excluida la concepción del mundo como causa de discriminación del listado en el ámbito civil⁵³. Y por tanto tampoco tiene sentido incluirlo en las excepciones del parágrafo 20. Simplemente, durante la tramitación parlamentaria, una vez que fue suprimido del 19 se olvidó suprimirlo del 20. Este error evidente tiene escasas consecuencias. Porque si las discriminaciones fundamentadas en el criterio de la concepción del mundo no caen bajo la prohibición de la discriminación, es también superfluo señalar que puedan ser justificadas⁵⁴.

En segundo término, como ya señalamos, no se incluye entre las excepciones la posibilidad de que un comportamiento discriminatorio por razón de raza u origen étnico quede justificado⁵⁵. Por tanto, en el ámbito de los apartados 1 y 2 del parágrafo 19 no es imaginable justificación objetiva alguna en virtud de la cual se pudiera aceptar, por ejemplo, que un panadero no quisiera vender su pan o un vendedor de coches que no quisiera vender automóviles a extranjeros o inmigrantes⁵⁶.

51 Así lo ha entendido el legislador, BT-Drucks. 16/1780, 43.

52 BAUER/GÖPFERT/KRIEGER. AGG, par. 20, n.º 3.

53 BT-Ausschuß - Drs 16 (11) 410 v. 17.10.2006.

54 GAIER/WENDTLAND. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., 47.

55 BAUER/GÖPFERT/KRIEGER. AGG, par. 20, n.º 2.

56 Ejemplos extraídos de la doctrina alemana, GAIER/WENDTLAND. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., 47-48. Los autores afirman que no sucede lo mismo en el ámbito de las relaciones laborales, parágrafos 6 y ss. de la AGG, donde, por ejemplo, el explotador de un restaurante asiático puede tener un interés razonable en que sus empleados tengan aspecto asiático.

A nuestro juicio, esta regla resultaría demasiado restrictiva, ya que también podrían imaginarse y plantearse casos en los cuales sean tenidas en cuenta en el ámbito civil o de la contratación la raza o el origen étnico, pero no con carácter denigratorio. Por ejemplo, piénsese en el dueño de un edificio que no quiere alquilarlo a extranjeros por el miedo de que hagan uso de su derecho de poner antenas parabólicas y con ello dañen la imagen, el diseño, en definitiva, la calidad del propio edificio. Consideramos que en último caso el juicio que determina la existencia de discriminación o no ha de ser el carácter denigratorio de la medida en sí, pero, como vemos, pueden existir casos en que la exclusión de los extranjeros está lejos de atentar contra la dignidad personal. Evidentemente hay que ser muy cauto y riguroso a la hora de analizar estos supuestos, ya que, como ha señalado la doctrina alemana (HORST. "Mietrechtliche Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes", cit.), puede tratarse de auténticas discriminaciones indirectas. Esto es, existiría el riesgo de utilizar ese argumento cuando lo que subyace bajo la medida en sí son auténticos motivos racistas.

En tercer y último lugar, una cuestión meramente sistemática por lo que se refiere a las relaciones que tienen por objeto un seguro privado. Como a ellas se refiere expresamente el apartado 2 del párrafo 20, entonces el apartado 1 de ese artículo, que como vamos a ver seguidamente establece las causas de justificación, sólo será de aplicación para los otros dos supuestos en que caen bajo el ámbito de la prohibición, esto es, los negocios en masa y los asimilables a éstos

Pues bien, en especial⁵⁷ y según la AGG, puede existir una justificación objetiva de un tratamiento desigual:

Cuando dicho tratamiento es útil para impedir otros peligros, prevenir otros daños, u otros objetivos similares.

De los amplios términos del apartado se deduce que son incluidas todo tipo de medidas de defensa ante peligros existentes para bienes jurídicos de cualquier clase, y por tanto, es independiente si se trata de bienes jurídicos de los perjudicados, de terceros o de la colectividad. Únicamente entrará en juego esta posibilidad cuando para la consecución de dichos objetivos sea necesario y adecuado el tratamiento diferenciado.

2. Cuando dicho tratamiento es necesario para la protección de la esfera íntima o para la seguridad personal.

Este supuesto pone de manifiesto que en ocasiones son necesarias, especialmente diferenciaciones en cuanto al sexo, teniendo en cuenta la necesidad de protección de la esfera íntima y la preocupación por la seguridad personal.

Por ejemplo, serían supuestos aquí incluidos los distintos horarios de apertura para hombres y mujeres de piscinas y saunas con la finalidad de proteger la esfera personal, o la reserva de determinados aparcamientos para mujeres durante la noche en los *parkings* por razones de seguridad⁵⁸. Naturalmente, este apartado incluirá solo las diferenciaciones que sean por motivos comprensibles y razonables, y siempre que las medidas adoptadas sean adecuadas para ese objetivo. Por ejemplo, en una piscina privada es necesario para proteger la esfera personal que haya vestidores separados por sexos; ahora bien: sería una exageración y por tanto no estaría ya justificado el que, por ejemplo, a un niño de dos años que va con su madre no se le permitiera entrar en el vestidor de mujeres acompañando a su madre⁵⁹.

Igualmente, las diferenciaciones por motivos de seguridad personal deben basarse en verdaderas necesidades de seguridad objetiva y razonable. Esto no quiere

57 Como precisamos, los grupos de casos que estudiaremos ahora solamente son ejemplos legales. Cabe la posibilidad de que en la práctica se presente un supuesto que no se trate de uno de los legalmente recogidos, pero que igualmente pueda entenderse que existe justificación objetiva; BAUER/GÖPFERT/KRIEGER. *AGG*, par. 20, n.º 6; MAIER-REIMER. "Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr", en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2006, 2597 y ss.

58 BAUER/GÖPFERT/KRIEGER. *AGG*, par. 20, n.º 8.

59 Ejemplo extraído de GAIER/WENDTLAND. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., 52.

decir, sin embargo, según ha detallado la doctrina alemana⁶⁰, que sea necesaria la existencia de amenazas. La existencia de un peligro general objetivo del que se derive una preocupación comprensible para la seguridad personal es suficiente. Estaría justificado, por ejemplo, que en el aparcamiento de un centro comercial, que hasta el momento ha sido seguro, se adoptaran medidas de protección, como reservar determinados aparcamientos para mujeres, sobre todo en las horas de la noche, porque las mujeres generalmente tienen un mayor peligro de ser víctimas de delitos, especialmente sexuales. Ahora bien: teniendo en cuenta dicho peligro, no estaría justificada, por ejemplo, la medida desproporcionada que prohibiera a todos los hombres entrar en dicho centro comercial.

3. Cuando el tratamiento ofrece especiales ventajas y falta un interés en el establecimiento del tratamiento igualitario.

Bajo este motivo quedarían recogidos aquellos supuestos en los cuales a personas que tienen una de las características que reciben una especial protección frente a discriminaciones, precisamente a causa de esa característica, les son ofrecidas especiales ventajas. Se trataría, por tanto, también de las llamadas medidas positivas del parágrafo 5. Estarían aquí recogidos especialmente los descuentos económicos, pero también otras condiciones especiales ofrecidas para la conclusión, el desarrollo o el término de negocios en masa.

4. Cuando dicho tratamiento se basa en la religión de una persona y se refiere al ejercicio de la libertad de religión o el derecho de autodeterminación de las asociaciones religiosas. Quedarían incluidos todos los casos en que el tratamiento discriminatorio trajera su causa de la religión del discriminado o discriminados. Se incluye este apartado dentro los límites o fronteras del ámbito de protección ofrecido por la libertad general de comportamiento, y en concreto la libertad religiosa. Están incluidos en este apartado no solo los comportamientos "estrictamente" religiosos como ir a misa, por ejemplo, sino que hay que entenderlo de manera amplia, por lo que también se aplica a cualquier trabajo caritativo o relativo a la administración de la iglesia, etc.⁶¹.

Ahora bien: ello no significa que cualquiera pueda alegar motivos religiosos para justificar un tratamiento diferenciado. Es necesaria la existencia de un conflicto concreto y objetivo de conciencia como consecuencia de la presión de violar o contravenir determinados convencimientos personales. Solamente en este caso estaría justificado el tratamiento diferenciado, teniendo en cuenta que en dicho caso una presión para el mantenimiento de la prohibición de discriminación civil sería dañina⁶².

60 BAUER/GÖPFERT/KRIEGER. *AGG*, par. 20, n.º 8; DÄUBLER/BERTZBACH. *AGG*, par. 20, n.º 126.

61 PALANDT-GRÜNEBERG. *BGB*, parágrafo 20, *AGG*, n.º 6.

62 BAUER/GÖPFERT/KRIEGER. *AGG*, par. 20, n.º 11.

La justificación a que hace referencia este artículo no se extiende sólo a las diferenciaciones que por motivos religiosos son realizadas por personas naturales, sino también a los negocios de comunidades y asociaciones religiosas.

5. Por último el párrafo 20.2 establece una justificación especial, en el campo de los seguros privados, para tratamientos diferenciados a causa del sexo de la persona, y determina que un tratamiento de este tipo, en cuanto a primas y prestaciones, estaría permitido únicamente si el sexo constituye un factor determinante en la consideración de la valoración del riesgo basada en datos estadísticos y matemáticos precisos y relevantes. Señala específicamente que costes en relación con el embarazo o con la maternidad no pueden en ningún caso llevar a primas o prestaciones desiguales⁶³. También las diferenciaciones por motivos de religión, incapacidad, la edad o la identidad sexual estarían permitidas si se basan en estos principios de cálculo adecuado del riesgo.

Como vemos, en concordancia con la directiva europea, en este supuesto sí que se ha sido excluida expresamente la posible justificación por motivo de raza u origen étnico del ámbito de los contratos de seguros. La inclusión de todos los contratos de seguros en el ámbito de protección de la prohibición civil de discriminación está dirigida a la protección contra la arbitrariedad en interés de los asegurados, lo que pertenece a los principios fundamentales del seguro privado. Ahora bien: según este precepto, estaría justificado un tratamiento diferenciado exclusivamente cuando dicho tratamiento no se base en consideraciones subjetivas ni en el arbitrio de los aseguradores, sino en un análisis de riesgo basando en principios generalmente reconocidos.

La ley dice que debe tratarse de un factor determinante en el análisis del riesgo, es decir no puede ser un criterio más entre otros, sino que debe ser relevante, aunque no necesariamente el único⁶⁴. Ahora bien: la consideración de este factor tampoco puede ser arbitraria, sino que debe basarse en datos estadísticos y matemáticos relevantes y exactos. Han de ser datos fiables y seguros, actualizados y públicos o que estén disponibles para el público⁶⁵. También quedan regulados los requisitos para que la consideración o el recurso a características como religión, incapacidad, edad o identidad sexual como factores de riesgo en la determinación de las primas o prestaciones de seguros estén justificados. El uso de estas características como medio de diferenciación sólo está permitido cuando dichas primas o prestaciones se basan en principios reconocidos de cálculo de riesgo adecuado y en especial en un análisis del riesgo matemático bajo la consideración de datos estadísticos⁶⁶.

63 Véase al respecto el motivo n.º 20 de la Directiva 2004/113/EG.

64 GAIER/WENDTLAND. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., 57.

65 Véase el artículo 5.º de la Directiva 2004/113/CE y BAUER/GÖPFERT/KRIEGER. *AGG*, par. 20, n.º 13.

66 GAIER/WENDTLAND. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., 57.

6. Consecuencias jurídicas de la infracción y reglas procesales

Las consecuencias jurídicas de una infracción de la ley en el ámbito laboral están reguladas en los párrafos 13 y siguientes del AGG⁶⁷. Así mismo, la ley en el ámbito civil también se ocupa no sólo de las cuestiones materiales del problema sino también de sus consecuencias jurídicas, y en este sentido el parágrafo 21 regula dichas consecuencias en el ámbito civil.

En concreto el parágrafo 21 AGG incorpora las exigencias impuestas por los artículos 15 de la Directiva antirracismo y el artículo 14 de la Directiva de igualdad de trato a causa del sexo. Las sanciones deben ser eficaces, proporcionadas y disuasorias⁶⁸. El párrafo primero del mencionado parágrafo alemán regula la

67 Es necesario distinguir, por una parte, las consecuencias jurídicas materiales de dicha acción, y por otra, los derechos y reclamaciones que tienen los perjudicados en dicho caso.

Por lo que se refiere al primer aspecto, hay que mencionar, primero, que los trabajadores tienen derecho a levantar una queja ante las autoridades competentes del lugar de trabajo cuando se sientan discriminados por un superior, por otro empleado o por un tercero. Y en el caso de que el empleador no adopte ninguna medida o ésta sea notoriamente inadecuada para impedir o prevenir un acoso o un acoso sexual en el lugar de trabajo, los empleados en cuestión estarían autorizados a dejar su puesto de trabajo sin perder su remuneración durante todo el tiempo que esto sea necesario para su protección.

Aparte de esto hay que destacar que una discriminación injustificada por parte del empresario o empleador representa una infracción de los deberes contractuales. Además, las estipulaciones contractuales que sean contrarias a la ley serán ineficaces (parágrafo 7 II AGG). La ley no regula las consecuencias de esta ineficacia en el caso de acuerdos contrarios. En caso de invalidez de regulaciones individuales, esto es, las pactadas para un caso concreto, el supuesto no supondría un problema puesto que en este caso se llenará la laguna causada por la estipulación inválida por vía de la interpretación contractual. En el caso de invalidez de regulaciones colectivas, la cuestión es más complicada. No existe nada estipulado en la AGG para estos casos. Y de acuerdo con la jurisprudencia, los tribunales laborales no pueden intervenir ni en la autonomía normativa de los gestores y de las partes firmantes de los convenios colectivos ni determinar regulaciones para el futuro. Por norma general los gestores y las partes firmantes de los convenios colectivos se verán obligados a establecer una nueva regulación (BIESTER. "Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf die betriebliche Praxis", en *Juris-Praxis Report (Sonderausgabe zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz)*, n.ºs 35-37, 2006, 13.)

Por otra parte, el parágrafo 15 establece que el empleador tiene que indemnizar los daños a los perjudicados, siempre y cuando sea considerado culpable o cuando fuera responsable de la infracción del deber (para más detalle, véase KOCK. "Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - Überblick über die arbeitsrechtlichen Regelungen", cit., 1091 y ss.; SEEL. "AGG – Schadensersatz für Diskriminierungen im Bewerbungsverfahren", cit., 1321 y ss.). No se establece un límite máximo de responsabilidad. En cualquier caso, hay que destacar que la ley prevé que aunque haya existido discriminación a la hora de no emplear a una persona, esta persona no tendrá derecho a un puesto de trabajo (parágrafo 15 VI AGG).

También en el caso de que no se trate de un daño patrimonial el perjudicado tendrá derecho a recibir una indemnización adecuada de perjuicios. Aquí tampoco establece la ley un límite máximo, solamente para aquellos supuestos de indemnización por negarse a emplear a alguien por motivos discriminatorios existe un límite de indemnizar lo correspondiente a tres sueldos brutos. La demanda tiene un plazo de dos meses, a no ser que por convenio colectivo se haya establecido otra cosa. El tiempo se empieza a contar, en el caso de una solicitud o de un ascenso laboral, desde la negativa; y en los demás casos, desde que el perjudicado tenga conocimiento de la discriminación.

68 BAUIER/GÖPFERT/KRIEGER. AGG, par. 20, n.º 13.

acción de eliminación y omisión del perjuicio causado, como acción primera y básica en beneficio de los perjudicados. El párrafo segundo prevé la acción de indemnización de daños y perjuicios. Y los párrafos 3.º y 4.º aclaran qué acciones basadas en los preceptos del BGB quedan intactas y qué acuerdos que intenten evadir la prohibición de discriminación no podrán hacerse valer por parte de los discriminadores.

De acuerdo con el párrafo 21 AGG, los perjudicados pueden, en caso de infracción de la prohibición de discriminación, exigir dentro del plazo de dos meses (párrafo 21.5 AGG) la eliminación del perjuicio causado. La ley, sin embargo, no prevé una obligación de contratar, para el caso en que la discriminación haya tenido como resultado una negativa a contratar. No obstante, ello no quiere decir que sea excluida en todo caso, como sí sucede en el ámbito del derecho laboral, ya que puede entenderse que pueda ser aplicada teniendo en cuenta las circunstancias de hecho bajo la consideración de la ley. Además, ésta puede ser derivada del deber de restitución natural⁶⁹. Este punto –la imposición de la obligación de contratar–, no obstante, constituye sin duda uno de los aspectos dogmáticamente más discutidos en la doctrina civilista alemana sobre los efectos de esta nueva legislación en el ámbito privado⁷⁰.

Por lo que se refiere a las disposiciones estrictamente procesales, mientras el legislador de la AGG ha regulado las consecuencias jurídicas materiales de manera separada para el ámbito laboral (párrafo 13 y ss.) y para el ámbito civil (párrafo 21 AGG), existen reglas de carácter procesal que tienen validez para cualquier forma de discriminación, independientemente de que sea laboral o civil.

Así, el párrafo 22 AGG regula concretamente la valoración de la prueba, y esta es, sin lugar a dudas, una de las cuestiones procesales más destacables y duramente discutidas durante la elaboración del texto legal. En el proyecto de ley se preveía que la parte que interpusiera la demanda debía aportar hechos creíbles para que pudiera suponerse una discriminación de las prohibidas por la ley. Posteriormente el *Bundesrat* exigió que este precepto fuera reformado para reforzar las cláusulas relativas a la prueba, en el sentido de que no solamente se exigieran hechos creíbles, sino que se fundamentara en hechos demostrados. Por su parte, el artículo 10.º de la Directiva 2000/78/CE establece que cuando una persona se siente perjudicada por una discriminación debe aportar hechos creíbles que dejen suponer la existencia de dicha discriminación. Finalmente, la redacción definitiva de la ley alemana no se corresponde con la letra de la directiva europea, puesto que el párrafo 22 de la ley alemana exige que las partes que interponen la demanda "demuestren" indicios de los cuales se pueda derivar la existencia de

69 N. EISENSCHMIDT. "Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz", en *Juris-Praxis Report (Sonderausgabe zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz)*, 2006, 24.

70 Véase por todos: G. THÜSING. *Münchener Kommentar zum BGB*, Múnich, 2007, n.ºs 33-35.

una discriminación de las prohibidas por la ley⁷¹. Esto es, se ha seguido la línea de exigir hechos demostrados para la aplicación de la presente ley.

Es destacable, sin embargo, que en cualquier caso esta regulación supone una regla especial en materia de prueba, ya que la parte que reclama la infracción no tiene obligación de demostrarla, sino únicamente indicios a partir de los cuales se pueda suponer la existencia de una discriminación, y será la otra parte, esto es, la que supuestamente ha cometido la discriminación, la que tiene que probar en su caso que no hay infracción de la prohibición de discriminación en el sentido de la ley⁷². Reglas tan laxas en materia de prueba únicamente las encontramos en el derecho alemán en determinados ámbitos jurídicos en los que se otorga una especial protección, así en el derecho del consumidor en materia de responsabilidad por productos defectuosos y también en el ámbito de la responsabilidad de los médicos.

Por último, también es destacable la especialidad introducida por el parágrafo 23 AGG, que establece un reconocimiento específico a las llamadas asociaciones antidiscriminatorias, que son aquellas asociaciones de personas que, de acuerdo con sus estatutos, de forma profesional, y no sólo provisionalmente, protegen los intereses de personas o grupos de personas perjudicadas. A estas asociaciones, de acuerdo con esta previsión legal, les queda permitida su intervención como apoyo o asistencia de la parte perjudicada en las negociaciones en aquellos procesos en los que no hay obligación legal de representación por abogado⁷⁴.

III. LEY ORGÁNICA 3/2007, DEL 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

A. Aproximación general al contenido de la ley

1. Disposiciones generales

La ley española tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular mediante la eliminación

71 Véase al respecto: S. HOENTZSCH. "Europarechtskonformität und Auslegung der Beweislastregel in § 22 AGG", en *Betrieb*, 2006, 2631 y ss.

72 Así por ejemplo, la jurisprudencia alemana ha deducido del hecho de que el anuncio de trabajo de una empresa en una revista no se ajustara a las exigencias de la AGG, el que la empresa que ha publicado el anuncio también va a discriminar a la hora de tomar la decisión sobre a quién otorgar el puesto. Sentencia BAG, 5.2.2004 - 8 AZR 112/03.

73 Según la doctrina, este derecho solamente se da a los trabajadores individuales y no a los comités de empresa; N. BESGEN. "Die Auswirkungen des AGG auf das Betriebsverfassungsrecht", en *Betriebsberater*, 2007, 214.

74 No existe obligación legal de representación por abogado en el derecho alemán delante de los tribunales civiles de primera instancia (parágrafo 78 ZPO – código de enjuiciamiento civil) y delante de los tribunales laborales de primera instancia (parágrafo 11 ArbGG – código de enjuiciamiento laboral).

de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualquiera de los ámbitos de la vida y singularmente en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural (art. 1.1). El propio legislador reconoce que la ley nace con la vocación de convertirse en el código de la igualdad entre hombres y mujeres. Este ambicioso proyecto, que ha dado lugar a una normativa bastante minuciosa –en determinados aspectos excesiva– establece, en todos los ámbitos a los que se aplica, el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, lo que a nuestro entender, adelantando ya nuestro juicio, constituye un exceso de celo en la forma de entender el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, y que podría desembocar en último caso en una discriminación del sexo masculino a favor de mujeres no especialmente capacitadas para los puestos de que se trate.

La ley establece en su título I un conjunto de definiciones y conceptos de carácter general. Se ocupa en primer término, y como no podía ser de otra manera, del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, y lo define como la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y especialmente las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil (art. 3.º). Esta igualdad entre mujeres y hombres, declara la ley, será un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4.º).

La ley prohíbe, de forma similar a lo que establecía la ley alemana, tanto las discriminaciones directas como las indirectas⁷⁵, así como el acoso sexual⁷⁶ y el acoso por razón de sexo⁷⁷⁻⁷⁸. Junto a las anteriores definiciones, la ley española también

75 La ley considera discriminación directa por razón de sexo la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable (art. 6.1). Una discriminación directa a causa del sexo existe, por ejemplo, en el supuesto de un tratamiento desfavorable a una mujer en caso de embarazo o maternidad (art. 8.º). Discriminación indirecta existirá, por su parte, en aquellas situaciones en que una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros ponen a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzarla sean necesarios y adecuados (art. 6.2). La jurisprudencia alemana, por ejemplo, ha declarado que existe una discriminación indirecta en el caso de que una empresa no pague la bonificación en Navidad a los empleados que solo trabajan media jornada (AG - Tribunal Supremo Sala de lo Social. Sentencia de 8.6.2005 - 4 AZR 412/04).

No es necesario, como se ve, que la discriminación tenga lugar: es suficiente con que pueda existir esa discriminación. Ahora bien: entendemos que ha de existir un peligro concreto de dicha discriminación, no es suficiente con un mero peligro abstracto.

76 Entendiendo por tal cualquier comportamiento verbal o físico de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo (art. 7.1).

77 Entendiendo por tal los comportamientos realizados en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo (art. 7.2). También se prohíbe por discriminatorio el condicionamiento de un derecho o una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo (art. 7.3).

78 Por último, también se considera discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o

contiene en el capítulo I de su título II una serie de principios generales aplicables en particular a la actuación de los poderes públicos: en primer lugar, establece una serie de criterios generales (como son el compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad, la integración del principio en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística, la colaboración entre las distintas administraciones o la protección de la maternidad o de situaciones singulares en las que se encuentran mujeres que pertenecen a minorías, mujeres migrantes, niñas, mujeres con discapacidad, viudas, víctimas de la violencia de género); establece asimismo la transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la actuación de todos los poderes públicos; el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad; y otra serie de medidas generales como la previsión de aprobar por parte del Gobierno periódicamente un plan estratégico de igualdad de oportunidades, la previsión de elaborar también desde el Gobierno un informe periódico sobre el conjunto de sus actuaciones en relación con la efectividad del principio de igualdad de trato, o el deber de adecuación de los estudios y estadísticas realizados por los poderes públicos al principio de igualdad de género.

2. Ámbitos de aplicación de la ley

La vocación general de la ley en materia de igualdad de sexo se va a traducir en un conjunto muy amplio y detallado de medidas destinadas, en primer lugar, a las administraciones públicas en todos sus niveles: estatal, autonómico y local; a las políticas públicas en materia de educación, cultura, sanidad, e incluso vivienda y desarrollo del medio rural; a los medios de comunicación social; a los empleadores o empresarios con respecto al acceso, al empleo, a la formación y promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo; a las Fuerzas Armadas y a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado; y, por último, a los suministradores de bienes y servicios disponibles para el público. Pues bien, excediendo de los propósitos de este artículo hacer un comentario detallado de todos y cada uno de los preceptos de la ley, nos limitaremos a destacar lo que consideramos más importante para, como ya se ha dicho, fijar nuestra atención en el ámbito de la contratación, esto es, en los artículos 69 y ss.

En primer lugar, el capítulo II del título II establece, a partir del artículo 23, las políticas públicas de implementación del principio de igualdad entre mujeres y hombres previstas en el ámbito de la educación, de la creación y producción artística e intelectual, de la salud y la sanidad, de los deportes, del desarrollo rural,

efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación (art. 9.º).

de la sociedad de la información, de las políticas urbanas de ordenación territorial y de vivienda, de la política española de cooperación para el desarrollo y de los contratos y subvenciones de las administraciones públicas. La ley, muy dada a hacer grandes declaraciones de principios, en no pocas ocasiones de principios ya vigentes antes de su entrada en vigor, es especialmente llamativa en este sentido en el presente capítulo. Así, se advierte, por ejemplo, en el artículo 24.1 ("Las administraciones educativas garantizarán un igual derecho a la educación de mujeres y hombres [...]"), o en el 27.2 ("Las administraciones públicas garantizarán un igual derecho a la salud de las mujeres y los hombres [...]"), lo que podría llevar a dudar, erróneamente, de si antes de la aparición de esta ley los mencionados derechos no estaban ya garantizados.

Además, en todos estos ámbitos, al igual que en los regulados en los títulos siguientes, establece la necesidad de promover y garantizar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los respectivos órganos de selección, control o de decisión, allá donde los haya. Y de acuerdo con la disposición final primera de la propia ley, dicha presencia equilibrada supone una composición tal que, vista en su conjunto, las personas de cada sexo no superen el 60% ni sean menos del 40%. Como se sabe, esta ha sido una de las medidas que más han trascendido a la opinión pública y que han sido más duramente atacadas, y no sin razón, puesto que no parece existir una motivación suficiente para una medida tan drástica —como es el establecimiento de una obligación porcentual de presencia de mujeres en los órganos de control—, a costa de un perjuicio claro de otros principios básicos como el de la libertad o el de la capacitación.

En el título III se prevén las medidas destinadas a hacer efectivo el principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de los medios de comunicación, y en particular medidas que afectan a Radio Televisión Española y a la Agencia EFE. Asimismo, en este ámbito se establece una regla específica en materia de publicidad, en el sentido de declarar ilícita la publicidad que comporte una conducta discriminatoria de acuerdo con lo previsto por la ley, que habrá de unirse a los supuestos de ilicitud tipificados en la Ley General de Publicidad.

El título IV es el dedicado en la ley a la protección y el favorecimiento del derecho al trabajo en igualdad de oportunidades. Y prevé tanto programas de mejora en la empleabilidad de las mujeres como medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo, así como derechos de conciliación de la vida familiar y laboral —uno de los aspectos más positivos de la ley—, planes de igualdad y otras medidas de igualdad aplicables a las empresas, medidas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, y la creación del llamado distintivo empresarial en materia de igualdad para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato.

También establece esta ley en su título V medidas específicas de aplicación del principio de igualdad con respecto al empleo público, estableciendo la obligación de remoción de los obstáculos que impliquen cualquier tipo de discriminación en

el acceso al empleo, el desarrollo de la carrera profesional o la retribución (ar. 51), o garantizando la aplicación del principio de igualdad de género a las pruebas de acceso al empleo público (ar. 61.1). Una vez más, en este apartado se encuentran algunas declaraciones a nuestro juicio innecesarias, cuya aplicación estricta podrían llevar a extremos absurdos. Como ejemplo, los preceptos que imponen el principio de nuevo cuño de presencia equilibrada de mujeres y hombres en la administración general del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, y ello por lo que se refiere tanto a los órganos directivos y a los órganos de selección y comisiones de valoración, como a los representantes de la administración en otros órganos (arts. 52-54). A la esquizofrenia burocrática llevará la asunción de las obligaciones impuestas, por ejemplo, en los artículos 55 y 63 de la ley, que prescriben respectivamente la necesidad de acompañar de un informe de impacto de género a cada convocatoria de pruebas selectivas para el acceso al empleo público salvo casos de urgencia (art. 55), o la necesidad de que todos los departamentos ministeriales y organismos públicos remitan al menos anualmente a los ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Administraciones Públicas información relativa a la aplicación efectiva en cada uno de ellos del principio de igualdad entre mujeres y hombres con especificación, además, mediante la desagregación, por sexos, de los datos, de la distribución de su plantilla, grupo de titulación, nivel de complemento de destino y retribuciones promediadas de su personal (art. 63).

Por su parte, medidas ilógicas desde la propia perspectiva del principio de igualdad, tipificadas como "acciones positivas", son las previstas en el artículo 60. La primera de ellas, la preferencia durante un año, para participar en los cursos de formación a quienes se incorporen tras un permiso de maternidad o paternidad o una excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores o incapacitadas, carece a nuestro juicio de justificación. En primer lugar, dar una preferencia durante un año en los cursos de formación a aquellas personas que por haber gozado de un permiso de maternidad o paternidad hayan estado ausentes un tiempo mucho más limitado parece ciertamente excesivo, cuando puede haber personas que tengan un interés profesional mayor en la realización de tales recursos; y por otra parte, tampoco se entiende por qué el legislador ha optado por incluir también los supuestos de excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores o incapacitadas. Una ley como esta, dedicada a la igualdad de género, no parece el lugar idóneo para ello, por lo que no se explica dicha referencia. La segunda de las medidas nos parece incoherente desde la perspectiva del propio postulado de igualdad que se intenta fomentar, siendo un claro ejemplo de discriminación positiva donde los discriminados serán a partir de ahora los hombres. La medida en sí establece que, con la finalidad de facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas y su acceso a puestos directivos, en las convocatorias de los correspondientes cursos de formación se reservará al

menos un 40 % para su adjudicación a aquellas mujeres que reúnan los requisitos establecidos.

Dentro de este título se dedica un apartado especial a la cuestión en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Y aunque la vigencia del principio de igualdad en esta esfera era una realidad innegable antes de esta ley, su plasmación expresa tal vez no esté de más, al constituir éstos unos ámbitos especialmente sensibles a los comportamientos discriminatorios frente a la mujer.

B. La prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas

1. Introducción

Tras el recorrido por el articulado general de la ley, llegamos al punto donde, como señalamos desde un principio, fijaríamos nuestra atención: la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios o su suministro, o lo que es lo mismo, la aplicación del principio de igualdad de trato en el ámbito de las relaciones de derecho civil.

Como en su momento dijimos, y al igual que sucedía con la ley alemana, constituye sin duda una de las mayores novedades de la ley. Tradicionalmente se partía de la concepción de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, cuya vigencia se proyectaba unidireccionalmente en las relaciones jurídicas establecidas entre los ciudadanos y el Estado. Sin embargo, los presupuestos políticos, sociales y económicos de nuestro tiempo son bien distintos pues si la ideología liberal presumía la igualdad de la que partían los individuos en sus relaciones privadas, esta presunción en la época actual, con la existencia de grandes grupos de poder, grandes empresas, grupos de empresas transnacionales, monopolios públicos, etc., cuyo poder económico es ejercido mediante fórmulas jurídico-privadas, está lejos de poder sostenerse. De ahí surgió la idea de la extensión de la posibilidad de alegar los derechos fundamentales a las relaciones jurídico-privadas, lo que por influjo de la doctrina alemana se conoce universalmente con el nombre de *Drittwirkung der Grundrechte*, a la que ya hicimos alusión. En concreto, se trata de permitir la aplicación, por medio de caminos ciertamente artificiales, de aquellos principios constitucionales, en ocasiones y con limitaciones, a las relaciones privadas⁷⁹.

Esta teoría, surgida, como indicamos, en el ámbito laboral en Alemania, es acogida posteriormente en España, no sin cierta polémica doctrinal y jurispruden-

79 Sobre este tema véase CARMEN M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE. "Principio de igualdad y prohibición de discriminación en las relaciones jurídico privadas: la doctrina de la *Drittwirkung*", en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 61, 2004, 155 y ss.

cial. Pero ya desde fechas relativamente tempranas aceptó nuestro alto tribunal la eficacia de dichos derechos en las relaciones *inter privados*. Por lo que se refiere al principio de igualdad y no discriminación, es bastante gráfico el Auto 1069/1987, del 30 de septiembre⁸⁰, en el que el Tribunal admitió que

[...]

algunos derechos fundamentales producen un cierto grado de eficacia entre particulares y que, en tal caso, se encuentra el derecho a no ser discriminado que establece el artículo 14 CE, cuando se trata de las discriminaciones típicas –por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o condición social-. No puede decirse lo mismo cuando se trata del ejercicio de derechos y acciones en el que no es posible encontrar discriminación. Ningún precepto, ni constitucional ni ordinario (salvo, en ocasiones, el principio de buena fe del art. 7 del Código Civil y la regla de comportamiento coherente en él establecida, que aquí están en cuestión), obliga a una persona a ejercitar sus derechos subjetivos o sus acciones de forma idéntica frente a sujetos pasivos diferentes, sin que, fuera de los mencionados casos de buena fe o abuso del derecho, se puedan medir los móviles que a tal actuación impulse. Es claro, por ejemplo, que un acreedor puede ser enérgico frente a un deudor y no serlo frente a otro, o reclamar prontamente la deuda de uno y condonarla total o parcialmente a otro.

Se trata, por tanto, del reconocimiento de la eficacia indirecta o *mittelbare Drittwirkung* del principio de igualdad de trato, y la eficacia directa o *unmittelbare Drittwirkung* de la prohibición de discriminación. En definitiva, por lo que se refería a la prohibición de discriminación por razón de sexo se había reconocido jurisprudencialmente una aplicación inmediata y directa del principio constitucional a las relaciones entre particulares.

La promulgación de esta ley supone un paso de enorme envergadura en este campo, como venimos repitiendo. No será necesario ya acudir a la polémica discusión de si los derechos fundamentales, y entre ellos el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, son aplicables entre sujetos privados, puesto que la discriminación por razón de sexo, y en lo que atañe al ámbito estrictamente civil o contractual, adquiere mediante esta ley carta de naturaleza. Queda desde este momento, y por primera vez, recogida legalmente la prohibición dirigida a los particulares, y con el alcance específico que seguidamente veremos, de establecer, en el acceso y suministro de bienes y servicios, cualquier tipo de discriminación por razón de sexo.

Advertimos ya desde este momento la menor precisión con la que es introducida en la ley española la prohibición específica en el ámbito privado con respecto a la regulación alemana, que, como hemos visto, contenía un conjunto amplio de disposiciones destinadas, con mayor o menor acierto, a delimitar y restringir el

80 Auto Tribunal Constitucional 1069/1987, del 30 de septiembre (RTC 1987/1069).

ámbito concreto en el que la prohibición de discriminación tiene virtualidad en la esfera jurídico-privada. Motivado probablemente por la vocación generalista con la que fue concebida esta regulación, no puede sino sorprender que en este campo el legislador no haya hecho un análisis más profundo de la cuestión, estableciendo unas reglas más precisas y detalladas que evitaran los graves conflictos que pueden surgir con los principios clásicos de derecho privado.

2. *Análisis de la conducta prohibida*

El artículo 69, que es el primero y el fundamental de los preceptos referidos a la aplicación de la igualdad de género en este ámbito, se limita prácticamente a transcribir alguna de las disposiciones establecidas en los arts. 3 y 4 de la Directiva 2004/113/CE. En dicho artículo se establece que

1. 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 igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo.
2. 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.
3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios.

Es evidente que la obligación que impone el precepto en cuestión es el deber de trato igual entre mujeres y hombres, o, dicho de otra manera, impone una prohibición general de discriminación por razón de sexo. El ámbito subjetivo o personal de aplicación de dicha obligación son las personas físicas o jurídicas. Por lo que respecta al ámbito objetivo, queda legalmente definido por los bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada o familiar, tanto en el sector público como en el privado.

La delimitación de este ámbito objetivo requiere de ulteriores precisiones en el sentido establecido anteriormente en cuanto a la legislación alemana. En primer lugar, y como allí dijimos, han de ser bienes y servicios disponibles para el público, lo cual implica que la oferta de contrato ha de ser dada a conocer al público. El que con su oferta se dirija solamente a una persona en concreto no caería bajo la prohibición. Sin embargo, la forma en que se ponga en conocimiento del público no tendrá, a nuestro juicio, importancia, así como el número de personas que a través de ese medio realmente tengan conocimiento de la oferta.

Es indiferente, además, si la parte oferente actúa en el mercado de forma habitual con una intención empresarial, o no. Lo relevante es que su oferta de contratar haya sobrepasado la esfera privada⁸¹.

Ello nos pone ya en relación con la segunda de las condiciones expresamente exigidas y es que han de ser bienes o servicios ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada o familiar. La ley alemana, como acabamos de comprobar, era ciertamente más directa, al excluir directamente de la aplicación de la prohibición general las relaciones familiares y sucesorias, así como también las que se basen en una especial relación de confianza o cercanía. Pues bien, las mismas relaciones pueden ser incluidas bajo la expresión utilizada por la ley española y, como allí indicamos, con la referencia a la esfera privada, que incluye la vida familiar pero que va más allá: se representa un ámbito en el que cada persona queda libre de la observación pública y puede comportarse libremente. La consideración de que las relaciones jurídicas familiares y sucesorias se diferencian de forma fundamental de las demás relaciones obligatorias explica la causa de que en este ámbito, y sólo en este, quepa la posibilidad de incurrir en comportamientos discriminatorios.

Por último, la prohibición es aplicable al ofrecimiento y suministro de bienes y servicios tanto en el sector privado como en el público. Ello significa que la prohibición va a ser aplicable tanto cuando la contratación de bienes y servicios se establezca con un particular como cuando se establezca con una empresa, institución u organismo público. Por lo que respecta al sector público, entendemos aplicable este precepto a los contratos de naturaleza privada que suscriba la administración pública y sus organismos, puesto que el alcance de las políticas de igualdad en relación con los contratos de naturaleza pública quedaba regulado como vimos en los precedentes artículos 33 y ss. de la ley.

Los términos genéricos en los que es configurada la prohibición no solventan las dudas en torno a supuestos controvertidos que puedan plantearse o situaciones de ese tipo ya acaecidas en la práctica. Por ejemplo, podría plantearse a partir de ahora la cuestión sobre la licitud de la existencia de peluquerías exclusivamente para señoras o gimnasios sólo para hombres, o la existencia de un club privado, se dedique a la actividad que se dedique, abierto a los miembros de un sólo sexo.

81 Ahora bien: cuándo se puede entender que se sobrepasa la esfera privada es algo que hay que decidir atendiendo al caso concreto. A este respecto, la propia doctrina alemana, en referencia a la ley homónima alemana, como ya hemos visto, ha especificado que el ámbito privado no se puede restringir a la vivienda del que hace la oferta. Así, hay casos en que es objetivamente reconocible que la persona, a pesar de estar en un lugar público, de alguna manera tiene intención de separarse del alcance público, y la oferta así hecha tendría típicamente un carácter privado. Por ejemplo, una persona que se encuentra en un restaurante, hotel o cabina de teléfono y adopta una actitud por la que es objetivamente reconocible que no se está comportando como si estuviera en público: por ejemplo, cuando se aparta físicamente y habla con una voz muy suave por el móvil. GAIER/WENDTLAND. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., 17-18.

La directiva de transposición parece resolver la cuestión. En su considerando 17 precisa que el principio de igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios no exige que se ofrezcan en todos los casos prestaciones o instalaciones compartidas para hombres y mujeres, toda vez que no se ofrezcan de manera más favorable a uno de los sexos. Es evidente por tanto que la prohibición no puede ser llevada hasta límites tan absurdos como para exigir en el ámbito de la contratación la presencia en todo caso y bajo cualquier circunstancia de mujeres y hombres, lo que podría llevar a plantear situaciones tan grotescas como que un hombre pudiera exigir su aceptación en una congregación de religiosas. Además, el párrafo tercero del artículo 69 de la ley española, tal como vimos, admite las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios. La directiva, por su parte, en su considerando 16, declara que pueden constituir propósitos legítimos, por ejemplo, la protección de las víctimas de la violencia de género (en supuestos como la creación de refugios para personas de un solo sexo), las razones de intimidad y decencia (en supuestos como la oferta de alojamiento hecha por una persona en una parte de su vivienda), la promoción de la igualdad de género o de los intereses de los hombres y de las mujeres (por ejemplo, organizaciones de voluntarios del mismo sexo), la libertad de asociación (en los casos de afiliación a clubes privados para un solo sexo), la organización de actividades deportivas (por ejemplo, acontecimientos deportivos para uno de los sexos).

Tenemos que recordar que la directiva es una directiva de mínimos, como ella misma precisa en su artículo 7.1, por lo que nada impide a los estados miembros introducir disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad por razón de sexo que las presentes en la directiva. En nuestro entender, ello no sería en ningún caso necesario para una efectiva protección del principio de igualdad entre mujeres y hombres, a no ser a expensas de otro principio fundamental como es el de la libertad. Es perfectamente posible compatibilizar la protección de la igualdad de sexos y la libertad de autonomía de la voluntad, siempre y cuando la prohibición de discriminación por razón de sexo, y en general cualquier prohibición de discriminación, sea correctamente entendida.

Ello nos pone en conexión con el segundo párrafo del artículo 69. Es difícil comprender este sorprendente precepto, que, como acertadamente ha puesto ya de manifiesto la doctrina, entendido literalmente puede llevar al absurdo⁸². Dicho párrafo empieza diciendo que lo previsto en el apartado anterior –que impone la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro– no afecta a la libertad de contratación, cuando lo cierto es que la afecta, ya que supone una limitación a la libertad de contratación, de la que sólo se excluye, como acabamos

82 M. P. GARCÍA RUBIO. "La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos. Análisis del proyecto de Ley orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE", en *La Ley*, n.º 5, 2006, 1662.

de ver, la vida privada y familiar. Pues bien, el precepto posteriormente matiza que ello es así siempre y cuando la elección de la otra parte contratante no venga determinada por su sexo. Aunque, como también hemos visto, hay casos en que la elección de la contraparte en una relación jurídica obligatoria puede venir determinada por el sexo, y a pesar de ello considerarse lícita por estar justificada por un propósito legítimo y siempre que los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios, tal y como reconoce el propio párrafo 3.º del precepto.

Como vemos, de la redacción ciertamente poco afortunada del artículo 69 no puede extraerse un parámetro que con claridad decida cuándo la libertad de contratación debe quedar restringida a favor del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. La cuestión es a nuestro juicio prioritaria, más aún teniendo en cuenta que nos encontramos en el sector privado, en el que prima la autonomía de la voluntad, y por tanto el legislador debería tener en cuenta que en este campo su labor es la protección y garantía de la libertad, y restricciones o limitaciones solo tendrán lugar en casos excepcionales y con un alcance muy específico.

La presente ley, sin embargo, parece partir del principio contrario, ya que en un primer momento establece una prohibición general y absoluta, y luego se suaviza mediante la inclusión de los párrafos segundo y tercero. No ha sucedido lo mismo en otros países de nuestro entorno, en los que la prohibición de discriminación tiene un carácter más restringido. Así, por ejemplo, en la ya conocida AGG alemana, la prohibición de discriminación en el ámbito civil, que en este caso es general y no solo por razón de sexo, se limita a los casos de los contratos de masa (*Massengeschäft*), los contratos asimilables a los de masa (*massenähnliches Geschäft*) y los contratos de seguros (*Privatversicherung*). En todos los demás casos, la única prohibición de discriminación que se introduce es la que se fundamenta en el origen étnico y la raza. Además, el ámbito del alquiler de viviendas queda excluido tanto de la prohibición general de discriminación como de la prohibición por razón de raza u origen étnico⁸³.

Volviendo a la ley española, los párrafos 2.º y 3.º no tienen el nivel de concreción deseable, y han de ser interpretados a la luz de la Directiva de transposición. Especialmente este desafortunado segundo párrafo al que hemos hecho referencia⁸⁴. El considerando 14 de la misma señala que "todas las personas gozan de libertad para celebrar contratos y elegir a la otra parte contratante, de tal modo que una persona que suministra un bien o preste un servicio puede tener una serie de razones subjetivas para elegir a una persona determinada y excluir a otras. Y siempre que dicha elección no se base exclusivamente en el sexo de la otra persona,

83 Sobre la cuestión más en extenso, véase CERDÀ MARTÍNEZ-PUJALTE. "Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Aproximación a la nueva regulación general de prohibición de tratamiento desigual en el derecho alemán, en especial, su alcance en el ámbito civil", en *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 20, 2008, 165 y ss.

84 En este sentido, GARCÍA RUBIO. "La igualdad de trato entre hombres y mujeres...", cit., p. 1662.

la nueva regulación no debe afectar a esa libertad de contratación". En definitiva, siempre y cuando la elección no se convierta en una medida discriminatoria por afectar a su dignidad como persona⁸⁵. Este –la afectación a la dignidad como persona– es el parámetro que hay que utilizar en todo caso para detectar una discriminación, ya sea por razón de sexo, raza, origen étnico, edad, etc. En otros casos en que dichas circunstancias, entre ellas también el sexo, sean tenidas en cuenta, pero atendiendo a motivos que no puedan ser considerados vejatorios, no podrá entenderse que exista una discriminación como tal⁸⁶.

3. Reglas especiales en el ámbito de los seguros

El sector de los seguros privados es un ámbito muy sensible a las diferenciaciones en función del sexo del asegurado. Es más: tal y como señala la directiva de transposición, el recurso a factores actuariales basados en el sexo está generalizado en el sector de los seguros y otros servicios financieros afines. El artículo 71.1 de la ley española establece la prohibición de la celebración de contratos de seguros o de servicios financieros afines en los que, al considerar el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones, se generen diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas. La directiva, teniendo en cuenta la realidad del mercado, que, como hemos señalado, es bastante propensa a dichas diferenciaciones, y para evitar un reajuste repentino del mercado, establece en su artículo 5.1 que esta norma sólo se aplicará a los nuevos contratos que se celebren después de la fecha de incorporación de la presente directiva, y como plazo máximo fija el 21 de diciembre de 2007.

La ley señala expresamente, además, que los costes relacionados con el embarazo y el parto no justificarán diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, lo que supondría, por ejemplo, la ilegalidad de las cláusulas tan comúnmente utilizadas mediante las cuales en un seguro privado de salud a la mujer no se le concede la cobertura económica si durante el primer año de transcurso del contrato queda embarazada.

Ahora bien: la propia ley establece que reglamentariamente se podrán fijar los supuestos en los que sean admisibles diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, cuando el sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables. De acuerdo con lo dispuesto por la directiva, esta excepción al principio general sólo será posible para los estados miembros a condición de que estén en condiciones de garantizar que los datos

85 En este mismo sentido, GARCÍA RUBIO. "La igualdad de trato entre hombres y mujeres...", cit., p. 1662.

86 Sobre el concepto de prohibición de discriminación y su conexión con la dignidad personal, véase CERDÀ MARTÍNEZ-PUJALTE. "Intento de delimitación entre los principios constitucionales de igualdad de trato y prohibición de discriminación", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.ºs 50/51, 2005, 193 y ss.

actuariales y estadísticos subyacentes en que se fundan los cálculos son fiables, se actualizan con regularidad y son accesibles al público. Los estados miembros deberán además revisar, cinco años después de diciembre de 2007, la justificación de tales excepciones.

Por último, en este ámbito existe una regla procesal especial establecida en el artículo 72.1, al declarar que el incumplimiento de la prohibición de discriminación otorgará al contratante perjudicado el derecho a reclamar la asimilación de sus primas y prestaciones a las del sexo más beneficiado, manteniéndose en los restantes extremos la validez del contrato.

4. El principio de presencia equilibrada en los consejos de administración

Finalmente, y por lo que se refiere a las demás medidas establecidas referidas a la responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad, no podemos dejar de mencionar el artículo 75, mediante el cual se establece que las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada⁸⁷ procurarán incluir en su consejo de administración un número de mujeres tal que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta ley. El precepto, que ha sido otro de los que más polémica han levantado en la opinión pública, constituye a nuestro juicio una extralimitación sin justificación en la protección de la igualdad de mujeres y hombres. No existe ninguna razón fundada en los valores constitucionales para que todos los empresarios de nuestro país que hayan constituido o vayan a constituir una sociedad tengan obligatoriamente que formar un consejo de administración equilibrado, lo cual significa, como sabemos, que no podrá haber más del 60 % de un sexo, ni menos del 40 % del otro. Por lo demás, esta norma resulta completamente vacía, pues su incumplimiento carecerá de cualquier tipo de consecuencia puesto que, como inmediatamente veremos, la ley carece de un verdadero régimen sancionador, y para este supuesto concreto tampoco contiene previsión específica alguna.

5. Consecuencias jurídicas de la infracción y reglas procesales

Las principales normas reguladoras de las consecuencias jurídicas que habrán de tener las conductas discriminatorias tipificadas por la ley en todos los ámbitos en los que ésta se aplica las encontramos en los artículos 10, 12 y 13.

⁸⁷ Según el artículo 176 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada pueden presentarla las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: 1. que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros; 2. que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los 22.800.000 euros; 3. que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 250.

El artículo 10.º determina que "los actos y cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias".

En primer lugar, para colmar el alcance general que esta norma tiene, el concepto de actos habrá de ser entendido en un sentido muy amplio, ya que sólo de esta manera podrán ser englobados también comportamientos típicamente discriminatorios como comentarios o expresiones despectivas, o manifestaciones de voluntad denegando la entrada en un establecimiento, que no pueden ser considerados actos jurídicos en sentido estricto⁸⁸. Hubiera sido mucho más útil y acertado utilizar una expresión más amplia, como la empleada en la propia directiva, por ejemplo, "cualquier persona que se considere perjudicada a causa de una discriminación en el sentido de la presente ley [...]".

En segundo lugar, el precepto establece tres tipos o niveles de consecuencias jurídicas. En primer término, la nulidad de los actos o cláusulas. A continuación, habla de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido. Y, por último, pretende establecer también un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.

Por lo que se refiere a la nulidad, ésta difícilmente podrá ser una medida de aplicación general. ¿Cómo es posible, por ejemplo, anular una expresión despectiva dirigida hacia una mujer? En realidad, la nulidad parece aplicable tan sólo a los actos de naturaleza negocial, pero aun en este supuesto no deja de plantear problemas, pues, en el caso, por ejemplo, de un contrato de alquiler donde un posible arrendatario ha sido discriminado por su sexo, ¿sería adecuado anular el actual contrato del arrendador con una tercera persona, que nada tiene que ver con la discriminación? Ello nos parecería una injerencia excesiva en el ámbito de la libertad contractual y absolutamente contrario a los principios del derecho privado. En ambos casos, el recurso adecuado, y en no pocas ocasiones mucho más efectivo que la propia nulidad, sería acudir a la indemnización de daños y perjuicios, que es la segunda de las consecuencias jurídicas establecidas por el precepto, y de la cual dice que habrá de ser una indemnización real, efectiva y proporcional al daño sufrido⁸⁹.

Por lo demás, y como se ha señalado, la ley prevé un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias. Este constituye uno de los aspectos más sorprendentes de ley, puesto que después

88 GARCÍA RUBIO. "La igualdad de trato entre hombres y mujeres...", cit., 1658.

89 En este mismo sentido, por lo que se refiere a la normativa alemana, THÜSING. *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., n.ºs 33-35.

de esta declaración ya nada más se dice en la ley sobre el sistema de sanciones. Salvo alguna excepción que podemos encontrar en las disposiciones adicionales, como por ejemplo la disposición adicional decimocuarta, que introduce algunas sanciones accesorias en materia de responsabilidades empresariales, nada se sabe en la ley sobre otras sanciones. Esto es, la ley carece del régimen sancionador que ella misma menciona.

En definitiva, por tanto, parece que la única acción en manos de los perjudicados será en todo caso la indemnización, y en el supuesto de que proceda la nulidad del acto o la cláusula negocial en cuestión.

Por su parte, el artículo 12 establece las reglas de tutela judicial, indicando que "cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación". Por lo que se refiere a la capacidad y legitimación para intervenir en los procesos que versen sobre la defensa del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, la ley la otorga a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo determinadas en las leyes reguladoras de los respectivos procesos. Supone por tanto una remisión, entre otros preceptos, al artículo 11 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil –añadido por la presente Ley Orgánica–, que establece una regla específica de legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

El artículo 13 establece la regla sobre la carga de la prueba, que supone una especialidad respecto del sistema general, puesto que establece que en aquellos procedimientos en los que las alegaciones se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Si nos fijamos en el artículo 9.º de la directiva de transposición, observaremos que lo que ésta establece es que cuando una persona se considere discriminada y además aduzca hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, en ese caso corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido tal discriminación. Por su parte, el artículo 9.2 prevé la posibilidad de que los estados miembros adopten normas sobre admisibilidad de las pruebas que sean más favorables a la parte demandante. De dicha posibilidad parece que ha hecho uso nuestro legislador nacional, puesto que la ley española no exige que la parte supuestamente discriminada aduzca hechos de los que se pueda presumir la existencia de un comportamiento de ese tipo. Simplemente basta con alegar haber sido víctima de una conducta discriminatoria para invertir la carga de la prueba. A nuestro juicio, hubiera sido más adecuado seguir la línea de la directiva comunitaria, puesto que, aunque es cierto que en ocasiones es difícil presentar pruebas de una discriminación, sobre todo cuando ésta se realiza mediante expresiones, manifestaciones de voluntad, comportamientos tácitos, etc., también es cierto que esta previsión tendrá como consecuencia que los tribunales se vean a corto plazo desbordados por una cantidad inmensa de demandas infundadas. Además, hay que

tener en cuenta que una acusación de discriminación es así mismo un hecho muy perjudicial desde el punto de vista social para la persona acusada, y por lo tanto habría que ser algo más estricto a la hora de facilitar esta acusación.

Con respecto al ámbito civil, la ley se ocupa de forma específica no sólo de las cuestiones materiales del problema sino también de sus consecuencias jurídicas, y en este sentido el artículo 72.1 de la Ley regula las consecuencias para el caso en que no se respete la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres en el ámbito privado. En dicho artículo se establece que "sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil, la persona que, en el ámbito de aplicación del art. 69, sufra una conducta discriminatoria, tendrá derecho a la indemnización por los daños y los perjuicios sufridos".

Recordemos además la norma establecida en el artículo 10.º de la propia ley que acabamos de ver y que, con carácter general, establecía la nulidad de los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo.

Pues bien, teniendo en cuenta lo que dicen estos dos preceptos referidos, y que una de las clásicas acciones en el ámbito civil es la nulidad del acto y la restitución en su derecho, podría pensarse en el caso de que, por ejemplo, un alquiler de una vivienda concertado bajo la óptica discriminatoria por razón de sexo, pudiera dar lugar a la nulidad del actual contrato de alquiler con una persona ajena a la discriminación y la obligación del arrendador de arrendar su vivienda a la persona en principio discriminada. A nuestro juicio, así como a juicio de otro sector doctrinal que ya ha tenido ocasión de pronunciarse⁹⁰, nos parece que esta consecuencia iría mucho más allá de lo deseable y de los propios fundamentos estructurales del ámbito privado, por lo que entendemos que en estos supuestos la restitución del daño vendrá de la mano de la indemnización de daños y perjuicios a las que expresamente alude el artículo 72.1.

Por lo que respecta a los casos en los que la discriminación no afecte al negocio jurídico en su totalidad, sino que provenga de alguna de sus cláusulas, sí que será entonces aplicable la nulidad parcial de dicha cláusula y su sustitución por otra que sea conforme a las normas dispositivas existentes en su caso.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos repetido en diversas ocasiones a lo largo de las páginas precedentes, es, sin ningún lugar a dudas, necesario en sociedades como las actuales, cada vez más pluralistas, más multiculturales, donde existen poderes sociales y económicos cada vez más hegemónicos y dominantes, ahondar en el camino de las políticas

90 En este sentido, GARCÍA RUBIO. "La igualdad de trato entre hombres y mujeres...", cit., 1662-1663. En el contexto alemán, THÜSING. *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., n.ºs 33-35.

que hagan real la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos reconocida en los textos constitucionales, con el fin de que este fundamental reconocimiento no quede simplemente en una declaración programática. Es evidente que por naturaleza y por otros condicionamientos sociales somos diferentes. La diversidad es una riqueza que debemos mantener. Pero pretender la igualdad de acceso a los recursos es el reto de cualquier sociedad justa⁹¹.

Es por ello encomiable el espíritu que impulsa las leyes alemana y española que acabamos de analizar, y la normativa europea que implementan, e incontestable el carácter positivo de éstas en la consecución de las correspondientes necesidades nacionales, comunitarias e internacionales en la lucha contra la discriminación en todos los ámbitos y de la forma en que ésta pueda presentarse. Por último, es evidente el carácter novedoso de tales leyes, ya que positivizan, por primera vez, en una normativa general, la prohibición de discriminación en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, hasta ahora reservada a la esfera de las relaciones de los ciudadanos con el poder público. Dicho esto, entendemos, sin embargo, que es conveniente reflexionar detenida y profundamente antes de llevar a cabo proyectos de tanta relevancia y con consecuencias prácticas tan importantes, pues es evidente que las leyes estudiadas presentan, por exceso o por defecto, puntos problemáticos y conflictivos no sólo desde el punto de vista dogmático sino desde una perspectiva práctica, esto es, a la hora de aplicar dicha normativa al tráfico jurídico real, como lo demuestra la abundante literatura crítica –especialmente en Alemania– que, a pesar de su corta vigencia, ha aparecido sobre el tema. En último caso, los beneficiados por ellas, de forma tal vez indirecta pero evidente, son los abogados y profesionales del derecho que, sin duda, ven incrementados los casos y clientes que les llegan a causa de los derechos y acciones previstos en estas leyes.

Aparte de las no pocas cuestiones que han sido puestas de manifiesto en el ámbito laboral –por ejemplo, que no se haya hecho distinción alguna entre grandes empresas formadas y especializadas, por una parte, y pequeñas empresas, por otra, como pueden ser negocios familiares, o que sean normativas tan minuciosas y severas que los empresarios se van a sentir siempre amenazados ante el riesgo de una denuncia y los trabajadoras van a poder recurrir a ellas hasta abusar de su filosofía–, por lo que respecta a la esfera jurídico-privada, hemos de destacar, con carácter conclusivo, que declaraciones de tal envergadura, que incluso dogmáticamente siguen siendo muy discutidas, como es la afectación limitativa de la autonomía privada en el ámbito contractual, no se deberían efectuar sin valorar detenidamente su necesidad, sin moderar conveniente y expresamente su aplicabilidad y sin definir de forma exhaustiva sus consecuencias jurídicas en este específico

91 S. BARRIGA. "La igualdad de los ciudadanos: recurso para la solidaridad", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, 229 y ss., donde además se declara que la discriminación social es la nueva forma de pobreza.

ámbito en principio ajeno a la intervención de dichos principios. En este último sentido, la imposición de la obligación de contratar como consecuencia de la infracción de estas leyes, a nuestro juicio, y fuera de los casos en que esté vinculada a la posición monopolista del oferente, no parece adecuada ya que supondría una injerencia excesiva en la libertad de contratar propia del derecho privado. Mucho más adecuada parece, si además lo que se intenta restablecer en primera línea es la dignidad del perjudicado, una indemnización de daños y perjuicios que por lo demás podrá ser calculada adecuándola a la gravedad del caso concreto.

A pesar de estas últimas reflexiones y otras similares que se hicieron en las páginas anteriores, creemos que el estudio y la reflexión de estas experiencias, tanto en lo positivo como en lo negativo, resultarían interesantes para aquellas sociedades y en aquellos ordenamientos y ámbitos en los que con mayor o menor necesidad el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, también ha resultado ser insuficiente. La discriminación racial en sociedades cada vez más heterogéneas⁹², las desigualdades jurídicas en relación con la orientación sexual, la violencia de género, la discriminación salarial, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, aquella "*perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros*", en palabras escritas por JOHN STUART MILL hace 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa, en todas las sociedades y ordenamientos avanzados, de nuevos instrumentos jurídicos.

92 Según datos recientes manejados por la Comisión Europea en estudios y encuestas, los europeos creen que la forma de discriminación más extendida en la UE, y que va en aumento, es la basada en la raza o el origen étnico. Otros tipos de discriminación disminuyen –edad o sexo– o al menos no van en aumento –orientación sexual– (información recogida en: [ec.europa.eu/news/justice/080929_1_es.htm]).