

# LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR POR RAZÓN DE GÉNERO EN EL CAPITULO II DEL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA. SU ALCANCE EN EL ÁMBITO PRIVADO BAJO LA PROTECCIÓN DE UN DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO OPCIONAL

Burgos García, Olga  
Doctoranda Universidad Pablo de Olavide  
Abogada Máster en Género e Igualdad  
[ocburgosgarcial@gmail.com](mailto:ocburgosgarcial@gmail.com)

## RESUMEN

La armonización o aproximación legislativa en las distintas ramas jurídicas de la unión europea, incluyendo el derecho privado, deviene cada vez más necesaria para garantizar un efectivo cumplimiento de las libertades básicas del mercado común europeo al amparo de los derechos fundamentales ya consolidados en los Estados Miembros. Las vías para la unificación del derecho privado europeo tienen en cuenta la aplicación en derecho antidiscriminatorio en el derecho privado como límite de la libertad del tráfico privado, dado su carácter consolidado y vertebrador en todas las políticas comunitarias. Fruto del trabajo, elaborado por grupos de expertos juristas en el proceso de unificación del derecho privado europeo, surge el Proyecto de Marco Común de Referencia apoyado por las instituciones de la UE que, como reglas destinadas a ser aplicadas como normas generales del derecho contractual, en el libro I capítulo II codifica la discriminación por razón de sexo en los contratos. El MCR apuesta, decididamente por la inserción con carácter general de reglas configuradoras del principio de no-discriminación en el seno del derecho privado. Dicha regulación supone una especial protección de la Igualdad de género en derecho privado en comparación con los códigos civiles de todos los Estados miembros. La codificación de la discriminación por razón de sexo en los contratos en el capítulo II no es una mera declaración de buenas intenciones. Estas reglas jurídicas en el futuro podrían aplicarse como derecho contractual europeo opcional entre los países miembros.

## PALABRAS CLAVE

Marco Común de Referencia, discriminación directa, discriminación indirecta, derecho contractual europeo opcional, remedios, discriminación por razón de género, acceso a bienes y servicios disponibles para el público en general, derecho comunitario, Unión Europea.

## CAPITULO I. INTRODUCCIÓN AL CONTEXTO DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN. NACIMIENTO DEL MARCO COMÚN DE REFERENCIA. UN PASO DEFINITIVO HACIA LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO PRIVADO.

### 1. 1. CONTEXTO Y ANTEDECENTES DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

La necesidad, cada vez más acuciante de una armonización legislativa en todas las ramas jurídicas de la unión europea, y por tanto en la aplicación en derecho antidiscriminatorio en el derecho privado, deviene imprescindible para garantizar, por un lado, las libertades básicas y, por tanto, el mercado común europeo, a la vez que compartir unas limitaciones conjuntas a la libertad del tráfico privado,<sup>1</sup> al amparo de los derechos fundamentales europeos vertebradores, de un desarrollo legislativo europeo consolidado.

Debemos acudir con una visión crítica a comprobar que la falta de igualdad material entre mujeres y hombres en el ámbito privado es una realidad que se evidencia en la falta de neutralidad de los actos privados, a pesar de la existencia del principio de la igualdad formal ante la ley. Ello nos lleva, necesariamente a asomarnos al desarrollo de la legislación antidiscriminatoria en Europa en un somero análisis de la prohibición reglada de cuantas conductas y actos se realicen vulnerando los derechos fundamentales, tanto en el sistema comunitario como del derivado de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la Unión, como el sistema del Consejo de Europa, además del producido por los órganos legislativos propios. Cada vez son más voces de expertos juristas los que se suman al reconocimiento de la necesidad de una armonización o aproximación legislativa de los ordenamientos europeos que regulan, amparan y tutelan el derecho a la igualdad y la prohibición de las conductas y actos discriminatorios como respuesta eficaz y necesaria para evitar la creciente realidad del desigual trato que, en numerosos contextos y circunstancias como en el caso que nos ocupa, es decir en el ámbito de la contratación- en el acceso a bienes y servicios- tienen aún las mujeres respecto de los hombres.

Para situar el Proyecto de Marco Común de referencia en su contexto dentro del derecho europeo antidiscriminatorio debemos hacer mención, en primer lugar que, la constitucionalización del principio de igualdad de trato en Europa, tras la incorporación al Tratado de Ámsterdam, y su aplicación posterior en normas de desarrollo contra la discriminación de género y la promoción de la igualdad, ha creado un marco normativo eficaz para potenciar el desarrollo de legislaciones antidiscriminatorias en derecho europeo. Este derecho consolidado supone un serio límite al principio de autonomía en el ámbito privado y, por tanto, delimita el campo de aplicación del la libertad de mercado y la libre circulación de servicios y mercancías- en el derecho de acceso a bienes y servicios por la ciudadanía de la UE- condicionando, como marco social obligatorio de respeto a los derechos fundamentales, el desarrollo de las teorías liberales que predominan en el pensamiento político actual.

La tutela y el reconocimiento de los derechos fundamentales en Europa, en concreto el derecho

---

1 Leible, Stefan .”Vías para la unificación del derecho privado europeo”. Conferencia de Jornadas de Derecho Privado Europeo UPO. 2006.

a la igualdad forma parte de un proceso complejo de constitucionalización de la Unión Europea.  
2 A dichos ordenamientos jurídicos comunitarios, conocido como acervo, habrá que añadir su interrelación con los ordenamientos jurídicos internos o nacionales de los distintos Estados Miembros de la UE.

El carácter otorgado a la igualdad de género como principio vertebrador del ordenamiento jurídico comunitario, tras el Tratado de Ámsterdam, le dota de un carácter integral que, cada vez, en mayor medida, permite su desarrollo transversal en todas las áreas de los ordenamientos jurídicos y políticas de los Estados miembros. Pero aún el derecho antidiscriminatorio en la Unión Europea y, a mayor abundamiento, en el seno de sus estados miembros tiene por delante un amplio campo de desarrollo y delimitación conceptual dada la interrelación, interconexión y a veces colisión con otros derechos fundamentales de mayor desarrollo o tradición en el campo del derecho privado. Al abordar este proceso de elaboración e interpretación del derecho a la igualdad en el ámbito privado en la UE debemos realizar un análisis conjunto de interpretación de normas de diverso ámbito ya que, como expone Teresa Freixes Sanjuan (2005): ("es necesario tener presente que, teniendo en cuenta la complejidad del ordenamiento jurídico al cual pertenecemos desde que nos integramos en Europa nos encontramos ya dentro de un sistema, integral aunque todavía inacabado, de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, que comprende tanto el sistema comunitario y el derivado de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la Unión, como el sistema del Consejo de Europa, además del producido por los órganos legislativos propios.").

Debemos, por tanto, ser conscientes de esa interrelación del derecho antidiscriminatorio europeo porque abarca en profundidad las tres ramas o fuentes jurídicas (CEDH, CE y derecho interno) que se han ido armonizando en su desarrollo legislativo y aplicación a los Estados miembros y que, compartimos con Freixes, forma parte del patrimonio europeo común. 3

En un breve repaso del derecho a la igualdad en el seno de la UE podemos afirmar que, su

---

2 Freixes Sanjuan.Teresa "Derechos fundamentales en la Unión Europea Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales. ReDCE, no 4, Julio-Diciembre de 2005, 43-86 Es necesario señalar la especial significación que cobra el art. 6 TUE en relación con la posición que ocupan los derechos fundamentales en Europa. Sobre todo porque, mediante los reenvíos que este artículo realiza al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a las tradiciones constitucionales comunes (de los Estados miembros que, a su vez, son miembros del Consejo de Europa) se establece una conexión de una importancia singular entre los tres sistemas jurídicos antes mencionados: El de la Unión, el del Consejo de Europa y el de cada uno de los Estados miembros. Se ha creado, de esta manera, un complejo sistema de derechos fundamentales compuesto por la conexión entre tres niveles de ordenamientos jurídicos: el de la Unión europea, el del Consejo de Europa y el de cada uno de los Estados miembros de las dos organizaciones. Este sistema, formado por un número limitado de derechos fundamentales atribuye a los derechos en él comprendidos una protección especial bajo la técnica de los principios generales del derecho comunitario."

3 Freixes Sanjuan.Teresa "Derechos fundamentales en la Unión Europea Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales. ReDCE, no 4, Julio-Diciembre de 2005, 43-86 : "está hoy en día más armonizado de lo que en general se piensa, y representa los grandes valores sobre los que se fundamenta el patrimonio europeo común". La STC 236/2007 de 7 de noviembre, "esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado" (FJ 3)." (FJ 2)

construcción en el art.119 del tratado de Roma inicialmente responde a una concepción liberal. Su regulación en el art.14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos le dota de ese sentido transversal, como derecho fundamental en relación con otros derechos fundamentales y cuya exigencia en nuestro derecho interno deviene en aplicación del art.10.2 de la CE<sup>4</sup>

Podemos hablar de un avance significativo, como Infante Ruiz(2008)<sup>5</sup> y otros autores afirman, ya que ha habido un antes y un después en el desarrollo del derecho a la igualdad en Europa a la luz del Tratado de Amsterdam. La redacción aprobada en este Tratado, que se esperaba fuera la base de la Constitución europea, introduce diversas menciones a la igualdad de hombres y mujeres. En primer lugar, en el artículo 2, se incluye entre los objetivos de la Comunidad «*promover la igualdad entre el hombre y la mujer*». En segundo lugar, en el artículo 3 se añade un segundo párrafo del siguiente tenor: «*En todas las actividades 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*».

En el artículo 119 del Tratado de Amsterdam se produce una extensión a todos los ámbitos de las relaciones de género, creando los cimientos jurídicos para que los estados miembros puedan adoptar medidas de acción positiva al amparo de dicha regulación comunitaria. El artículo 13 concede al Consejo la posibilidad de adoptar acciones adecuadas para combatir la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual con el requisito de que se acuerde «*por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo*». En el artículo 137, la Comunidad se compromete, en relación con los objetivos sociales previstos en el artículo 136, a apoyar y completar las actuaciones de los Estados miembros en relación con determinados aspectos entre los que se cuenta «*la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo*». Y el artículo 141 se ha modificado permitiendo al Consejo, con arreglo al procedimiento de codecisión, la adopción de medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación (apartado 3) y, en su apartado 4, dispone que a fin de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en materia laboral.

Podemos, pues al enumerar las Directivas más relevantes aplicables al derecho privado dentro del llamado derecho comunitario secundario hacer mención, siguiendo la clasificación de Leible (2008) <sup>6</sup> de un diseño en torno a cuatro directivas que se ocupan de las discriminaciones en las

---

4 Freixes Sanjuan.Teresa "Derechos fundamentales en la Unión Europea Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales. ReDCE, no 4, Julio-Diciembre de 2005, 43-86 Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. TC Declaración 1/2004. Primacía del Derecho comunitario y alcance de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea - Declara que no existe contradicción entre la CE y los arts. I-6, II-111 y II-112 del Tratado de Roma de 2004 por el que se establece una Constitución para Europa, y que el art. 93 CE es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado a dicho Tratado. TC2 enero 2008"... los Tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal STC 49/1988 de 22 de marzo, FJ 14; STC 28/1999 14 de febrero, FJ 5; STC 254/1993 de 20 de julio, FJ 5)" STC 235/2000e 5 de octubre, FJ 11), lo que no puede ser óbice para subrayar la importancia que reviste la remisión constitucional (art. 10.2 CE) a determinados instrumentos de Derecho internacional como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. SegúnLas primeras directivas que regulaban este derecho (la Directiva 75/117 que desarrolló el concepto de igualdad de retribución y la directiva 76/207/CEE del Consejo de Europa) se van sumando a las regulaciones posteriores y son piedras angulares de un derecho en constante evolución conceptual.

5 Infante Ruiz, Francisco J. "La protección contra la discriminación mediante el derecho privado". InDret 2/2008

6 Leible, S.: No discriminación, en: Marco Schulze, de referencia común, Sellier (2008)

relaciones de Derecho privado y que prohíben determinados tipos de discriminación en el tráfico jurídico privado: Directiva CE 2000/43 de 29 de junio de 2000, DO 2000 L 180/22 (raza y origen), la Directiva CE 2000/78 de 27 de noviembre de 2000, DO 2000 L 303/16 (marco general de empleo y ocupación), CE, la Directiva 2002/73 (igualdad de género en el empleo y la ocupación) y la Directiva CE 2004/113 de 13 de diciembre de 2004, DO 2005 L 373/37 (igualdad de género en el acceso a bienes y servicios). Estas Directivas se refieren a la discriminación por motivos de origen racial o étnico, género, edad, religión, ideología, orientación sexual y discapacidad. Sin embargo, sólo la discriminación por motivos de origen racial y étnico y por razón de sexo están prohibidas en el derecho privado en general, la discriminación por otros motivos está prohibida solamente en el contexto laboral. Por otra parte, las disposiciones sobre no discriminación en el derecho privado en general sólo se aplican a la provisión de "bienes y servicios, que están disponibles al público."

Es cierto que aun así existe una ampliación de ámbitos de protección en comparación con la Directiva CE 2000/43 de la desigualdad de trato, que se limitaba a la discriminación por motivos de raza y origen étnico. Sin embargo, el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea declara que toda discriminación por razón alguna por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opinión política o de otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual estará prohibido. No hay ninguna razón por la cual la misma protección, con los mismos recursos, se contemple en los casos de este tipo de discriminación en las relaciones contractuales.

Las Directivas 2000/43 y 2004/113 solamente prohíben la discriminación por motivo de sexo y origen racial o étnico, la Directiva 2000/78 prohíbe además las discriminaciones por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Junto a esta normativa, no podemos olvidar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también se ha pronunciado sobre la igualdad de trato (especialmente en sus Sentencias Kalanke, en 1995, y Marschall, en 1997).

En nuestro país se produce un desarrollo normativo como respuesta a la discriminación en el seno de la Unión Europea que culmina con la Directiva 2004/113/UE, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios que se traspone en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres en España y se convierte en ley transversal desde el punto de vista jurídico y político que motiva entre otras la STC 29 de enero de 2008.

Asimismo hacer un breve mención al resto del ordenamiento jurídico internacional complementario ya que según la constitucionalista, María Luisa Balaguer 7 (91) no se puede entender en su integridad todas las normas de aplicación jurídica de la mujer si no se aborda, aunque sea de manera sucinta, la importancia que en el orden internacional tiene la igualdad de género en sus fuentes supraestatales.

## 1.2. NACIMIENTO DEL MARCO COMÚN DE REFERENCIA. UN PASO DEFINITIVO HACIA LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO PRIVADO. LA UNIFICACIÓN Y ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO EN MATERIA DE CONTRATOS.

---

7 Balaguer Callejón, María Luisa "La aplicación judicial del principio de igualdad" XI Jornadas de Estudio sobre el Principio de igualdad en la Constitución Española Madrid: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 293-312.

Las propias necesidades del desarrollo del mercado interior comunitario, al existir cada vez un mayor número de relaciones económicas y comerciales interestatales interdependientes en el ámbito privado<sup>8</sup> evidencian la insuficiencia de las normas estatales actuales para resolver con agilidad y eficacia todas las cuestiones jurídicas que se plantean en el ámbito privado, con la diligencia necesaria y con el coste económico adecuado.<sup>9</sup> La armonización del derecho privado europeo va avanzando con la creación de numerosos intentos o proyectos de investigación común de constituir un derecho aplicable que pueda dar una respuesta a las nuevas necesidades que se presentan y resolver, al menos, las cuestiones jurídicas más importantes que se plantean en la práctica del mercado común, sin necesidad de acudir para ello a tal o cual sistema de derecho nacional.

Se han barajados en este camino de la homogeneización del derecho privado, variadas propuestas de armonización realizándose diversos trabajos de grupos de investigación de expertos jurídicos en el seno de la unión europea, en una ardua tarea de poner en común lo mejor de cada legislación nacional y sintetizar conceptos jurídicos, medios y procedimientos de interpretación jurídica.

Dicho camino de armonización legislativa, aún inconcluso, obtuvo el apoyo de las Instituciones de la UE mediante una subvención del VI Programa Marco de Investigación, que la Comisión financió y siguió estrechamente la labor de una red académica internacional que llevó a cabo la investigación jurídica preparatoria para la adopción del MCR. Es el Conocido como MARCO COMÚN DE REFERENCIA con las siglas MCR o DCFR (Drafe Common Frame of Reference). El Proyecto de MCR se basa en varios proyectos previos emprendidos a nivel europeo e internacional, en el que una red de eminentes representantes del mundo académico europeo ha elaborado unos Principios de Derecho Contractual Europeo con el objetivo de dotar al mercado interior de un Derecho contractual uniforme. La investigación concluyó a finales de 2008 y llevó a la publicación del Proyecto de Marco Común de Referencia.

El llamado MCR cubre principios, definiciones y reglas modelo de Derecho Civil, incluido el Derecho contractual y de responsabilidad civil incluyendo en su seno tanto disposiciones para los contratos mercantiles como para los de consumo. Sobre la aplicación de este proyecto de derecho contractual autónomo en la actualidad se contempla la posibilidad de que la misma tenga carácter opcional, es decir que, de aprobarse finalmente, no sustituiría a los derechos contractuales nacionales y podría ser aplicado de forma paralela en la UE.

---

<sup>8</sup> Valpuesta Fernández, Rosario. "La Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres", Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, 1/2007, pgs. 265-287. El principio de igualdad de trato no puede tener zonas de exclusión, ni siquiera cuando se trate de particulares. Se confirma la eficacia de este derecho fundamental en las relaciones patrimoniales entre particulares.

<sup>9</sup> .Comisión Europea. "Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas" 1.7.2010, COM (2010) final. El mercado interior se basa en un sinfín de contratos que se rigen por distintas legislaciones contractuales nacionales. Pero las diferencias entre legislaciones contractuales nacionales pueden acarrear costes de transacción adicionales e inseguridad jurídica para las empresas y provocar en los consumidores una falta de confianza en el mercado interior. Las diferencias en la normativa de Derecho contractual pueden exigir a las empresas que adapten sus condiciones contractuales. Además, las legislaciones nacionales rara vez están disponibles en otras lenguas europeas, lo que significa que los actores del mercado precisan asesorarse de un abogado que conozca la legislación del sistema jurídico por el que piensan optar.

En parte por estas razones, consumidores y empresas, especialmente las pequeñas y medianas empresas (PYME), que disponen de recursos limitados, pueden resistirse a embarcarse en transacciones transfronterizas. A su vez, esta renuencia puede obstaculizar la competencia transfronteriza en menoscabo del bienestar social. Los consumidores y las empresas de los Estados miembros pequeños pueden verse especialmente en desventaja.

Tal propuesta, por parte de la Comisión <sup>10</sup> de un derecho opcional de contrato es la que en la actualidad tiene un mayor peso de prosperar frente a varias posibilidades sobre su futuro. En una reciente publicación de la Comisión, el llamado "Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas" se valora la necesidad de insistir en su desarrollo y perfeccionamiento. <sup>11</sup>

La actual vicepresidenta y comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía de la Unión europea, Vivian Reding manifiesta las ventajas de esta fórmula opcional y resalta las ventajas que las mismas tendrían si las empresas sólo tuvieran que adecuar su actividad a un sistema legal único, integrado por el derecho contractual europeo opcional.

La codificación europea del Derecho contractual sigue siendo un proyecto académico muy ambicioso que poco a poco va dando sus frutos a partir de la puesta en marcha de los principios contractuales europeos y con la publicación del Proyecto de Marco Común de Referencia. La inserción de un capítulo completo dedicado a la no discriminación en las relaciones contractuales dentro del proyecto de MCR traslada a una nueva era el derecho privado europeo.

## **CAPITULO II EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y LA TUTELA DE LA IGUALDAD EN EL MCR.**

Son numerosos los juristas expertos en derecho europeo que valoran positivamente dicha codificación específica de la prohibición de discriminación en el proyecto del MCR como una apuesta decididamente por la inserción con carácter general de reglas configuradoras del principio de no-discriminación en el seno del derecho privado, de cara a que su aplicación futura en el mercado europeo podría ser muy extensa y relevante.<sup>12</sup> Así como el reconocimiento de que

---

<sup>10</sup> Comisión Europea. "Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas" 1.7.2010, COM (2010) final.

<sup>11</sup> Comisión Europea. "Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas" 1.7.2010, COM (2010) final "Para realizar su mandato, la Comisión ha creado un Grupo de expertos que estudia la viabilidad de un instrumento de Derecho contractual europeo de fácil utilización que pueda beneficiar a consumidores y empresas ofreciéndoles, a la vez, seguridad jurídica. El Grupo asesorará a la Comisión para seleccionar las partes del Proyecto de MCR directa o indirectamente relacionadas con el Derecho contractual y para reestructurar, revisar y completar las disposiciones elegidas. Tendrá también en cuenta otras fuentes pertinentes en la materia así como las contribuciones que se hagan a la presente consulta. El Grupo reúne el acervo técnico de las distintas tradiciones jurídicas de la Unión y los puntos de vista de las partes interesadas. Los miembros se eligieron entre expertos de prestigio en materia de Derecho civil, especialmente Derecho contractual, y actúan con independencia y en interés público.

<sup>12</sup> Hesselink, M, "Common Frame of reference & social justice. *European Review Contract Law* , num. 3, 2008, pags. 248-269. Una innovación importante en el proyecto de MCR en comparación con los códigos civiles de todos los Estados miembros (y los PECL) es que contiene un capítulo sobre la discriminación en contratos. La codificación de este tema en el proyecto de MCR subraya que la discriminación es una preocupación para el derecho privado tanto como de derecho público. Por otra parte, el capítulo no es una mera declaración de buenas intenciones. Se establece que las cantidades de discriminación a un incumplimiento de contrato que da lugar a todos los recursos por incumplimiento de contrato incluyendo los daños para el desarrollo económico y daño no patrimonial. Una vez dicho esto, no está claro por qué el derecho a no ser discriminado se limita a los motivos de sexo, origen étnico y racial. No se debe discriminar entre los diferentes motivos de discriminación. Es cierto que esto sigue siendo una extensión en comparación con la Directiva relativa a la desigualdad de trato, de 74 años que se limitaba a la discriminación por motivos de raza y origen étnico. Sin embargo, el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea declara que "Se prohíbe toda discriminación por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opinión política o de otra , pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual estará prohibido. No hay ninguna razón por la cual la misma protección, con los mismos recursos, tampoco se debe dar en los casos de estos tipos de discriminación en los acuerdos contractuales de relaciones particulares.

la regulación expresa de la prohibición de conductas discriminatorias y su inclusión en un código de principios aplicables al ámbito ampara la constitucionalización de los derechos fundamentales en la UE.<sup>13</sup>

Según Infante y Oliva (2009)<sup>14</sup>, el principio de no discriminación en el MCR se trata de un principio vertebrador que debe ser respetado en las obligaciones y contratos que se celebren a su amparo y por ello dota de una protección mayor al derecho a la igualdad en las relaciones contractuales.<sup>15</sup>

Su regulación expresa se sitúa en el Capítulo 2 (“Non-Discrimination”) del Libro II (“Contracts and other Juridical Acts”) dedicado a la formulación de los principios y reglas generales de los contratos y otros actos jurídicos, así como en el Capítulo 1 (“General”) –junto con otros principios- del Libro III (“Obligations and Corresponding Rights”) que contiene el derecho de obligaciones.

La regulación que, con carácter general se recoge en el MCR, mantiene una estructura normativa singular dado que los Principios y Reglas mantienen diferencias sustantivas entre sí ya que, si bien la regla (rule) en su aplicación normativa se resuelve en términos de si es, o no es, aplicable; los principios (principles) no tienen esa automaticidad en su reconocimiento inmediato y deben ser objetos de valoración y aplicación en relación al caso concreto. Como ya hemos hecho referencia se trata de principios que tienen un carácter muy general y que, como normas modelos para Europa, nacen con el fin de tratar de crear una terminología acotada de las ciencias experimentales. La intención de los creadores del MCR es que, a través de su regulación se pueda restringir la discrecionalidad en el uso e interpretación de las normas empleadas y que, con ello, se objetivice y se haga más fácil su aplicación al caso concreto.

Nuestro comentario a la regulación de los principios y reglas generales aplicables a la contratación europea, en lo referente al principio de la No discriminación en su capítulo II, tiene como fuente principal la publicación extensa y comentada de dicho proyecto del MCR <sup>16</sup> en la cual, además de la regulación concreta, se extiende la valoración e interpretación normativa en comentarios pormenorizados de los autores, a los que añaden las normativas relacionadas y complementarias que dotan de mayor sentido a las mismas ya que como fuentes aplicables fundamentan el contenido de la regulación específica. Asimismo se añaden ejemplos aplicables al caso.

En primer lugar Capítulo II. Título. No discriminación. Comprende reglas específicas en el ámbito de la contratación privada. La libertad formal nos conducía a cumplir la libertad en la contratación

---

<sup>13</sup> Mak, Ch. “The Constitutional momentum of European Contract Law. On the interpretation of the DCFR in light of Fundamental rights” *European Review of Private Law*, num.4, 2009, pags 513-529.

<sup>14</sup> Infante Ruiz, Francisco J.; Oliva Blázquez, Francisco. Indret 2009. “Los contratos ilegales en el derecho privado europeo ” “Esta vía la última tendencia es la inducción mediante el derecho comunitario existente de la prohibición de discriminación como principio general del derecho de la Unión. La inclusión en el DCFR del “principio de no-discriminación”, tanto en la primera como en la segunda versión, tiene su origen en la labor desarrollada por un grupo científico vinculado al “Acquis Group”, denominado “Working Group on Non-Discrimination”. La investigación de este grupo en relación con el derecho comunitario antidiscriminación llegó a la conclusión de que no hay duda de que existe un principio general de derecho comunitario relativo a la “no-discriminación”.

<sup>15</sup> Infante Ruiz, Francisco J. “La protección contra la discriminación en derecho privado” Indret. Revista para el análisis del derecho. 2008. “Ilumina todo el derecho de los contratos y de las obligaciones y que dota de una eficacia hasta ahora desconocida a la lucha contra la discriminación en el derecho privado.”

<sup>16</sup> (Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, 2nd revised edition Edited by Reiner Schulze November 2009 XII, 313 pages)

en nuestro derecho tradicional. Vamos a detenernos en la distintos aspectos de su regulación:

a) LA DEFINICIÓN DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO/A.

Está comprendido dentro del Capítulo II.- 2:101 Define el derecho a no ser discriminado/a de la siguiente manera:

II. – 2:101: Right not to be discriminated against

A person has a right not to be discriminated against on the grounds of sex or ethnic or racial origin in relation to a contract or other juridical act the object of which is to provide access to, or supply, goods, other assets or services which are available to the public.

*<sup>17</sup>Toda persona tiene el derecho a no ser discriminada por razón de sexo o por origen étnico o racial en relación con un contrato o cualquier acto jurídico que trate de facilitar el acceso al suministro de bienes y servicios que estén disponibles para el público.*

Para entender el anterior precepto en el MCR se expresan unos comentarios que delimitan la interpretación conceptual y el alcance de la aplicación del mismo. Atendiendo a una libre traducción del mismo, se trata de explicar en este texto parte de dichos comentarios que este artículo y los siguientes expresan una prohibición general de discriminación dentro de un ámbito concreto, es decir, de las discriminaciones dentro del ámbito del sexo, etnia u origen racial.

Se alude a que esta regulación es el fruto de todo el derecho comunitario anterior. Dado que estas normas se redactan con el fin de ser utilizadas en todo el ámbito del Derecho contractual, (excluyendo el derecho laboral) y en derecho patrimonial, las normas de no discriminación establecidas en este capítulo contienen sólo una parte de la legislación general, que, tal y como se alude a que la misma es más amplia y extensa sobre la no discriminación.

Las dos principales limitaciones de estas disposiciones legislativas se refieren a que, en realidad, se enumera una lista corta de criterios de discriminaciones prohibidas (es decir solo las que se refieren a discriminación por razón de sexo o de origen racial o étnico), las cuales reflejan el estatuto corriente del derecho comunitario en el ámbito de la ley general de contratos y, en segundo lugar, a que se limitan a un ámbito concreto, es decir, su campo de aplicación es limitado a ciertos contratos de bienes, mercancías y servicios disponibles para el público en general.

A su vez, en dichos comentarios se indica que, todo ello no implica que su regulación tenga un alcance limitado, es decir, que se trate tan sólo de una declaración de intenciones o una declaración política, en el sentido de que la ley de no discriminación deba ser abordada de acuerdo el ejemplo de algunas leyes nacionales. Sino que la intención del legislador es crear y redactar unas normas para hacer más fácil y cercano el derecho a la igualdad de trato añadiendo criterios de discriminación y situaciones. Esa parece ser la voluntad del legislador.

En cuanto a su contexto o ámbito de aplicación se hace referencia a que no se trata de una norma complementaria. Es, para que una mejor comprensión, sólo una parte de la norma y necesita ser leída de manera complementaria con otras disposiciones :

a) las previstas en el capítulo II.-2:102 (El concepto de discriminación) que contiene una definición de discriminación precisa.

b) las del capítulo II.- 2:103 (excepciones) que prevé una posible justificación del tratamiento desigual cuando la misma se realiza como resultado de un objetivo legítimo.

c) las del capítulo II.- 2:104 (Remedios) que deja claro que una infracción del derecho a no ser discriminado , interpretado en virtud de este artículo, provoca el resultado, sin perjuicio de otros disponibles, o remedios (dicho término se emplea como equivalente a reparación o resarcimiento del derecho español) de no hacer nacer los efectos una obligación (lo que se entiende por nulidad de pleno derecho) bajo el libro III capítulo 3.

---

<sup>17</sup> Traducción de la autora

En el encabezamiento indicado en dicho artículo, el derecho establecido forma no sólo parte del derecho contractual sino también asume funciones tradicionalmente asociadas a la ley de la responsabilidad por daño extracontractual. Esta disposición general en derecho no discriminatorio está, sin embargo, localizadas en el Libro II (Contratos y otros actos jurídicos) porque en la fase de la preparatoria del contrato o de derecho precontractual tiene uno sus principales campos de aplicación. El III.- 1:105 (No discriminación) clarifica que estas normas se aplican no sólo en relación con contratos y otros actos jurídicos sino también a las obligaciones generales, incluidas contractuales, post contractuales y obligaciones extracontractuales, con sus modificaciones oportunas.

La restricción del criterio de discriminación por razón de sexo o de origen étnico o racial está sustentado en las dos Directivas aplicables al ámbito del derecho general de contratos (y no sólo aplicable a los contratos laborales) Directiva 2000/43/EC y la Directiva 2004/113/EC. Otros ámbitos de discriminación que son también aplicables en derecho general de la contratación pueden ser la religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual (CF Tratado UE art.13); color, lengua, religión, opiniones políticas o creencias, nacionalidad u origen social, asociado a una minoría nacional, propiedad nacimiento u otro estatus (CF Convención Europea para la protección de los Derechos humanos y las libertades fundamentales, art.14) o características genéticas, lengua, religión o creencia, ideología o política, miembro de minorías nacionales, propiedad, nacimiento, discapacidad edad u orientación sexual (cf. Carta de los Derechos fundamentales de la UE art.21).

Todas estas disposiciones no son directamente aplicables en el derecho general de contrato. Por lo tanto los remedios particulares (consecuencias jurídicas de reparación del daño) citados en el capítulo "del Libro II no son aplicables a los casos de discriminación ocurridos sobre la base de estos criterios en estos áreas o ámbitos. Ello no implica, por supuesto, que esa discriminación esté permitida.

La discriminación por razón de sexo o por el origen étnico y raza es tenida en cuenta cuando aplicamos estas normas, en particular las normas en buena fe y trato justo. El artículo I.-1:102 (interpretación y desarrollo del contrato) párrafo (2) acuerda cuáles de esas normas deben ser leídas bajo la luz de cada instrumento garantizando siempre los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Otro campo de discriminación que puede superponerse con "raza o origen étnico" con frecuencia es la de la nacionalidad (Tratado Comunidad Europea art.12). Pero la realidad es que numerosas directivas de no discriminación excluyen la nacionalidad del alcance de su aplicación (ver por debajo la nota 3). Por lo tanto, parecía más apropiado al regular el ámbito concreto mantener este principio y no incluir la discriminación en el campo de la nacionalidad en el sistema de remedios establecido en esas normas. En el (casi inimaginable) caso de la discriminación en el campo de la nacionalidad, que puede ser al mismo tiempo de la no discriminación en el área de raza, origen étnico, las reglas generales, en particular el I.-1:102 (interpretación y desarrollo) párrafo (2) son aplicables. Tampoco esos modelos de normas prevén un sistema de remedios para la discriminación por edad.

Se expone en dicha publicación del proyecto unos ejemplos o modelos ilustrativos para mejorar la comprensión del precepto, como el siguiente:

Ejemplo 1. Un grupo de ciudadanos de uno de los estados miembros alquila una habitación en otro diferente estado miembro. El hotel rehúsa cumplir sus obligaciones establecidas en el

contrato argumentando que los ciudadanos de este estado no son bienvenidos en el hotel. Este tipo de discriminación está cubierto en el artículo 12 del Tratado de la Comunidad Europea. Desde la perspectiva de este proyecto también estaría dentro de la discriminación basada en el origen étnico. La noción de origen étnico es lo suficientemente amplio para cubrir al ciudadano común.

Debería tenerse en cuenta que en Derecho europeo cualquier clase de discriminación -por las razones mencionadas en el artículo 12 y 13 del Tratado de la Comunidad Europea significa o es un comportamiento ilícito. Esto significa que todos los casos ese tipo de comportamiento será automáticamente comprendido como una violación del derecho. La sanción de todas las clases de discriminación en varios contextos diferentes darían lugar a un conflicto con otros derechos, a menudo más fuertemente protegido, que pueden ser valorados como libertades fundamentales, libertad de pensamiento y libertad de contratación. Las normas de no discriminación están redactadas con la idea de permitir una fácil modificación y extensión del alcance de su aplicación a otras áreas de discriminación. La decisión de si tal extensión debería suceder sigue siendo una decisión política. Algunos autores critican el carácter limitados de los ámbitos de aplicación tras dejarse fuera algunos ámbitos de aplicación <sup>18</sup>

Del estudio de la regulación sobre la discriminación por razón de sexo en el MCR se deriva que el concepto de la discriminación basada en el sexo comprende el comportamiento en el que una persona es tratada de manera diferente de otra persona por razón de ser un hombre o una mujer. La terminología que aquí se sugiere es parcialmente derivada del modelo de la Directiva 2004/113/EC art.2, la cual usa el término sexo para describir los criterios de discriminación prohibidos. Se podría haber utilizado el término de género, el cual se refiere a una condición social, cultural o psicológica como opuesta a la de sexo biológico. Si bien es cierto que la terminología usada por los documentos del derecho comunitario no siempre es coherente con lo que se refiere a esta distinción. Sin embargo, como la Directiva 2004/113/EC art.2 y la Directiva 2006/54/EC art. 2 (1) utilizan el término sexo en la definición de "discriminación directa" esos modelos de normas siguen esta terminología.

#### Ámbito de aplicación: el Acceso a los bienes, mercancías y servicios disponible al público

El derecho a no ser discriminado en el MCR se limita su ámbito de aplicación a su extensión contra los contratos u otros actos jurídicos que dan acceso o suministran, los bienes, mercancías y servicios que son disponibles para el público en general. La noción de bienes, otras mercancías y servicios se entiende que corresponden a la noción o significado de expresión similar de productos y servicios que recogen las siguientes directivas: la Directiva 2000/43/EC y la Directiva 2004/113/EC.

Los términos "otras mercancías" se añaden en esta regulación porque en los DCFR el concepto o el mundo de bienes se limitan a los conocidos normalmente como bienes muebles (corporales)

---

<sup>18</sup> Toma-Bianov, Ana María; Craciun Nicusor. "La no discriminación en el Derecho contractual europeo". *Legal practice and internacional laws*. 2011. Sin embargo, esta disposición sólo se aplica a la discriminación por razón de sexo y origen étnico o racial. La discriminación por motivos de religión no está incluido, a pesar de que originalmente se menciona expresamente en la parte introductoria de la edición esquema provisional del proyecto de MCR Sin embargo, esta referencia se eliminó en la edición del esquema final. Esto, por supuesto, no significa que la discriminación por motivos de creencia religiosa está generalmente aceptado en la versión final del proyecto de MCR. Otras disposiciones, tanto en responsabilidad civil y el derecho contractual, aún puede limitar el "derecho" a la discriminación por este motivo. Esto es particularmente cierto, ya que el proyecto de MCR debe interpretarse a la luz de los derechos fundamentales, incluido el derecho a la igualdad en general y sobre el terreno de la creencia religiosa en particular.

de manera que si no se amplía el concepto tendría un sentido más restringido que en las directivas.

Además la expresión Bienes, otras mercancías y servicios deben ser interpretadas a la luz del Tratado CE en su artículo 23(1) y del artículo 50 del mismo tratado con respecto a la libre circulación de bienes y servicios. El contrato o bienes protegidos deben designar las transferencias de ciertas mercancías para la venta al comprador que permitir al cliente recibir o hacer uso de un servicio del proveedor. Las mercancías y los servicios se consideran disponibles para el público si lo están disponibles para el público de manera general, con independencia de la persona a quien el producto es ofrecido. Sería exactamente el caso o ejemplo en el que los bienes y servicios están comercializados por el propietario de una tienda o restaurante, sin tener en cuenta de si está calificado como una oferta en el sentido técnico. Otro ejemplo es el de los negocios de transportes, donde la parte contratante normalmente no tiene la mínima relevancia.

En el MCR se dan, asimismo, ejemplos significativos que ayudan a entender el significado exacto de la norma a través de una escenificación práctica de su aplicación al caso concreto, asimismo se alude a las normas "fuentes" que alimentan su contenido y que deben de ser tenidas en cuenta como criterios de ampliación de significado jurídico por complementaria o sustentadoras de un significado exacto. En concreto en cuanto a los motivos de discriminación se hace referencia en distintas notas que las normas de la no discriminación podrían basarse en varias fuentes del derecho comunitario. Por ejemplo, la regla general de no discriminación del tratado CE en su artículo 12 prohíbe la discriminación sobre la base de la nacionalidad cuando el tratado CE en su art.141 asegura el principio de igualdad de salario para mujeres y hombres trabajadores. El tratado CE en su artículo 13 menciona la discriminación basada en sexo origen étnico o racial, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual, que no es directamente aplicable y se limita a autorizar el Consejo para prevenir y detener ese tipo de discriminación. Sin embargo debe ser tenido en cuenta que de acuerdo con el art.6 (2) del tratado de la Unión europea, la Unión debería respetar derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y libertades fundamentales.

## b) EL CONTENIDO O SIGNIFICADO DE LA DISCRIMINACIÓN

### II. – 2:102: Meaning of discrimination

(1) "Discrimination" means any conduct whereby, or situation where, on grounds such as those mentioned in the preceding Article: (a) one person is treated less favourably than another person is, has

been or would be treated in a comparable situation; or (b) an apparently neutral provision, criterion or practice would place one group of persons at a particular disadvantage when compared

to a different group of persons. (2) Discrimination also includes harassment on grounds such as those

mentioned in the preceding Article. "Harassment" means unwanted conduct (including conduct of a sexual nature) which violates a person's dignity, particularly when such conduct creates an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment, or which aims to do so.

3) Any instruction to discriminate also amounts to discrimination.

<sup>19</sup>II- 2:102: El significado de la discriminación(1) "discriminación" :

Se entenderá cualquier conducta o situación mediante la cual, por los motivos mencionados en el artículo anterior: (a) una persona recibe un trato menos favorable que otra personas, habiendo

---

<sup>19</sup> Traducción de la autora.

sido o siendo tratada en una situación comparable, o (b) una disposición, criterio o práctica de colocar a un grupo de personas en situación de desventaja en comparación a un grupo diferente de personas. (2) La discriminación también incluye el acoso por motivos tales como los mencionado en el artículo anterior. "El acoso" es la conducta (incluida la conducta de naturaleza sexual), que viola la dignidad de la persona, especialmente cuando dicha conducta crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, o que pretende hacerlo.

3) Todo mandato u orden de discriminar equivale también a la discriminación.

Dado en que la definición de los motivos de discriminación ya están incluidos en el artículo II-2.01 (derecho a no ser discriminado/a), en los comentarios posteriores no se repite ni incide de nuevo en los ámbitos de aplicación de la discriminación. De todas formas este artículo nos aporta una definición que es extrapolable análogamente a otros campos de discriminación. La definición pone de relieve la idea principal de que el principio de trato desigual en una situación comparable puede equivaler a una discriminación, aunque no haya un remedio (efectos o consecuencias jurídicas) para cada tipo de discriminación.

El artículo es, asimismo, una síntesis de las definiciones expresadas en las anteriores Directivas que abarcan los ámbitos de prohibición de discriminación en derecho comunitario que incluye, por tanto, los conceptos de la discriminación directa como indirecta.

En ambos casos se aplican los mismos remedios y existe la posibilidad de justificar un trato desigual (II.-2:103 (excepción) por lo tanto, estas normas no tratan discriminación directa e indirecta de manera separada.

Generalmente la discriminación debe ser entendida como el tratamiento menos favorable a una persona en una situación comparable. Sin embargo define que el tratamiento desigual debe ocurrir "por motivos" como los mencionados en el punto II-201, es decir, debe entenderse que no deba existir una relación de causalidad entre la razón y el tratamiento requerido. Ese vínculo (relación causa-efecto) sería muy difícil de probar para la persona discriminada. De acuerdo con el II-2: 105 (carga de prueba) la persona que considera que ha sido objeto de discriminación que debe limitarse a señalar los hechos de los que se puede presumir que se le ha discriminado. En ese caso, recae en la otra otra parte probar que no ha habido ningún tipo de discriminación. Se precisa a continuación, que, un trato menos favorable incluye todo el tratamiento que produce ciertas desventajas, por ejemplo rechazar la celebración de un contrato, no proporcionar información suficiente, finalizar una relación contractual, exigir garantías de seguridad adicional o servicios tradicionales. Una situación comparable se entiende por una situación que sea tanto real como una situación potencial (futura) del tratamiento normal de una persona en circunstancias similares.

### Acoso

Se hace en el artículo una mención al acoso como medio de discriminación en un sentido amplio incluyendo el acoso sexual. Los casos de acoso no están contemplados en la definición de discriminación porque una persona acosada es formalmente tratada como cualquier otra y, sin embargo esa persona, se le excluye o no se le deja entrar en la operación contractual al ponerla en una situación hostil o de intimidación, difíciles o negativas, que impidan su contratación.

### Instrucción u orden de discriminar

En cuanto a la orden o instrucción de discriminar se hace referencia la relación existente entre la persona que actúa de una manera discriminatoria y la persona discriminada no es relevante. Por lo tanto, la prohibición de cualquier orden o instrucción para discriminar a las podrían pertenecer ámbito o legislación sobre responsabilidad extracontractual. Sin embargo, debido a la

estrecha relación existente entre todo el sistema de no discriminación, se ha incluido en esta regla en base al significado y ámbito de las normas anteriores aquí dotándole del mismo sentido aún en el acoso.

### c) EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO

#### II. – 2:103: Exception

Unequal treatment which is justified by a legitimate aim does not amount to discrimination if the means used to achieve that aim are appropriate and necessary.

#### I. - 2:103: Excepción a la aplicación.

El trato desigual que se justifica sólo si es realizado con un fin legítimo y no constituye discriminación si los medios utilizados para alcanzar dicha finalidad son adecuados y necesarios.

Esta disposición trae un poco de flexibilidad necesaria en el proceso de evaluación de la desigualdad de trato. No se distingue entre discriminación directa e indirecta.

En cuanto a lo que se entiende por un "tratamiento desigual que deba ser justificado por razones legítimas" debe interpretarse en el sentido de que el mismo se emplee para alcanzar fines legítimos apropiados y necesarios. Los fines serían legítimos si constituyen una protección de un valor social, que no pueda perderse o desaparecer. Podría reflejar la necesidad de protección privada, decencia, religión o identidad cultural. En estos acosos excepcionales ciertos factores económicos pueden también ser motivos de justificación. No es suficiente, sin embargo, que esos valores sociales entren en conflicto con el requisito de igualdad de trato. Más bien, se debe decidir si la protección del mismo es de tal valor y necesidad que, con su protección no se viola el principal objetivo de la no-discriminadas leyes: la protección de la dignidad humana. La existencia de un fin legítimo no es suficiente por sí mismo. Es necesario la prueba de que el tratamiento desigual es el único camino para conseguir dicho objetivo. La aplicación de ese significado como justificación debe ser requerido de manera proporcional.

### d) REMEDIOS

#### II. – 2:104: Remedies

(1) If a person is discriminated against contrary to II. – 2:101 (Right not to be discriminated against) then, without prejudice to any remedy which may be available under Book VI (Non-contractual liability for damage caused to another), the remedies for non-performance of an obligation under Book III, Chapter 3 (including damages for economic and non-economic loss) are available.

(2) Any remedy granted should be proportionate to the injury or anticipated injury; the dissuasive effect of remedies may be taken into account.

#### II. - 2:104: Remedios

(1) Si una persona es objeto de discriminación en contra de II. - 2:101 (Derecho a no ser discriminado) y luego, sin perjuicio de los recursos que pueden estar disponibles en el libro VI (Responsabilidad extracontractual por los daños causados a otro), los remedios para el incumplimiento de una obligación establecida en el Libro III, capítulo 3 (incluidos los daños por pérdidas materiales o patrimoniales y no económicas o morales) son aplicables.

(2) Toda medida otorgada debe ser proporcional al daño o daño anticipado; el efecto disuasorio de los recursos se puede tomar en cuenta.

El precepto indica las sanciones y consecuencias jurídicas que deben ser aplicadas en la violación del derecho a no ser discriminado/a. Las sanciones sirven para deshacer los resultados de la discriminación y servir para prevenir las discriminaciones futuras. Se contemplan, pues, varias de las funciones de la reparación del daño en derecho tradicional, la función reparatoria, resarcitoria y la función preventiva. Además el efecto puede comprender también la prevención general. De acuerdo con lo previsto en las Directivas (no discriminación) anteriores las sanciones de la discriminación deben ser efectivas, proporcionales y disuasorias y deben incluir el pago a la víctima por todos los daños o pérdidas sufridas con motivo o consecuencia de la discriminación.

Hacer mención a que esta línea de interpretación es compartida que algunos juristas españoles como Gómez Pomar y Salvador Coderch (2009) quienes se aproximan al sentido económico del daño si se trata de lesiones dolosas de los derechos de la personalidad, entre los que se encuadra el derecho a la igualdad de trato por razón de género. La discusión está encima de la mesa sobre si para su cuantificación -la reparación del daño económica- es mejor recurrir a los beneficios obtenidos por el infractor o a la estimación del daño causado para fijar aquel importe.<sup>20</sup>

Se hace un comentario al derecho a reclamar por los daños sufridos, haciéndose mención a que el principal remedio de una discriminación prohibida es el derecho a la reclamación de los daños y perjuicios sufridos.

De un lado se está yendo muy lejos en garantizar un derecho de todo el que pertenece al mismo grupo se personas objeto de la discriminación. De otro lado es excesivamente estricto en el derecho a la reclamación se exige un comportamiento activo para contratar con la persona que discrimina, a pesar de que este último ha dejado claro que él o ella va a rechazar ese intento. Parece que se exige cierta relación de proximidad entre las partes como condición previa al un derecho a reclamar daños y perjuicios.

Se establecen como posibles efectos o consecuencias jurídicas de la discriminación los siguientes. El derecho a la reclamación de daños y perjuicios incluyendo el daño moral y patrimonial, el derecho a finalizar la relación contractual antes de que la misma llegue a término y el derecho a solicitar el perfeccionamiento del contrato, así como otros remedios acumulables. Para ello se solicita el test de proporcionalidad en el sentido de entenderse que los remedios deben ser proporcionados al daño, tenido en cuenta la situación particular de la víctima de la discriminación, y su efecto a otras personas en la misma situación, así como que el remedio debe tener un carácter disuasorio. Estos efectos disuasorios juegan un papel fundamental en las medidas de daño no patrimonial o daños morales.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Coderch, Salvador y Castiñeira Palou, MT. "Prevenir y castigar." *Principios de Derecho Contractual europeo y principio de Unidroit sobre contratos*. 2009. Es por ello que si partimos de un: estándar de responsabilidad por negligencia, la indemnización por cuantía equivalente a los beneficios obtenidos por el dañador potencial llevará a aquél a evitar causar el daño si los beneficios en cuestión no son subestimados por el Juez y únicamente la tendrá resarcitoria si aquéllos igualan o superan la estimación de los daños realmente causados. Mas si resultan subestimados, el causante potencial del daño no dejará de causarlo en ningún caso, pues siempre le quedará un saldo positivo, un resto de beneficio derivado de su comportamiento lesivo.

<sup>21</sup> Burgos García, Olga. La aplicación efectiva de la ley española de igualdad de mujeres y hombres. (pag 167-178) Investigación y género Logros y retos. Universidad de Sevilla. 2011. Y dicha Indemnización, que también podría añadir un plus de compensación por discriminación, comprendería el resarcimiento que se diferencia de la "reparación" por daños morales por daño como consecuencia de conducta discriminatoria a veces lleva consigo el concepto de daño punitivo. Ya que los resarcimientos del Daño moral son infracompensatoria porque es imposible cubrir todos los daños (dañas a quien discriminas, a las personas que pertenecen a dicha categoría, es imposible la reparación integral del daño.)

Desde una perspectiva de género es obvio argumentar que la Indemnización por daños causados a mujeres no incluye un daño que no tiene que ver sólo con la discriminación en sí misma tiene que ver con la

En este sentido el daño no patrimonial podría tener un efecto disuasorio como elemento punitivo. Este daño debe entenderse comprendido según la especialidad del daño moral que se haya sufrido. Cuando se determine la cuantía de la reparación del daño debe nacer en la mente de la persona que discrimina que el remedio o consecuencias jurídicas debe ser suficiente para hacer que los actos futuros de discriminación no sean atractivos para la persona que discrimina. En dicho sentido se han pronunciado numerosos autores en relación a la especialidad del daño causado y si existe o no un resquicio para los daños punitivos.<sup>22</sup>

El efecto disuasorio de la indemnización sólo se puede lograr si se tiene en cuenta para el cálculo de la misma el tipo y tamaño de la empresa propiedad en consideración con la discriminación efectuada. El tipo de discriminación y su grado de "intimidar con más poder" deben ser pertinentes y adecuados.<sup>23</sup> Sin embargo, si el acto discriminatorio no afecta realmente a las condiciones de vida o oportunidades reales del mercado de la persona discriminada, la cantidad de daño no debe ser desproporcionado incluso cuando se de tener en cuenta el fin de alcanzar un efecto disuasorio.

Por tanto, se siguen en este capítulo tan importante las reglas ya tradicionalmente aceptadas tras la evolución del derecho comunitario en cuanto a los efectos y las consecuencias de las conductas discriminatorias, por un lado la conveniencia de que se trate de *remedios efectivos, proporcionados y adecuados* a los hechos, a la víctima y al responsable de dañar atendiendo a las circunstancias individuales del caso, que se tenga en cuenta en dichos remedios los motivos del discriminador/a y también una especial significación en función de la aversión del discriminador hacia la víctima<sup>24</sup>

Algunos autores como Zoll (2008) opinan que el sistema de remedios previsto en el MCR es más tasado y cerrado que el previsto en el acervo comunitario ya que abarca las distintas fases del contrato, negativa a contratar, fase precontractual así como, otros que es insuficiente el sistema de indemnización previsto (véase Navas), dado que, en los casos de acoso los remedios tradicionales podrían ser insuficientes. Se trataría en el MCR de dotar en esta herramienta de un decálogo de recursos y lista cerrada en aras a una mayor seguridad jurídica. Se plantea por este autor mencionado si el sistema de recursos por incumplimiento es suficiente para cumplir con su función principal, es decir, hacer posible "deshacer los efectos de la discriminación" y también para impedir nuevas infracciones y con ello desempeñar el papel de disuadir de conductas discriminatorias futuras, es decir, de la prevención general.<sup>25</sup>

En cuanto a la posibilidad de la obligación de contratar, como remedio impuesto a la persona que discrimine, algunas autoras valoran la primacía del derecho a la igualdad hasta el extremo que podría llevar a prevalecer sobre el de la autonomía de la voluntad <sup>26</sup>en el caso de negarse a

---

discriminación histórica de las mujeres: que no será reparable, sino resarcible y que, al perjuicio concreto ocasionado sobre su patrimonio se debe incluir el lucro cesante, incluyendo aquel toda aquella pérdida económica que la mujer deja de percibir por su condición de mujer en ese contexto discriminatorio. La jurisprudencia que desarrolle estas consecuencias nos delimitará si comprenderá o no las indemnizaciones ese concepto ampliado del resarcimiento por daño o lesión de derecho fundamental.

<sup>22</sup> Mesa Marrero, Carolina. "Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: ¿un resquicio para los punitive- damages?." El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado. 2010.

<sup>23</sup> Tobles (2005) Remedies and sanctions in EC non discrimination law. "In practice much will depend on the particular circumstances of each individual case, accordingly, the most important guideline is to judge the requirement of effectiveness, dissuasive and proportionality in the light of the circumstances of each individual cases

<sup>24</sup> Aguilera Rull, Ariadna. Prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles para el público. Tesis doctoral 2010.

<sup>25</sup> Zoll Fryderik, "Remedies for Discrimination: a Comparison of the Draft Common Frame of Reference and the Acquis Principles" ERA 2008.

<sup>26</sup> Navas Navarro. "Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y derecho Español). Principios de Derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales. Dykinson, 2009 ISBN 978-84-9849-460-0 Páginas: 207-225.

contratar, produciendo un efecto previsto en el MCR. Se estudia en derecho español con gran rigor por García Rubio los límites de la autonomía de la voluntad en la libertad de contratación como principio informador en el ámbito privado y dicha consideración se deja fuera de toda duda, al afirmarse por dicha autora, su tratamiento preferente, en el caso en que se produjese una colisión con el principio fundamental de igualdad. Todo ello, necesariamente tras un juicio de ponderación de efectos en el caso concreto y, dejando restringidas las consecuencias de la obligatoriedad o imposición al autor de la discriminación de contratar con quien no quiere en razón de su sexo, limitado *“a los casos en los que este contrato es todavía posible, sin perjuicio de terceros de buena fe. La doctrina de la contraposición y ponderación de principios, antes mencionada, debe servir como guía para la resolución de los problemas concretos aquí planteados”*.<sup>27</sup>

#### e) CARGA DE LA PRUEBA

##### **I. – 2:105: Burden of proof**

(1) If a person who considers himself or herself discriminated against on one of the grounds mentioned in II. – 2:101 (Right not to be discriminated against) establishes, before a court or another competent authority, facts from which it may be presumed that there has been such discrimination, it falls on the other party to prove that there has been no such discrimination.

(2) Paragraph (1) does not apply to proceedings in which it is for the court or another competent authority to investigate the facts of the case.

##### II. - 2:105: Carga de la prueba

(1) Si una persona que se considere a sí mismo objeto de discriminación por uno de los motivos mencionados en el punto II. - 2:101 (Derecho a no ser discriminada), establece, ante un tribunal u otra autoridad competente autoridad, hechos que permitan presumir que ha habido discriminación, corresponde a la otra parte para demostrar que no ha habido ningún tipo de discriminación.

(2) El párrafo (1) no se aplica a los procedimientos en que sea el tribunal u otra autoridad competente para investigar los hechos del caso.

Según Gema Tomás Martínez(2010)<sup>28</sup> la carga de la prueba juega un papel crucial en orden a

---

<sup>27</sup> García Rubio, María Paz. “De nuevo sobre la incidencia del principio de no discriminación por razón de sexo en la contratación privada.” Igualdad de género: una visión plural. Universidad de Burgos 2009 pp.175-190.

<sup>28</sup> Tomás Martínez, Gema. La carga de la prueba en reclamaciones civiles de discriminación por razón de sexo. Ponencia Congreso La prueba judicial. 2010.” El artículo toma como modelo las normas que ya existen en derecho comunitario, esto es, las Directivas 2000/43/EC y la Directiva 2004/113/CE, lo que resulta interesante porque son las dos que la ley 3/2007 pretende transponer en España.

Se afirma que esta regla no comprende una inversión de la carga de la prueba en sentido técnico. Igual que ocurre en las Directivas citadas y en la transposición en el proceso laboral, no se entiende «presunción» de forma estricta. En ello coincide con la interpretación constante que se hace de este precepto. Consiste en relajar la rigidez de la regla general de prueba en favor de quien afirma haber sido discriminada.

Los hechos sobre los que se basa la presunción deben ser totalmente probados por esa persona («*must be fully proved by this person*»). Por lo tanto, es claro que los hechos han de quedar completamente acreditados y será el motivo que resulte de ellos sobre lo que versará la prueba de la parte demandada, obligada a demostrar que fueron ajenos a cualquier fundamento discriminatorio porque de aquellos se desprende o puede presumirse la discriminación («*it may be presumed*»). Parece que éste debe ser el criterio de interpretación a seguir. Los comentarios añaden que deben ser hechos que constituyen la existencia de discriminación probablemente de acuerdo con las prácticas locales, costumbre, prejuicios existentes o ideas tradicionales. Si estos hechos son probados, la persona que supuestamente actuó de forma discriminatoria tiene que probar que no ha habido tal discriminación. Esto requiere convencer al tribunal de que el comportamiento estuvo motivado por —legítimos— motivos distintos al sexo, raza u origen étnico.

La referencia a cuestiones culturales o de prejuicio puede tener interés cuando se trata de discriminación por raza o etnia, como ilustra el comentario con el caso de que un arrendador se negara a alquilar una casa, anunciada

asegurar la eficacia del derecho antidiscriminatorio también en el MCR, siguiendo el esquema ya previsto en derecho comunitario con anterioridad. Coincidimos con dicha autora que la prueba es determinante para tutela del derecho a la igualdad por las razones que se expresará.

En derecho español la parte demandante (la discriminada: la que invoca la transgresión y quebranto del derecho a la igualdad) habrá de aportar al juez o tribunal los elementos que corroboren la certeza, existencia y veracidad de su relato de hechos: acreditar la existencia de conductas discriminatorias, daños causados y desigualdad padecida en razón de género como comportamientos que quiebran su derecho a la igualdad.

La parte demandada (la que discrimina) deberá demostrar la inexistencia (ausencia) de conducta lesiva, o bien la existencia de un elemento que habilite su conducta discriminatoria- de forma legal, proporcionada, razonada y no arbitraria.

La estimación o desestimación de la discriminación por parte de los órganos judiciales depende, entre otros elementos, de la calidad y cantidad de elementos de convicción que en apoyo de sus alegaciones hayan presentado para acreditar los hechos controvertidos, discutido y sobre el que se articula el fenómeno lesivo de la igualdad alegado.

Pues bien, la regla especial que aporta el derecho comunitario, que se traspone al derecho español y que se mantiene en el MCR es la especialidad, carácter peculiar e individualizado de la prueba de la discriminación ya prevista en derecho comunitario: dada su auténtica primacía norma legal frente a otras regulaciones de prueba en el proceso de los estados miembros.

Es la llamada "semi-inversión de la carga de la prueba" no estatal ya que se exigirá una mínima acreditación y diligencia en la invocación de protección jurisdiccional del derecho, es decir, para que sea admitida la demanda y tener mínimas posibilidades de que prospere, deberá el demandante aportar una serie de indicios de apoyo a su reclamación, algunos elementos susceptibles de ser objeto de prueba posterior, que otorguen desde el inicio una relativa seriedad y certidumbre a los hechos alegados sobre los cuales sostiene la transgresión del derecho.

Pero la persona discriminada no tiene la actividad probatoria principal y ni la responsabilidad probatoria, tendría que ser la parte demandada la que lleve el peso y la actividad probatoria más activa:

- a) Por la innegable dificultad para demostrar en la mayoría de las veces una discriminación por razón de sexo.
- b) Influencia de la directiva 97/80/CE en la que se exige una mínima actividad demandante e intensa actividad de cargo del demandado/a
- c) El juez -teniendo en cuenta la dificultad de acceso e prueba de las partes a veces existe desigualdad en ello entre las partes- podrá exigir al demandado/a la aportación de una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Esta regulación tan pormenorizada recogida en el MCF en su libro I capítulo II supone una compilación, reconocimiento y extensión al ámbito privado del acervo comunitario anterior en derecho antidiscriminatorio, respetando unos conceptos, reglas y campos de aplicación de

---

en prensa, a una familia de etnia gitana. En tal supuesto, de este solo hecho se desprende que ha habido una discriminación. Pero ello no valdría en el caso de que la destinataria de la negativa fuera una mujer. En sí mismo no sería suficiente para que surgiera una presunción de discriminación (a menos que en algún Estado miembro, localidad o región tal negativa basada en el sexo fuera común).

Por ello esto es especialmente importante tratándose de un posible proceso civil de discriminación por razón de sexo en el ámbito de acceso a bienes y servicios. Aquí la libertad de contratación que existe en el derecho privado europeo, y que se reconoce específicamente en relación al tema que nos ocupa, unido a esta dificultad de encontrar prejuicios objetivos en el ámbito de la contratación basados en el sexo, o bien costumbres o tradiciones en este sentido, constituyen una cobertura legítima de situaciones que en la intención subjetiva pudiera ser discriminatoria"

mayor necesidad e protección para los expertos legisladores. Valoramos muy positivamente esta regulación ya que la misma dota de mayor seguridad jurídica la protección del derecho a la igualdad de género en las relaciones contractuales jurídicas privadas en el caso de someterse a su aplicación voluntariamente las partes si se aplicara como derecho opcional de la contratación en la UE.

## CONCLUSIONES:

Hemos de valorar positivamente las consecuencias y ventajas de la aplicación del MCR como derecho opcional contractual europeo con carácter general. Existe una opinión generalizada entre los expertos juristas en derecho antidiscriminatorio europeo de las consecuencias beneficiosas que se podrían desprender de la aplicación futura de este proyecto de cara al futuro de la UE, tanto desde el punto de vista económico- ya expuestas por Viviane Reding<sup>29</sup>(2010)- como de índole comercial, ya que, se mejorarían las relaciones comerciales entre los ciudadanos, empresas e interlocutores jurídicos de distintos países de la UE.

Si además atendemos a que este proyecto codifica el derecho antidiscriminatorio y que con su consideración de derecho opcional a los distintos estados miembros puede tener un campo de aplicación extenso en el mercado comunitario, nos aseguraremos la efectividad del derecho antidiscriminatorio como reglas y principios específicos que constituyen un instrumento jurídico válido aplicable en el ámbito del derecho privado. No se debe despreciar la importancia de incluir unas normas básicas de derecho antidiscriminatorio europeo en un proyecto de derecho opcional tan ambicioso. Creemos, por tanto y siguiendo los argumentos de Reding que :

1) *"Un instrumento de Derecho contractual europeo podría ayudar a la UE a cumplir sus objetivos económicos y recuperarse de la crisis económica."* Creemos que también como marco normativo del derecho antidiscriminatorio del derecho privado delimitaría las prohibiciones a las empresas y particulares de conductas discriminatorias y ahorrarían los costes derivados del daño producido por la conducta discriminatoria las víctimas en el ámbito de la discriminación por razón de género. Al conocer los remedios que se aplican se estaría produciendo un efecto disuasoria y preventivo de la discriminación en el ámbito privado.

2) *"El uso coherente de una regulación homogénea ahorraría a jueces y otros operadores jurídicos tener que tratar con ordenamientos extranjeros diferentes al resolver determinadas controversias jurídicas."* Creemos que se garantizaría una mayor seguridad jurídica que en definitiva siempre produce unos efectos beneficiosos en los interlocutores jurídicos. Creo decididamente que si ganamos en concreción ganamos en protección de conductas discriminatorias, lo contrario sería dejar al arbitrio de las valoraciones jurisprudenciales y doctrinales de la cuestiones en el caso concreto y el sesgo de género e ideológico podría ser mayor.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Reding, Viviane. "Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional". Indret. Revista para el análisis del derecho. 2011.

<sup>30</sup> Lehmann, Matthias y otros. "La prohibición de la discriminación en los derechos nacionales". Principios de Derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales. Dykinson, 2009 ISBN 978-84-9849-460-0 Páginas: 202-206. De un lado existe una propensión a la ampliación del ámbito de aplicación del Derecho antidiscriminación. Por otro lado se ha hecho visible una tendencia a la ampliación de los motivos de discriminación prohibidos.

Sin embargo, este desarrollo no puede continuar de manera ilimitada. Si el ámbito de aplicación de la prohibición de la discriminación se amplía cada vez más y los motivos de discriminación prohibidos se multiplican constantemente, crece la necesidad de suavizar las asperezas a través de causas de justificación. Esto sirve por ejemplo por el perjuicio debido a la edad, que en muchas circunstancias puede resultar legítima.

Con ello se traza una frontera para la ampliación de las prohibiciones de discriminación: Éstas no se pueden ampliar indefinidamente sin que pierdan al mismo tiempo su estricta aplicabilidad. El precio de la ampliación del Derecho antidiscriminación es la multiplicación de las causas de justificación. Una prohibición general de la discriminación se tendría que dotar con tantas posibilidades de justificación que quedaría vacío de contenido. Por

3) "Si las empresas sólo tuvieran que adecuar su actividad a un sistema legal único, integrado por el derecho contractual europeo opcional, tal alternativa ahorraría costes y conllevaría ventajas económicas." Y lo que es más importante, se podría dar lugar a situaciones sumamente injustas y contradictorias como en la actualidad, distintos niveles de protección sin un estándar mínimo claro, que conlleva en ocasiones a indemnizaciones desproporcionadas o irrisorias.

4) "Se reforzaría la competitividad de las empresas que en la actualidad deben desistir de operar a nivel transfronterizo ante las elevadas barreras de entrada a otros mercados y, por consiguiente, no pueden disfrutar de las ventajas del mercado común. Además, las empresas no tendrían que soportar costes adicionales, pues el derecho contractual opcional únicamente sería elegido cuando fuera beneficioso para ellas." Es por ello muy beneficioso que esa regulación de la discriminación se haya recogido expresamente en el MCR porque poco a poco formará parte del conocimiento y respeto natural y normalizado del derecho a la igualdad de trato en el ámbito privado y llevará a un mejor conocimiento y reproche de las conductas discriminatorias por razón de género en los agentes privados de contratación.

5) "Para el consumidor, un derecho contractual europeo opcional sería beneficioso si contribuyera a reforzar la competencia en su Estado miembro y, en consecuencia, los bienes y servicios se ofrecieran a mejores precios y con calidad superior o se ofrecieran nuevos productos y servicios." También se ofertaría como un servicio o intercambio de bienes que tiene en cuenta la igualdad e trato entre mujeres y hombres teniendo en cuenta que el mercado comunitario está compuesto al 50% de mujeres consumidoras y usuarias.

6) "También permitiría superar, de forma respetuosa con el principio de proporcionalidad, los obstáculos que los divergentes sistemas de derecho contractual de cada uno de los estados plantean al mercado común." Este aspecto me parece fundamental ya que el principio de proporcionalidad debe impregnar la resolución de cuantos conflictos nacen en el derecho privado entre la cláusula general del libre desarrollo de la personalidad y el derecho fundamental a la igualdad de trato y especialmente la eficacia de ambos en las relaciones entre particulares, mientras mayor sea la divergencia entre regulaciones nacionales más difícilmente se puede concretar cual es la solución al conflicto sobre las medidas de reparación del daño a la persona discriminada.<sup>31</sup>

---

tanto, las diferencias entre los distintos ordenamientos nacionales por lo que se refiere al ámbito de aplicación de las leyes antidiscriminación y los motivos de discriminación prohibidos afectan en la práctica menos de lo que la formulación legal pueda hacer presuponer. La ampliación del derecho antidiscriminación se limita en cierta manera por sí sola.

<sup>31</sup> Navas Navarro. "Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y derecho Español). Principios de Derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales. Dykinson, 2009 ISBN 978-84-9849-460-0 Páginas: 207-225.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Rull, Ariadna. "Prohibición de discriminación y libertad de contratación". *Indret* 2008.

Aguilera Rull, Ariadna. Prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles para el público. *Tesis doctoral* 2010.

Barrére Unzueta, M<sup>a</sup> Angeles. Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres. *IVAP/Civitas*. Madrid.1997

Barrere Unzueta, M<sup>a</sup> Angeles. "Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades", en *Revista Vasca de Administración Pública*, no 60, p. 145 y ss. 2001.

Barrere Unzueta, M<sup>a</sup> Angeles. "Igualdad y 'discriminación positiva': Un esbozo de análisis teórico- conceptual", en *AA.-VV. (coord. A. García Inda y E. Lombardo)* 2002.

Burgos García, Olga. "La aplicación efectiva de la ley española de igualdad de mujeres y hombres." *Investigación y género Logros y retos*. (pag 167-178) Universidad de Sevilla. 2011.

Burgos García, Olga. "Paridad y acción positiva." *Investigación y género Logros y retos* (pag 179-198). Universidad de Sevilla. 2011.

Coderch, Salvador y Castiñeira Palou, MT. " Prevenir y castigar. " *Principios de Derecho Contractual europeo y principio de Unidroit sobre contratos*. 2009.

European Union Agency for fundamental rights. "Manual de legislación europea contra la discriminación."2010.

Comisión Europea. "Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas"1.7.2010, COM (2010) final.

Freixes San Juan, Teresa. "Derechos fundamentales en la Unión Europea Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales. *ReDCE*, no 4, Julio-Diciembre de 2005, 43-86

Gálvez Criado, Antonio. "La igualdad de trato entre hombres y mujeres y la libertad para elegir a la otra parte contratante." *Jornadas internacionales sobre de igualdad y políticas públicas*. Universidad de Málaga. 2010.

García Rubio, Maria Paz. "discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la LO 3/2007 de 22 de Marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombre" *Derecho privado y constitución*. pp.131-166.2007.

García Rubio, Maria Paz. "De nuevo sobre la incidencia del principio de no discriminación por razón de sexo en la contratación privada." *Igualdad de género: una visión plural*.Universidad de Burgos 2009 pp.175-190.

Gómez Pomar . "Daño Moral" I *Indret Revista para el análisis del derecho* 1/00, pg5.

Hesselink, M, "Common Frame of reference & social justice. European Review Contract Law , num. 3, 2008, pags 248-269.

Infante Ruiz, Francisco J. "Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de derecho privado europeo" *Indret Revista para el análisis del derecho*. 2008.

Infante Ruiz, Francisco J "La protección contra la discriminación en derecho privado" *Indret. Revista para el análisis del derecho*. 2008.

Infante Ruiz, Francisco J; Oliva Blázquez, Francisco. ""Los contratos ilegales en el derecho privado europeo" *Indret. Revista para el análisis del derecho*. 2009.

Leible, Stefan y Schalachter. "La protección contra la discriminación mediante el derecho privado." *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, Sellier-European Law Publishers, München*, 2006.

Leible, Stefan ."Vías para la unificación del Derecho privado europeo". *Anuario de Derecho Civil - Núm. LIX-4* .2006.

Lehmann, Matthias y otros. "La prohibición de la discriminación en los derechos nacionales". *Principios de Derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*. Dykinson, 2009 ISBN 978-84-9849-460-0 Páginas: 202-206.

Mak, Ch. "The Constitutional momentum of European Contract Law. On the interpretation of the DCFR in light of Fundamental rights" *European Review of Private Law*, num.4, 2009, pags 513-529.

Mesa Marrero, Carolina. "Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: ¿un resquicio para los punitive- damages?." *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*. 2010.

Navas Navarro. "Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y derecho Español). *Principios de Derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*. Dykinson, 2009 ISBN 978-84-9849-460-0 Páginas: 207-225.

Quiñones Escámez, Anna M. "Hacia un derecho contractual europeo" Recensión a Reiner SCHULZE (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, Munich, 2008, 356 páginas. *Indret* 2008.

Reding, Viviane. "Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional". *Indret. Revista para el análisis del derecho*. 2011.

Tobles Christa. "Remedies and sanctions in EC non discrimination law (for the European Commissions).2005.

Toma-Bianov, Ana María; Craciun Nicusor. "La no discriminación en el Derecho contractual europeo". *Legal practice and internacional laws*. 2011.

Tomás Martínez, Gema. La carga de la prueba en reclamaciones civiles de discriminación por razón de sexo. *Ponencia Congreso ICADE, ESADE.. La prueba judicial*. 2010.

Valpuesta Fernández, Rosario. "La Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 1/2007, pgs. 265-287.

Valpuesta Fernández, Rosario. "Comentarios a la Ley para la Igualdad Efectiva entre mujeres y hombre. Junta de Andalucía.". Centro de Estudios Andaluces. Junta de Andalucía. 2007.

Von Bar, C y otros (eds), *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law*. 2008.

Zoll Fryderik, "Remedies for Discrimination: a Comparison of the Draft Common Frame of Reference and the Acquis Principles" *ERA* 2008.