

## El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo

SUSANA NAVAS NAVARRO  
Universidad Autónoma de Barcelona\*

La Unión europea conoce, desde 1957, la prohibición de discriminar en cuyo seno ha desarrollado distintas funciones, sobre todo, en el ámbito económico, respecto de aquéllos que participan en el mercado<sup>1</sup>. La dimensión social del principio de no discriminación<sup>2</sup> se refuerza, en el ordenamiento jurídico-comunitario, sobre todo a partir de lo que se ha dado en llamar Derecho constitucional comunitario.

### I. DERECHO CONSTITUCIONAL COMUNITARIO

La referencia al *principio de igualdad* se encuentra en la no nata Constitución europea<sup>3</sup>, en el artículo II-80, en el que se advierte que «*todas las personas son iguales ante la ley*»<sup>4</sup>. A continuación, el precepto siguiente (art. II-81) prescribe que: «[1] *se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones, palabras o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.* [2] *Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de disposiciones particulares*»<sup>5</sup>.

\* Esta contribución se enmarca en el proyecto de investigación dirigido por el profesor Ferran Badosa Coll (SGR00759, III Pla de Recerca de Catalunya, grupo de estudio del Derecho civil catalán, UB-UAB) y en el proyecto de investigación «No discriminación y Persona» dirigido por la profesora María del Carmen Gete-Alonso y Calera (SEJ2007-60834).

<sup>1</sup> SCHIEK, D., en SCHIEK, D. (dir.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2007, p. 24, núm. 25.

<sup>2</sup> STJCE 43/75, de 8 de abril de 1976 (Defrenne II), STJCE C 270/97, de 10 de febrero de 2000 (Sievers & Schrage).

<sup>3</sup> DOUE C 310/401, de 16 de diciembre de 2004.

<sup>4</sup> Con idéntica literalidad, *vid.* el artículo 20 de la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea* (DOCE 2000/C 364/01, de 18 de diciembre de 2000).

<sup>5</sup> Esta dicción es la misma que la del artículo 21 de la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*.

La *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* contenía además un precepto –el art. 23– en el que se hacía referencia directa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, aplicable a todos los ámbitos y, en particular, al empleo, trabajo y retribución. Además, expresamente, se reconocía que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado aludiendo directísimamente a las *acciones positivas*.

Ahora bien, con anterioridad, el legislador comunitario ha dejado claro que uno de los valores de la Carta Magna es el *derecho a la libertad* (art. II-61): *todas las personas tienen derecho a la libertad* (art. 6 de la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*).

El derecho a la libertad es el fundamento de una Europa democrática y, además, es necesario para el *libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana*, presente en todas las Constituciones nacionales europeas (así, el art. 10.2 CE o § 2 GG). En esta dirección, se alude también y con el mismo sentido al *principio de autonomía privada*. Este principio permite que el individuo en sus elecciones y decisiones establezca *discriminaciones*<sup>6</sup>.

## II. DERECHO PRIMARIO COMUNITARIO

También en el denominado Derecho primario comunitario encontramos reflejado los dos valores referidos: por un lado, la autonomía privada (1); por otro, la prohibición general de la discriminación (2) junto con prohibiciones especiales (3) y la habilitación a las propias instancias comunitarias para dictar derecho comunitario secundario (4).

### 1. Principio de autonomía privada

Este principio está también presente en el derecho primario comunitario como fundamento de la propia Unión Europea, pues, como se ha dicho, entronca con el derecho a la libertad que, en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea<sup>7</sup>, se refleja en una *libertad básicamente de carácter económico*, lo que supone además de las conocidas libertades fundamentales, la existencia de un mercado interior libre en el que impere, precisamente, la libre competencia. Se trata del reflejo de la autonomía privada en el mercado, en este caso, el mercado interior europeo y el principio de la autonomía privada en el mercado se traduce en libertad económica y, más precisamente, en libertad contractual<sup>8</sup>.

### 2. Prohibición general de no discriminación

La prohibición general de no discriminación en el ámbito del TCCE era la que aparece en el artículo 12.1 y que, actualmente, aparece en el artículo 18 de la versión consolidada del tratado de funcionamiento de la Unión

<sup>6</sup> NEUNER, J., «Protection Against Discrimination in European Contract Law», *ERCL* 1/2006, pp. 35-50.

<sup>7</sup> Versión consolidada de 2002 (*DOCE* C 325 de 24 de diciembre de 2002, pp. 33 ss). En adelante, TCCE.

<sup>8</sup> MARELLA, M. R., «The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe», *ERCL* 2/2006, pp. 257-274.

Europea<sup>9</sup>: «*se prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad*». Es una prohibición que, a tenor de la doctrina, tiene aplicación directa en los Estados miembros<sup>10</sup> y que se establece para ser aplicada a la persona física.

No obstante, la prohibición de discriminar también se encuentra en las cinco libertades fundamentales referidas a personas jurídicas (art. 49 TFUE), a mercancías (art. 44 TFUE) y a los servicios (art. 56 TFUE). Esta prohibición de discriminar debe compaginarse con la prohibición de discriminar en materia de defensa de la competencia del artículo 102 TFUE. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJCE) todas las prohibiciones de discriminación que se establecen en el Derecho comunitario permiten afirmar que el principio de no discriminación constituye uno de los fundamentos jurídicos en los que se asienta el Derecho comunitario<sup>11</sup>.

### 3. Prohibiciones especiales de no discriminación

El artículo 3.2 TCCE entiende que «*en las actuaciones contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad*». Esta prohibición general de no discriminación se basa en la no discriminación por razón de sexo.

Otra prohibición de carácter especial es la contemplada en el artículo 157 TFUE (art. 141 TCCE) referida a la no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral. Alude a igualdad de trato, igualdad de oportunidades, igualdad de retribución entre hombres y mujeres. Se permite, no obstante, al Estado miembro la adopción de medidas positivas en beneficio de miembros de un sexo que esté menos representado o se considere menos beneficiado que los miembros pertenecientes al otro sexo. Con la prohibición de discriminación establecida en el artículo 141 TCCE y su desarrollo posterior a través de diferentes Directivas, de las que daremos cuenta posteriormente, se inicia, de modo efectivo, la construcción de un ámbito del derecho al que se suele denominar «*derecho antidiscriminatorio*»<sup>12</sup>.

### 4. Habilitación para dictar derecho secundario comunitario

En relación con la no discriminación por razón de la nacionalidad, se advierte en el artículo 18.2 TFUE que: «*El Consejo [...] podrá establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones*».

Por lo que concierne a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, el artículo 157.3 TFUE indica igualmente que el Consejo podrá adoptar las medidas necesarias para garantizar la igualdad de trato, de oportunidades y de retribución entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.

<sup>9</sup> DOUE C 115, de 9 de mayo de 2008, pp. 47 ss. En adelante, TFUE.

<sup>10</sup> M. HOLOUBEK en J. SCHWARZE (dir.), *EU-Kommentar*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1ª edic., 2000, pp. 327 ss.; R. STREINZ, «Die Kompetenzen der EG zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Zivilrecht», en: S. LEIBLE/M. SCHLACHTER (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006, Sellier European Law Publishers, p. 17.

<sup>11</sup> STJCE, 201-202/85, de 25 de noviembre de 1986 (Klensch), STJCE C-2/1992, de 7 de julio de 1992 (Bostock).

<sup>12</sup> COM (1999), pp. 564 ss. ([http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/arct/564\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/arct/564_de.pdf)). En particular, *vid.* los anexos V y VI.

Por su parte, el artículo 19 TFUE habilita al Consejo para adoptar las medidas necesarias tendentes a eliminar las *discriminaciones por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*.

Esta habilitación que se hace en el Tratado al Consejo ha derivado, actualmente, en la existencia de diversas Directivas, las cuales se enmarcan en el antes referido fundamento general comunitario de no discriminación.

### III. DERECHO SECUNDARIO COMUNITARIO

Las primeras Directivas que se publicaron pertenecieron al ámbito laboral (1). Sólo a partir del año 2000 se empieza a plantear la aplicación del principio de igualdad de trato en el derecho de los contratos (2). Además, mención especial merece la *Directiva 97/80, de 15 de diciembre de 1997 sobre inversión en la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo*<sup>13</sup>, la cual tiene un alcance más general que el puro derecho de los contratos.

#### 1. En el derecho laboral y de la seguridad social

La aplicación del principio de *igualdad de trato entre hombres y mujeres* se refirió, en un primer momento, a:

a) el derecho a *igual retribución* en la *Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos*<sup>14</sup>;

b) *el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo* con la *Directiva 76/207/CEE, del Consejo de 9 de febrero*<sup>15</sup>. Esta Directiva fue, posteriormente, objeto de modificación mediante la *Directiva 2002/73/CE del parlamento europeo y del consejo de 23 de septiembre de 2002*<sup>16</sup>;

c) *la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social* la *Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978*<sup>17</sup>;

d) *la igualdad de trato en los regímenes profesionales de la seguridad social*, la *Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986*<sup>18</sup>;

e) *la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma incluidas las actividades agrícolas, así como protección de la maternidad* la *Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986*<sup>19</sup>;

f) *la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia*, la *Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992*<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> DOCE núm. L 14, de 20 de enero de 1998.

<sup>14</sup> DOCE L 045, de 19 de febrero de 1975.

<sup>15</sup> DOCE núm. L 39 de 14 de febrero de 1976.

<sup>16</sup> DOCE núm. L 269 de 5 de octubre de 2002.

<sup>17</sup> DOCE núm. L 6, de 10 de enero de 1979.

<sup>18</sup> DOCE núm. L 225, de 12 de agosto de 1986.

<sup>19</sup> DOCE núm. L 359 de 19 de diciembre de 1986.

<sup>20</sup> DOCE núm. L 348, de 28 de noviembre de 1992.

En el año 2000 se dictan dos Directivas que también inciden en el ámbito laboral, aunque se vislumbra ya la intención del legislador de extender el principio de igualdad de trato más allá. Me refiero a las Directivas siguientes:

a) Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*<sup>21</sup>;

b) Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad en el empleo y la ocupación*<sup>22</sup>.

c) Directiva 2006/54/CE, del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación* (refundición)<sup>23</sup>.

## 2. En el derecho contractual

En el derecho de los contratos, la primera referencia en el derecho comunitario secundario, la encontramos en la ya aludida *Directiva 2000/43/CE*, en cuyo artículo 3, que se dedica al ámbito de aplicación de la norma, advierte que:

*«la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: [...] h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda»*<sup>24</sup>.

No obstante, la Directiva que plenamente se dedica a aplicar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al derecho de los contratos es la Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, *por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro*<sup>25</sup>. Se trata, por consiguiente, del derecho a no ser discriminado por razón de sexo en el ámbito de la contratación<sup>26</sup>.

## IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/43 Y DE LA DIRECTIVA 2004/113

En este epígrafe conviene centrarse en el ámbito de aplicación objetivo (1) y subjetivo (2) de las referidas Directivas.

### 1. Ámbito de aplicación objetivo

Aquí trataremos de los *bienes y servicios* concernidos (1.1), de las *relaciones jurídicas* afectadas (1.2) y del requisito de la *disponibilidad al público* (1.3).

<sup>21</sup> DOCE núm. L 180 de 19 de julio de 2000.

<sup>22</sup> DOCE núm. L 303, de 2 de diciembre de 2000.

<sup>23</sup> DOUE núm. L 204/23, de 26 de julio de 2006.

<sup>24</sup> La Directiva 2000/43/CE fue incorporada al ordenamiento español mediante la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social* (BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2003).

<sup>25</sup> DOCE núm. L 373, de 21 de diciembre de 2004.

<sup>26</sup> La Directiva 2004/113/CE ha sido, como se sabe, recientemente, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la LO 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (BOE, núm. 71, de 23 de marzo).

## 1.1 BIENES Y SERVICIOS

El ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2004/113 se centra, en primer lugar, en *bienes y servicios*. El ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43 es más amplio (art. 3), pero para nuestro estudio nos interesa la referencia exclusiva al derecho contractual, esto es, la referencia a los *bienes y servicios*. ¿A qué bienes y servicios se refieren las normas comunitarias? Según el considerando núm. 11 de la Directiva 2004/113, pues a este respecto, la Directiva 2000/43 no dice nada, se incluyen los bienes que se consideraran como tales en las disposiciones del TCCE relativas a la libre circulación de mercancías; mientras que se consideran servicios a aquellos que como tales aparecen el artículo 50 TCCE.

En relación con los *bienes*, las disposiciones del TCCE no establecen una enumeración de bienes, sino que aluden de modo genérico a *mercancías* incluyendo también a las materias primas y haciendo una especial referencia, eso sí, a los productos agrícolas. Así pues, en principio, todo bien que tenga la consideración de *mercancía* quedará comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/113 e igualmente en la Directiva 2000/43, la cual menciona expresamente a la *vivienda*. La referencia a la *vivienda* no aparece en la Directiva 2004/113, aunque nos parece que debería también contemplarse en el ámbito de aplicación de la norma. Téngase en cuenta que la *mercancía* es principalmente un bien mueble y que la *vivienda* es un bien inmueble respecto del cual es difícilmente pensable una libre circulación, en todo caso, guarda más relación con la libre circulación de personas. Sea lo que fuere, una protección del particular frente a situaciones discriminatorias no sería completa si se excluyera del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/113, que afecta directamente al derecho de los contratos, a la *vivienda*.

En materia de *servicios*, el TCCE es más explícito ya que el artículo 50 advierte que se consideran servicios «aquellas prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas». En concreto, considera servicios, las actividades de carácter industrial, de carácter mercantil, de carácter artesanal y las propias de los profesionales liberales. Éstos son, los servicios que caen bajo el manto protector de las Directivas referidas. Por su parte, la Directiva 2004/113 excluye expresamente de su ámbito de aplicación, por un lado, la *educación* sea pública o privada (considerando núm. 13); mientras que en relación con la discriminación por razón de raza o de origen étnico, sí quedaría incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43. Ahora bien, que la Directiva 2004/113 no se aplique a la enseñanza pública regida por normas específicas, se comprende; pero no queda tan claro el motivo por el que la enseñanza privada no pudiera verse afectada por el ámbito de aplicación de la Directiva, sobre todo cuando se refiere a enseñanza no reglada.

## 1.2 RELACIONES JURÍDICAS CONCERNIDAS

¿A qué relaciones jurídicas se refieren las Directivas? En principio quedarían comprendidas todas aquellas relaciones jurídicas que facilitan el *acceso a los bienes y a los servicios* comprendidos en el ámbito de aplicación de las mismas. Así pues, contratos de compraventa, permuta, donación, tanto contratos típicos como atípicos, independientemente del carácter gratuito u oneroso, aunque con frecuencia se tratará de los segundos y no de los prime-

ros, pues éstos se darán con frecuencia en el ámbito familiar, ámbito al que no alcanza, como veremos, la prohibición de discriminación.

Queda incluido el *contrato de seguro* en el que no se permiten diferencias en el cálculo de las primas por razón de sexo como es común que así suceda argumentando la longevidad de a mujer, lo que implica riesgo de sufrir mayores enfermedades y por tanto un mayor gasto para la aseguradora, y las consecuencias económicas derivadas del embarazo y de la maternidad. Con la Directiva 2004/113, en su artículo 5, los estados miembros deberán velar porque los contratos de seguros celebrados después del 21 de diciembre de 2007 no establezcan diferencias en las primas y en servicios financieros afines por razón del sexo de la persona, si bien se admite que existan diferencias de trato y, consiguientemente, diferencias en las primas por razón del sexo cuando la consideración de este criterio constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo.

Se podría mantener una interpretación amplia de las normas comunitarias y entender que como no se refieren a ningún contrato sino a todas aquellas personas que suministren bienes y servicios, las normas se aplican independientemente de la fuente de la que nazca la obligación de suministrar bienes y servicios. Así, no sólo se aplicaría al contrato, supuesto típico, sino a las otras fuentes de las obligaciones. En este sentido, la dicción del legislador alemán, cuando incorporó la Directiva 2004/113/CE a su ordenamiento interno, en su § 19.1 AGG<sup>27</sup>, al referirse a la aplicación del principio de igualdad de trato en «*el nacimiento, en la ejecución y en la extinción de una relación obligatoria civil*» (*Begründung, Durchführung und Beendigung*), le obliga a excluir, de modo expreso, las relaciones obligatorias derivadas de situaciones de derecho de familia y de derecho de sucesiones<sup>28</sup>.

### 1.3 DISPONIBILIDAD AL PÚBLICO: ÁMBITO DE LA VIDA PRIVADA O FAMILIAR

Los bienes o servicios deben estar *disponibles al público* tanto en el sector público como en el privado, reza el artículo 3.1 Directiva 2004/113. La Directiva 2000/43 se refiere tanto a esta disponibilidad como a la *oferta de los mismos*. Se plantea, pues, el debido entendimiento de estas expresiones. Algunos autores<sup>29</sup> se han planteado si se refiere a verdaderas *ofertas contractuales* o incluye también los supuestos de *invitatio ad offerendum* puesto que las normas comunitarias aluden sólo a disponible, término no jurídico, y concretamente, la Directiva 2000/43 diferencia entre esa disponibilidad y la oferta de los bienes y servicios. A nosotros nos parece que la discusión es un tanto estéril, ya que si se trata de proteger a la persona contratante de una actitud discriminatoria deben incluirse ambos supuestos, tanto la oferta contractual como la invitación a hacer ofertas. Además deben estar disponibles, en el sentido amplio referido, para el público, es decir, que quedan fueran actos o contratos que tengan lugar en el *ámbito de la vida privada y familiar*

<sup>27</sup> *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, AGG, de 14 de agosto de 2006 (BGBl, I, p. 897).

<sup>28</sup> § 19.4 AGG: «*Die Vorschriften dieses Abschnitts findet keine Anwendung auf familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse*». En la doctrina, vid. GAIER, R./WENDT-LAND, H., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz- AGG. Ein Einführung in das Zivilrecht*, Munich, 2006, pp. 9-11.

<sup>29</sup> KORELL, J., «Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht?», *JURA* 1/2006, p. 6; RIESENHUBER, K./FRANCK, J. U., «Verbot des Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht», *JZ*, 11/2004, p. 530.

(art. 3.1 Directiva 2004/113). Esta expresión un tanto ambigua se define en función de las personas, es decir, que se refiere a personas con las que se tiene un determinado lazo familiar o de parentesco o, incluso, de amistad. Se trata de un ámbito en el que el acceso a los bienes y a los servicios se encuentra restringido al tratarse de relaciones en las que impera el elemento de la confianza. Se excluyen de la aplicación de la Directiva tanto las relaciones derivadas del derecho de familia como del derecho de sucesiones.

Queda excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/113 (y también debería entenderse excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43) el contenido de los medios de comunicación y la publicidad (art. 3.3 Directiva 2004/113), respecto de los cuales existe normativa comunitaria específica que recoge la prohibición de discriminación<sup>30</sup>.

Del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/113 quedan excluidos, por razones obvias, tanto el empleo como la ocupación (art. 3.4).

## 2. **Ámbito de aplicación subjetivo**

En este extremo debe plantearse si la norma es aplicable a las relaciones jurídicas entre empresario y consumidor, a las relaciones que nazcan entre empresarios o a las que se den entre particulares. Hay que tener en cuenta que la Directiva 2004/113 explicita, en su artículo 3.1, primero, que se aplica la norma «a todas las personas que suministren bienes y servicios», es decir, independientemente de que se trate de particulares o de empresarios/comerciantes; segundo, la norma se aplica «con independencia de la persona de que se trate», así, con independencia de quién suministre y de quién adquiera; tercero, la norma se aplica «tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos», también se aplica, así a las relaciones entre los particulares y la administración en cuanto ésta actúe investida de sus prerrogativas como también cuando actúe, en el tráfico, como un particular más.

No ofrece dudas que se aplica a la relación establecida entre un empresario/administración pública y un consumidor o usuario. También es perfectamente entendible que se aplique a la relación entre dos empresas, sobre todo cuando una de ellas es una pequeña o mediana empresa. En el caso de particulares, deberá entenderse que resulta de aplicación la norma cuando la relación jurídica no quede dentro de lo que la Directiva denomina ámbito de la vida privada y familiar. Así, cuando un particular coloca en su coche un letrero en el que se anuncia que vende un coche, se puede hablar de suministro de bienes disponible al público y, consiguientemente, quedaría fuera de ese ámbito privado y sería de aplicación la Directiva.

## V. **TIPOS DE DISCRIMINACIÓN**

En este punto, junto a las conocidas *discriminación directa* (1) e *indirecta* (2), *actuaciones asimilables* (3). Haremos referencia a las *acciones positivas* y a la *discriminación inversa* (4) y a las *medidas de protección* (5).

<sup>30</sup> NAVAS NAVARRO, S., voz «Publicidad», en *Repertorio de derecho civil y mercantil comunitario*, Barcelona, 2005, pp. 827 ss.

## 1. Discriminación directa

La discriminación directa es el *tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de un criterio (en nuestro caso, sexo, raza, etnia) con independencia con independencia de los motivos del causante de la discriminación*<sup>31</sup>.

En este tipo de discriminación se centran las sentencias del TJCE hasta los años 90 en el ámbito laboral: la igualdad de trato en cuanto al sueldo, lugar de trabajo, condiciones, etc. entre hombres y mujeres, entre trabajadores y trabajadoras<sup>32</sup>. Para el TJCE es también discriminación directa la diferencia de trato por causa que sea consecuencia directa del sexo como el embarazo y la maternidad. Esta es la tesis del TJCE en el caso DEKKER de 8 de noviembre de 1990<sup>33</sup>, en el cual la trabajadora no había sido contratada a causa de su estado de gravidez. La Directiva 2004/113 lo recoge expresamente en el artículo 4.1.a).

A la discriminación directa se refiere los artículos 2.1.a) Directiva 2000/43 y artículo 2.a) Directiva 2004/113 con dicciones similares. Así, el primero explicita que: «*existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable*». El segundo señala: «*la situación en que una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que es, ha sido o sería tratada otra en situación comparable, por razón de sexo*». La referencia al elemento comparativo proviene del modelo antidiscriminatorio anglosajón *but for*, según el cual es discriminatorio aquel tratamiento que hubiera sido diferente de haber sido otra persona (*in casu*, un hombre) el que se encontrara en la misma situación<sup>34</sup>.

Subtipos específicos de discriminación directa son el *acoso* y el *acoso sexual*. El primero se recoge en las dos Directivas consideradas (art. 2.3 Directiva 2000/43 y artículo 2.c) Directiva 2004/113; mientras que el segundo se recoge en el artículo 2.d) Directiva 2004/113. Se entiende por «*acoso*»: «*la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona o con su origen racial o étnico con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*». Por «*acoso sexual*» se entiende: «*la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*».

<sup>31</sup> DOYLE, O., «Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, núm. 3 (2007), pp. 542-546; REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, 1995, p. 63; SERRA CRISTÓBAL, R., «La discriminación indirecta por razón de sexo», en Ridaura Martínez, M.<sup>a</sup> J./Aznar Gómez, M. J., *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, 2004, pp. 365 ss.

<sup>32</sup> SANZ CABALLERO, S., «Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres», en Ridaura/Martínez, M.<sup>a</sup> J./Aznar Gómez, M. J., *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, 2004, p. 268.

<sup>33</sup> C-179/88.

<sup>34</sup> SERRA CRISTÓBAL, R., «La discriminación indirecta», p. 366.

## 2. Discriminación indirecta

El origen del concepto de discriminación indirecta es americano<sup>35</sup>. Se recogió por vez primera en el caso *Griggs vs. Duke Power Company* en 1971<sup>36</sup>. En este caso, la discriminación indirecta se producía por razón de raza. Se exigían estudios secundarios para el acceso a un empleo en el que en realidad no se necesitaban estudios sabiendo que sólo las personas de color blanco los poseían y no las de color negro. Es la *Civil Rights Act de 1991* la que ha sancionado legalmente este concepto en USA. Del Derecho norteamericano llega al derecho Británico e irlandés en 1976 y 1977, respectivamente<sup>37</sup>.

Pronto en el seno de la UE se utilizó este concepto aunque no se recogía en el TCCEE ni en la primera Directiva 75/117 referida a la igualdad de trata en materia retributiva. En el Derecho comunitario primario aunque se emplea el término igualdad y el de discriminación no se alude de modo expreso a este tipo de discriminación; en general, no se alude a las clases de discriminación. El TJCE utiliza el término de «discriminación indirecta» en el caso *Defrenne II* y procede a su definición destacando que existen determinadas conductas que, siendo formalmente no discriminatorias, deben entenderse contrarias al principio no comunitario de interdicción de la discriminación por razón de sexo. A partir de esta sentencia, otras sentencias del TJCE han formulado –y desarrollado– este tipo de discriminación. De *Defrenne II* pasó a la normativa comunitaria<sup>38</sup> que incluyó el término pero no lo definió. El primer intento de definición lo encontramos en el artículo 5 de la Propuesta de Directiva presentada a la Comisión el 24 de mayo de 1988. Pero fue la Directiva 97/80, de 15 de diciembre de 1997, sobre inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, la que plasmó una definición legal de discriminación indirecta. Éste es, a tenor de la doctrina, un supuesto de «*legal transplant*» desde el derecho angloamericano al derecho continental<sup>39</sup>.

La Directiva 2000/43, en su artículo 2.2.b), establece que «*existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios*». En el mismo sentido, establece el concepto el artículo 2.b) de la Directiva 2004/113 si bien referido a la diferenciación por razón de sexo. Característico de las discriminaciones indirectas es la admisión de justificación objetiva y razonable, cosa que no se admite para las discriminaciones directas. El TJCE ha admitido como justificación objetiva la «*flexibilidad y adaptabilidad del trabajador*»<sup>40</sup>, la «*fuerza o fatiga muscular*»<sup>41</sup>, la

<sup>35</sup> REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental*, p. 81.

<sup>36</sup> *Griggs vs. Duke Power Co*, 401 US 424 (1971).

<sup>37</sup> DOYLE, O., «Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy», pp. 546-551.

<sup>38</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La igualdad entre hombres y mujeres en el derecho europeo*, Madrid, 1999, pp. 1 ss.

<sup>39</sup> SCHIEK, D., en Schiek, D. (dir.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*, p. 124, núm. 20.

<sup>40</sup> STJCE 109/88, de 17 de octubre de 1989 (Federación de empleados de comercio vs. Danfoss).

<sup>41</sup> STJCE 237/85, de 1 de julio de 1986 (Gisela Rummler vs. Dato-Druck).

«libertad de cada estado para fijar los requisitos y caracteres de las prestaciones sociales»<sup>42</sup>.

En nuestro sistema la construcción de la discriminación indirecta es de carácter jurisprudencial, concretamente, del Tribunal Constitucional<sup>43</sup>.

### 3. Actuaciones asimilables

Tanto la Directiva 2000/43 (art. 2.4) como la Directiva 2004/113 (art. 4.4) asimilan toda *orden de discriminar directa o indirectamente* por razón de raza o por razón de sexo a una discriminación directa o indirecta, según la discriminación ante la que nos encontremos.

### 4. Acciones positivas y discriminación inversa

La expresión «acciones positivas» es traducción del inglés *affirmative action* del Derecho norteamericano, de donde proceden. Pronto vieron su reflejo en el Derecho comunitario a partir de la Directiva 76/207. Se refiere a «todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre los hombres y mujeres mediante la eliminación de las desigualdades de hecho»<sup>44</sup>. Son deberes impuestos por las normas a los poderes públicos.

La discriminación inversa es una variedad específica de acción positiva que adopta la forma de cuotas y de tratos preferentes, así se establece por ejemplo una reserva de plazas a favor de grupos que se quieren favorecer (*vs. gr.* las mujeres). Son de interpretación estricta de manera que cuando desaparecen las condiciones sociales que las justifican, deben desaparecer, pues en caso contrario constituirían discriminaciones directas. Por ello, tienen carácter transitorio.

Puede encontrarse una referencia indirecta a las actuaciones positivas y a este tipo de discriminación en el artículo 5 Directiva 2000/43 y el artículo 6 Directiva 2004/113 cuando se advierte que el principio de igualdad de trato no impedirá a los Estados miembros la adopción de medidas específicas destinadas a evitar o compensar las desventajas sufridas por razón de sexo o del origen racial o étnico.

### 5. Medidas protectoras

Son medidas que, aunque aparentemente ventajosas, se basan en la debilidad de la mujer o de un grupo racial y que, en la práctica, perpetúan la propia posición de inferioridad social de la población femenina o del grupo racial de que se trate<sup>45</sup>. Este tipo de discriminación ha sido también considerada por el TC español, concretamente en la STC 229/1992, de 14 de diciem-

<sup>42</sup> STJCE 0/85, de 11 de julio de 1987 (Teuling), STJCE 457/93, de 6 de febrero de 1996 (Lewrark), STJCE 278/93, de 7 de marzo de 1996 (Freers y Speckmann), STJCE 167/97, de 9 de febrero de 1999 (Regina y Secretary of state for employment). También la STJCE 444/93, de 14 de diciembre de 1995 (Megner y Scheffel).

<sup>43</sup> REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental*, p. 82; SERRA CRISTÓBAL, R., «La discriminación indirecta», p. 375.

<sup>44</sup> REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental*, p. 83.

<sup>45</sup> RIDAURA MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup> J., «La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en Ridaura Martínez, M.<sup>a</sup> J./Aznar Gómez, M. J., *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, 2004, pp. 227 ss.

bre de 1992 (caso «mujeres mineras») que abordó el trabajo de la mujer en las minas. Podrían considerarse discriminaciones indirectas.

## VI. LA JUSTIFICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN LA DIRECTIVA 2000/43 Y EN LA DIRECTIVA 2004/113

A pesar de que se prohíba la discriminación por razón de raza u origen étnico y por razón de sexo, las Directivas 2000/43 y 2004/113 consideran, con carácter general, que, dándose determinados requisitos, es posible establecer diferencias de trato. En efecto, el artículo 4 Directiva 2000/43 admite que los Estados miembros puedan disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tenga carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya requisito esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado. Por su parte, el artículo 4.5 Directiva 2004/113 también admite las diferencias de trato cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograr ese propósito sean adecuados y necesarios.

Al respecto conviene hacer algunas consideraciones. En primer lugar, la justificación de la diferencia de trato en la Directiva 2000/43 tiene carácter más restringido que la establecida en la Directiva 2004/113. Así, en la primera norma comunitaria la diferencia de trato por razón del origen racial o étnico sólo puede darse en relación con el desempeño de actividades profesionales por la persona a la que se trata de modo diferente; no en cambio, en otros supuestos. Es decir, la diferencia de trato podrá establecer en relación con el empleo y la ocupación, pero no en relación con el resto de ámbitos a los que también es de aplicación la Directiva 2000/43 y, singularmente, no en relación con el acceso de bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda. Por su parte, en la segunda Directiva 2004/113 la diferencia de trato tiene carácter general refiriéndose a la prestación de bienes y servicios de forma exclusiva o principal.

En segundo término, la justificación de la diferencia de trato aparece en ambas Directivas, en relación con las discriminaciones indirectas, duplicada. En efecto, al recoger la definición de discriminación indirecta ambas normas indican que las mismas pueden estar justificadas, lo que suele ser tradicional advertir en esta materia. Así, por un lado, tenemos la justificación de la diferencia de trato de carácter general y luego particular para la discriminación indirecta. En la Directiva 2004/113 no nos parece que sea necesaria la duplicidad, pues, el artículo 4.5 alude a la justificación de forma general, por lo que la referencia explícita en el caso de las discriminaciones indirectas carece de sentido. En la Directiva 2000/43 tiene razón de ser si se interpreta que la justificación de la diferencia de trato en caso de discriminaciones indirectas se da en todos los ámbitos en los que se aplica la directiva y no sólo en los de la ocupación y el empleo como se desprende de la justificación general establecida en el artículo 4 de la misma.

Es menester destacar que en la justificación de la discriminación se tiene en cuenta el *principio de proporcionalidad* –como no podía ser de otra mane-

ra al estar aludiendo a un derecho fundamental<sup>46</sup>— indicando sus componentes, esto es, la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Así, la justificación de la diferencia de trato se nos presenta como un límite al derecho fundamental<sup>47</sup>.

En relación con el principio de la proporcionalidad que justifique la discriminación el TJCE ha establecido una serie de criterios, en relación, principalmente, con las discriminaciones indirectas. Posibles justificaciones de la discriminación serían la evitación de peligros, riesgos, daños u otros fines de naturaleza análoga, necesidad de proteger la esfera privada o la seguridad personal, la práctica de una confesión religiosa determinada y en el contrato de seguro, en todo caso, no se admite la diferencia de trato basada en el embarazo y la maternidad (cfr. § 20 AGG). La posibilidad de admitir diferencias de trato nos parece que desvirtúa la norma general de impedir primas diversas por razón del sexo, ya que la posibilidad de la diferencia de trato se basa en datos estadísticos. No es un argumento fiable, pues entonces debería tenerse en cuenta también la vida que lleva el asegurado, si toma bebidas alcohólicas o no, si hace deporte, etc.<sup>48</sup>.

## VII. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO COMO REMEDIO DE LA PARTE DISCRIMINADA

En primer lugar, haremos una breve introducción (1) para después dirigir nuestra atención a los criterios del TJCE en esta materia (2).

### 1. Introducción

Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE contienen un precepto, redactado en términos idénticos, relativo a las *sanciones* que hay que adoptar en caso de que se infrinja el principio de igualdad de trato (art. 15.2 Directiva 2000/43/CE y arts. 8.2 y 14 Directiva 2004/113/CE). En ambos casos, se establece que serán los Estados miembros quienes establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales y adoptarán las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Entre las posibles sanciones a adoptar, se dice, se encuentra la indemnización a la víctima. Las *sanciones* deberán ser *efectivas, proporcionadas y disuasorias*<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> CHEREDNYCHENKO, O., «Fundamental Rights and Contract Law», *ERCL*, 4/2006, pp. 489-505.

<sup>47</sup> NAVAS NAVARRO, S., «Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)» publicado en *ADC*, 2007, V. 60, núm. IV, pp. 1619 a 1640.

<sup>48</sup> BAER, S., «Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in der privaten Krankenversicherung—ein Vertoss gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes?», *NJW* 23/2004, pp. 1623 ss.

<sup>49</sup> La norma del artículo 8.2 se reproduce en términos casi idénticos en otras Directivas que también pretenden hacer efectivo el principio de trato igual: artículo 17.2 *Directiva 2000/78/CEE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad en el empleo y la ocupación*, artículo 8.d).2 *Directiva 1976/207/CEE de 9 de febrero, de acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo*, artículo 8.d).2 *Directiva 2002/73/CEE, del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002* y artículo 18 *Directiva 2006/54/CE, del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del*

## 2. Criterios del TJCE en derecho antidiscriminatorio

En esta materia conviene tener en cuenta los *criterios* que se pueden extraer de la *jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas* en materia de discriminación, si bien referidos al Derecho del trabajo y de la seguridad social, puesto que los mismos pueden servir de canon hermenéutico para los tribunales nacionales<sup>50</sup> cuando tengan que enjuiciar supuestos similares por cuanto las leyes nacionales antidiscriminación suponen la incorporación de la Directivas europeas.

a) El daño moral es indemnizable con arreglo al derecho comunitario<sup>51</sup>. La reparación del mismo sólo puede consistir en dinero y debe ser adecuada al daño sufrido. Sin embargo, esa adecuación no significa que la indemnización sólo deba cubrir los daños nominales<sup>52</sup>, puesto que si se considera, por el juez nacional, que para que tenga efecto disuasorio de la conducta discriminatoria, y sea realmente eficaz debe establecerse una cantidad superior en concepto de indemnización, el juez nacional podrá establecerla<sup>53</sup>. En todo caso, lo que no puede existir es un enriquecimiento injusto. El TJCE así lo ha reconocido expresamente<sup>54</sup>.

b) El TJCE ha admitido, en casos de discriminación por razón de sexo, la existencia de *daños ex re ipsa*<sup>55</sup>, de suerte que si el legislador nacional sanciona estos casos dentro del marco de la responsabilidad civil, el mero hecho de la violación de la prohibición de discriminar por razón de sexo,

---

*principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación* (refundición).

<sup>50</sup> Incluimos en la expresión al TC ya que, como él mismo ha reconocido, recurre al derecho comunitario como canon hermenéutico (e integrador) constitucional (*vid.*, por todos, ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el derecho comunitario*, Madrid, 2003, pp. 258 ss.; del mismo autor, *Justicia constitucional y Unión Europea*, Pamplona, 2005, pp. 25 ss.).

<sup>51</sup> VAQUER ALOY, A., «El concepto de daño en el derecho comunitario», en *Estudios de derecho de Obligaciones*, Homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez, t. II, Madrid, 2006, p. 889.

<sup>52</sup> Un supuesto en el que una autoridad nacional se decidió por imponer una indemnización de los daños nominales fue la decisión del Equality Officer irlandés de 5 de enero de 2004, *Thomas O'Connor v. The Icon Night Club (Limark)*, DEC-S2004-01. Los hechos fueron los siguientes: el Night Club de referencia cobraba una cantidad como entrada a los hombres, la noche del jueves en que el demandante Thomas O'Connor quería acceder al local, mientras que las mujeres podían entrar en él de forma gratuita, alegando que la medida pretendía estimular la asistencia de mujeres al local; se trataba de una medida de discriminación positiva en favor de las mujeres. Thomas O'Connor consideró dicha medida contraria al principio de igualdad (Equal Status Act 2000) y demandó al club, el cual fue condenado a dejar entrar gratis, en el establecimiento, al demandante siete noches y a satisfacerle una cantidad de 10 €.

<sup>53</sup> STJCE de 10 de abril de 1984 (Sabine von Colson y Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen) y STJCE de 10 de abril de 1984 (Dorit Harz vs. Deutche Tradex GmbH), STJCE de 22 de abril de 1997 (Nils Draehmpael vs. Urania Immobilienservice OHG). En relación con los daños nominales y su tratamiento por el derecho y jurisprudencia comunitaria, *vid.* WURMNEST, W., *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts*, Tübingen, 2003, pp. 237-239.

<sup>54</sup> STJCE de 13 de abril de 1994 (Banks vs. British Coal Corporation). En la doctrina, *vid.* WURMNEST, W., *Grundzüge*, p. 233.

<sup>55</sup> A. VAQUER ALOY, «El concepto de daño en el derecho comunitario», p. 877. La doctrina entiende que el hecho de prescindir de la culpa no debe extenderse a cualquier supuesto de responsabilidad civil, sino que este criterio del TJCE es exclusivo del derecho antidiscriminatorio (WURMNEST, W., *Grundzüge*, p. 157).

genera ya la responsabilidad de la parte discriminadora sin que pueda alegar las causas de exención de la responsabilidad basadas en el derecho nacional. En sentir del TJCE, las Directivas sobre no discriminación se oponen a las disposiciones del derecho nacional que someten la indemnización de los daños por vulneración del principio de igualdad de trato por razón de sexo en la contratación al elemento de la culpa<sup>56</sup>. Es decir, el mero hecho de negarse a tomar en consideración una oferta o una posible aceptación de una oferta se considera un daño cuya existencia se presume *iuris et de iure*, de manera que la inversión de la carga de la prueba que se establece en el derecho comunitario antidiscriminatorio, se debe referir a otros daños que dicha negativa produzca. Se acoge por parte del TJCE, en casos de daños por discriminación un sistema de *strict liability*.

c) El TJCE ha excluido la posibilidad de establecer a priori un tope máximo para la indemnización, de suerte que la parte perjudicada podrá alegar directamente la Directiva comunitaria para evitar la aplicación de una disposición nacional que estableciera un tope máximo en caso de una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de una discriminación por razón de sexo<sup>57</sup>. No obstante, el Derecho comunitario no se opone al establecimiento de un tope máximo a la indemnización por las disposiciones nacionales, cuando la parte discriminadora pueda probar que tampoco habría celebrado el contrato con la parte discriminada sin que ésta sufriera discriminación, al existir una oferta objetivamente mejor o una parte contractual objetivamente mejor cualificada<sup>58</sup>.

d) En ningún caso, el TJCE ha indicado una sanción determinada al juez nacional, antes bien ha establecido que debe ser el juez nacional el que, a partir del elenco de remedios y sanciones que le ofrece su propio ordenamiento jurídico, debe decidir la medida a aplicar<sup>59</sup>.

e) El TJCE ha afirmado que la sanción a establecer en caso de negativa a contratar no necesariamente debe ser la obligación de contratar<sup>60</sup>.

f) Finalmente, debe tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia del mismo órgano jurisdiccional en la que se advierte de la necesidad de realizar

---

<sup>56</sup> STJCE de 8 de noviembre de 1990 (Elisabeth Johanna Pacifica Dekker vs. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen), STJCE de 22 de abril de 1997 (Nils Draehmpael vs. Urania Immobilienservice OHG). El mismo planteamiento ha realizado la doctrina española en relación con la LOI, *vid.*, por todos, GARCÍA RUBIO, M. P., «Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Derecho privado y Constitución* núm. 21 enero-diciembre 2007, pp. 161.

<sup>57</sup> STJCE de 2 de agosto de 1993 (M. Hellen Marshall vs. Southampton and South Hampshire Area Health Authority).

<sup>58</sup> STJCE de 22 de abril de 1997 (Nils Draehmpael vs. Urania Immobilienservice OHG).

<sup>59</sup> STJCE de 10 de abril de 1984 (Sabine von Colson y Elisabeth Kamann vs. Land Nordrhein-Westfalen) y STJCE de 10 de abril de 1984 (Dorit Harz vs. Deutche Tradex GmbH).

<sup>60</sup> STJCE de 10 de abril de 1984 (Sabine von Colson y Elisabeth Kamann vs. Land Nordrhein-Westfalen) y STJCE de 10 de abril de 1984 (Dorit Harz vs. Deutche Tradex GmbH). Por otro lado, como destaca Martin SCHMIDT-KESSEL el cumplimiento forzoso en forma específica ante una discriminación es escasamente aceptado en nuestro entorno europeo [«Fremde Erfahrungen mit zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten», en Stefan LEIBLE/Monika SCHLACHTER (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006, Sellier European Law Publishers, pp. 64-65].

una «interpretación del derecho nacional con las Directivas comunitarias»<sup>61</sup>.

### VIII. LOS ACQUIS PRINCIPLES Y EL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE

Conocido es que el *Research Group on the Existing EC Private Law* (Acquis Group) ha venido trabajando en materia de Derecho privado europeo sobre la base del *acquis communautaire* existente extrayendo principios, los denominados *Acquis Principles*. Uno de estos principios es el que se contiene en el capítulo 3 (arts. 3:101 a 3:203): el principio de no discriminación en el derecho contractual<sup>62</sup>. A su vez, estos principios y, concretamente, el principio de no discriminación, reaparecen, en parte, con redacción diferente, en el conocido *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR)<sup>63</sup> elaborado conjuntamente con el *Study Group on a European Civil Code*: en el capítulo 2 del libro 2 (arts. 2:101 a 2:105).

Se establece la regla general consistente en el derecho a no ser discriminado (art. 3:101 *Acquis Principles*, art. 2:101 DCFR). A su vez se delimita el concepto de discriminación (art. 3:102 *Acquis Principles*, art. 2:102 DCFR) a partir del concepto dado en las Directivas 2000/43/CEE y 2004/113/CE. Dentro de dicho concepto se comprende tanto la discriminación directa como la indirecta, el acoso y el acoso sexual. También se incluye como discriminación la orden de discriminar. De la misma manera que las Directivas referidas, los *Acquis Principles*, contemplan la posibilidad de justificación de la discriminación, siempre que la misma sea necesaria para alcanzar un fin y los medios para alcanzar dicho fin sean adecuados y necesarios (art. 3:103 *Acquis Principles*, art. 2:103 DCFR).

Los principios recogen expresamente la posibilidad de acumular diferentes remedios por parte de la parte discriminada reconociendo, de modo explícito, el derecho que ésta tiene a una compensación. Ésta comprende la indemnización de los daños materiales y morales, la cual debe ser «proporcionada» al daño ocasionado (art. 3:201 *Acquis Principles*, art. 2:104 DCFR).

Finalmente, los principios reconocen la inversión de la carga de la prueba prevista en la ya citada Directiva 97/80, de 15 de diciembre de 1997, *sobre inversión en la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo* (art. 3:202 *Acquis Principles*, art. 2:105 DCFR).

<sup>61</sup> Las primeras sentencias en las que estableció la doctrina de la interpretación conforme son las ya referidas, STJCE de 10 de abril de 1984 (*Sabine von Colson y Elisabeth Kamann vs. Land Nordrhein-Westfalen*) y STJCE de 10 de abril de 1984 (*Dorit Harz vs. Deutche Tradex GmbH*). En relación con esta cuestión, *vid.* la ordenada exposición de María Pilar BELLO MARTÍN-CRESPO, *Las Directivas como criterio de interpretación del derecho nacional*, Madrid, 1999, pp. 64 ss.

<sup>62</sup> *Vid. Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2007, pp. 105 ss.

<sup>63</sup> *Vid. Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Interim Outline Edition, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2008, pp. 108 ss.