

El Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación

Ariadna Aguilera Rull

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

Este trabajo analiza el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, presentado por el Gobierno el pasado 3.6.2011 y saca a la luz, valorándolas críticamente, las modificaciones que su aprobación podría introducir en la contratación entre particulares de bienes y servicios.

This paper analyses the Spanish Draft on Equal Treatment and Non-Discrimination proposed by the Government this past June 3rd, 2011. Specifically, the paper focuses on the changes this Draft will introduce, if the Law is finally passed, in regard to access to goods and services.

Title: The Spanish Draft on Equal Treatment and Non-Discrimination

Keywords: Equal Treatment, Non-Discrimination

Palabras claves: igualdad de trato, prohibición de discriminación

Sumario

1. Introducción
2. Principales novedades introducidas por el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación
 - 2.1. Incorporación al ordenamiento español de la Directiva 2000/43/CE
 - 2.2. Regulación integral respecto de las causas que motivan la discriminación
 - 2.3. Ampliación del concepto de discriminación
 - 2.4. Modificaciones relativas a la justificación de la diferencia de trato
 - 2.5. Concreción del ámbito de aplicación objetivo
 - 2.6. Prohibición de establecer diferencias de primas en base al sexo en la contratación de seguros
 - 2.7. Adopción de un enfoque preventivo en el diseño de los remedios
 - 2.8. Presunción de existencia de daños morales
3. Conclusiones
4. Bibliografía

1. Introducción

El pasado 3.6.2011 el Gobierno presentó el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante, Proyecto de Ley), que está todavía en fase de tramitación parlamentaria. De acuerdo con la Exposición de motivos, el objetivo principal de la ley proyectada es transponer la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Sin embargo, la Ley no se limita a incorporar ambas Directivas, sino que persigue establecer el marco legal para toda discriminación ocurrida por “razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, u orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (art. 2). La Ley es integral también en cuanto a su ámbito de aplicación objetivo pues regula las conductas discriminatorias que tienen lugar en el empleo, la afiliación a partidos políticos o sindicatos, la educación, la sanidad, la prestación de servicios sociales, el acceso a bienes y servicios disponibles al público y la publicidad (art. 3). Este trabajo se centra en las disposiciones aplicables a la contratación de bienes y servicios, en el intento de sacar a la luz las modificaciones más relevantes que en este ámbito introduce el Proyecto de ley.

2. Principales novedades introducidas por el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación

2.1. Incorporación al ordenamiento español de la Directiva 2000/43/CE

El Proyecto de ley objeto de estudio, de aprobarse, permitiría poner fin a una situación de incompatibilidad del ordenamiento español con la Directiva 2000/43/CE. No puede afirmarse, en sentido estricto, que el legislador español estuviera incumpliendo su obligación de transponer dicha norma europea, pues ésta fue introducida parcialmente mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Sin embargo, aunque en su art. 29 la Ley 62/2003 afirma tener por objeto establecer las medidas para que el principio de no discriminación por razón de origen racial o étnico sea real y efectivo también en la vivienda y, en general, en el acceso a cualesquiera bienes y servicios, la Ley 62/2003 no prevé las consecuencias jurídicas de la infracción de la prohibición de discriminar. En este sentido, el Proyecto de ley, con su previsión de remedios civiles y sanciones administrativas, es bienvenido.

2.2. Regulación integral respecto de las causas que motivan la discriminación

Resulta también positivo que el legislador español, como hicieron en su momento el alemán y el británico, haya optado por abordar todas las formas de discriminación en un instrumento único. Especialmente si se tiene en cuenta que se halla en fase de tramitación la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (en adelante, Propuesta de Directiva 2008/0140). Este nuevo instrumento obligará a los Estados miembros a poner freno a aquellas conductas discriminatorias que, por los motivos previstos, tengan lugar en, entre otros ámbitos, el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda.

Una regulación unitaria e integral de los distintos tipos de discriminación podría comportar ventajas importantes para el aplicador del derecho, que por el momento y en vistas del prolijo aunque en parte incompleto cuerpo normativo vigente, puede tener dudas razonables sobre el régimen jurídico aplicable. Sin embargo, el legislador no ha proyectado una refundición de todas aquellas normas que regulan conductas discriminatorias, con lo que la Ley integral vendría sencillamente a sumarse a la normativa preexistente.

2.3. Ampliación del concepto de discriminación

Entrando ya en cuestiones más de fondo, el Proyecto de Ley introduce en el derecho antidiscriminatorio español dos nuevos tipos de discriminación: la discriminación por asociación y la discriminación múltiple. La primera tiene lugar cuando “una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos de esta Ley, es objeto de un trato discriminatorio”(art. 6). La discriminación múltiple se produce “cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley, generando una forma específica de discriminación” (art. 7).

La necesidad de considerar prohibida también la discriminación por asociación quedó patente en el asunto *Coleman c. Attridge Law* (STJCE, de 17.7.2008, As. 303/06), en el que el Tribunal de Justicia consideró que:

“la prohibición de discriminación directa no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador, que no sea él mismo una persona con discapacidad, de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa”.

Respecto de la regulación expresa de la discriminación múltiple, ésta da respuesta a las demandas de parte de la doctrina, que ha puesto de relieve las dificultades o incluso, en

determinadas constelaciones, la imposibilidad de poner freno a estas conductas mediante un derecho antidiscriminatorio, que tan sólo contempla comportamientos discriminatorios motivados por un único factor.

Si la discriminación múltiple es interseccional¹ las características objeto de exclusión interactúan de forma que la discriminación no se detecta si éstas se consideran aisladamente. No podrá probarse que el arrendador, que se niega a contratar con una solicitante por ser mujer y homosexual, la está discriminando por su sexo, pues éste sí contratará con otras mujeres heterosexuales. Lo mismo ocurrirá con la discriminación por orientación sexual.

Si la discriminación múltiple es acumulativa², valorar en todo su alcance la entidad del daño producido por la conducta excluyente, exige de considerar ambas discriminaciones. La trabajadora que, por ser mujer y extranjera, obtiene un salario inferior al de los trabajadores masculinos y unas condiciones laborales peores que las de los trabajadores nacionales, sufre un doble daño, que debe ser compensado íntegramente.

El Proyecto de Ley no se limita a definir la discriminación múltiple sino que trata de dar respuesta a sus especificidades por dos vías: aclarando que en estos supuestos “la justificación de la diferencia de trato [...] debe darse en relación a cada una de las causas” (art. 7.2) y tipificando los actos que constituyan discriminación múltiple como infracciones muy graves (art. 4.a).

2.4. Modificaciones relativas a la justificación de la diferencia de trato

El Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato introduce modificaciones en la regulación de la justificación objetiva de las diferencias de trato e incide de esta forma en el concepto de discriminación indirecta y en las posibilidades de dar un trato diferente en base a las características protegidas. Estos cambios no se sustentan en la regulación de las Directivas que le sirven de base.

El legislador español considera que “la discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos”. Al prescindir del segundo elemento del supuesto de hecho —la ausencia de justificación—, el legislador se aleja de la definición del derecho europeo. El Proyecto de Ley no elimina la posibilidad de justificar las medidas con impacto dispar, sino que prevé dicha posibilidad en su artículo 4 apartado 2, extendiéndola, sin embargo, a todas las formas de discriminación, incluyendo la discriminación directa.

¹ DE LAMA AYMÀ (2011, p. 488).

² DE LAMA AYMÀ (2011, pp. 488-489).

Así, la norma proyectada se aparta del derecho europeo, que no admite la justificación de las discriminaciones directas por origen étnico o racial y tan sólo prevé la posibilidad de justificar las discriminaciones directas por razón de sexo en un supuesto concreto.

La Directiva 2004/113 establece, en su art. 4.5, lo siguiente: "La presente Directiva no prohíbe las diferencias de trato cuando la prestación de bienes y servicios de forma exclusiva o principal a las personas de uno de los sexos esté justificada por un propósito legítimo y los medios para lograr ese propósito sean adecuados y necesarios."

En el intento de regular de forma integral la discriminación, el Proyecto de ley parece haber adoptado, para todas las conductas discriminatorias el nivel de protección que la Propuesta de Directiva 2008/0140³ propone aplicar a la discriminación por edad, que es menor que el previsto para la discriminación por sexo u origen étnico.

2.5. Concreción del ámbito de aplicación objetivo

El Proyecto de ley concreta, en sus artículos 19 a 21, el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación. Una concreción de estas características se echaba en falta en la Ley Orgánica 3/2007, que en su artículo 69, se limitaba a reproducir el texto un tanto abierto de la Directiva 2004/113.

De acuerdo con el Proyecto de Ley no podrán discriminar, en el ejercicio de sus actividades, los oferentes de servicios financieros, de transporte, formación, ocio o similares (art. 19.1), los oferentes de seguros (art. 19.2), los prestadores de servicios de venta, arrendamiento o intermediación inmobiliaria (art. 20. 2), las personas titulares de establecimientos o espacios abiertos al público, las personas encargadas de espectáculos públicos o actividades recreativas (art. 21). Aunque las relaciones contractuales que se establezcan en todos estos ámbitos quedan sujetas a la prohibición de discriminación, el legislador ha previsto la posibilidad de ofertar actividades o servicios destinados exclusivamente a la promoción de grupos identificados por algunas de las causas mencionadas en la ley (arts. 19 y 21). Esta excepción plantea ciertos interrogantes. Son subsumibles en ella promociones comerciales como las "Ladies night's", las rebajas para estudiantes o jubilados en, por ejemplo, medios de transportes, la apertura de gimnasios o saunas sólo para mujeres, los servicios de taxis conducidos por mujeres y dirigidos sólo a éstas (los denominados "taxis rosas"). Pero también cumpliría los presupuestos de la excepción limitar el acceso a un local a hombres, blancos y heterosexuales. El Proyecto de ley trata de forma homogénea casos a los que el derecho antidiscriminatorio no debiera dar idéntica respuesta.

³ Art. 2.6. "No obstante lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas por una finalidad legítima en el marco del Derecho nacional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. En particular, la presente Directiva no será obstáculo para la fijación de una edad determinada para el acceso a las prestaciones sociales, la educación y a determinados bienes o servicios."

El Proyecto zanja la discusión sobre si los oferentes particulares que concurren en el mercado y ponen sus bienes a disposición del público quedan sujetos a la prohibición de discriminación. El principio de no discriminación vincula sólo a los prestadores profesionales, como se deriva de los artículos 19.1⁴ y 20.2⁵.

Aunque ciertos bienes o servicios son ofertados exclusivamente por profesionales como, por ejemplo, los seguros o los servicios financieros, en el mercado de la vivienda actúan tanto profesionales como particulares. Es discutible que el oferente que se dirige a un público indeterminado de personas y muestra su disponibilidad a contratar con cualquiera que cumpla las condiciones objetivas del contrato, deba poder discriminar, aunque actúe en calidad de particular. Es cierto que las Directivas 2000/43 y 2004/113 admiten esa lectura más restrictiva del ámbito de aplicación de la prohibición y que la Propuesta de Directiva 2008/0140, en su Exposición de motivos, aclara que ésta “no debe aplicarse a transacciones económicas entre particulares para los cuales dichas transacciones no constituyen su actividad profesional o comercial” (Considerando 16). La decisión del legislador español se halla pues respaldada por el derecho europeo.

A pesar de ello, considero que hacer depender la sujeción a la prohibición de si el ofertante actúa como particular o profesional no es la decisión de política legislativa más acertada. Hay criterios más ajustados al bien jurídico que trata de protegerse con esa exclusión, que es la intimidad del oferente⁶. Las alternativas son varias. El legislador hubiera podido excluir aquellas transacciones que se oferten en el ámbito de la vida privada o familiar. También hubiera podido tomar como modelo la Ley general de igualdad de trato (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) alemana, que en su § 19. (5). 1 establece que “[l]as disposiciones de esta sección no serán aplicables a las relaciones

⁴ Art. 19.1: “[los] particulares que ofrezcan al público bienes y servicios, en el marco de una actividad comercial o profesional (...), no podrán discriminar en el acceso a los mismos por las causas mencionadas en el artículo dos de la presente Ley”.

⁵ Art. 20.2: “Los prestadores de servicios de venta, arrendamiento o intermediación inmobiliaria estarán igualmente obligados a respetar en sus operaciones comerciales el derecho a la igualdad de trato y no discriminación”.

⁶ Hace referencia de forma expresa a ese derecho la Directiva 2004/113/CE, en el considerando 4 de su Exposición de Motivos: “Al tiempo que se prohíbe la discriminación, es importante que se respeten otros derechos y libertades fundamentales como la protección de la intimidad y la vida familiar así como las transacciones que se lleven a cabo en dicho contexto, y la libertad religiosa.”; También la Directiva 2000/43/CE, asimismo en el considerando 4 de su Exposición de Motivos: “En el contexto del acceso al suministro de bienes y servicios y la oferta de los mismos, es asimismo importante respetar la protección de la intimidad y de la vida familiar y las transacciones realizadas en dicho contexto.”; La Propuesta de Directiva 2008/0140, en el considerando 17 de su Exposición de motivos, afirma lo siguiente: “Al tiempo que se prohíbe la discriminación, es importante que se respeten otros derechos y libertades fundamentales como la protección de la intimidad y la vida familiar, así como las transacciones que se lleven a cabo en dicho contexto, la libertad religiosa y la libertad de asociación”.

obligatorias en las que se establece una relación de especial proximidad o confianza entre las partes⁷.

El legislador alemán concreta el alcance de la exclusión, afirmando que pueden ser subsumidas en el § 19. (5). 1 AGG aquellas relaciones que estén presuponiendo una relación de especial intimidad entre las partes, como pueden ser los servicios de cuidado y asistencia. Además, quedarán incluidos todos aquellos supuestos en que se celebre un contrato de arrendamiento de servicios, que se ejecuten típicamente en el ámbito doméstico. La ley cita también, a modo de ejemplo, el supuesto de un contrato de arrendamiento de una vivienda adyacente al domicilio del oferente o de una vivienda que esté situada en el mismo terreno que la habitada por el arrendador. Respecto de la relación de confianza, el legislador aclara que podrá considerarse que existe tal relación si lo que está en juego es un negocio especialmente importante o que va a dar lugar a una relación larga y estrecha entre los contratantes⁸.

El legislador hubiera podido optar por adoptar la distinción de MACNEIL entre contratos relacionales y discretos⁹ y someter a la prohibición tan sólo los contratos discretos, dejando fuera del ámbito de aplicación los contratos relacionales suscritos entre particulares.

⁷ “§ 19. 5 Die Vorschriften dieses Abschnittes finden keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihren Angehörigen begründet wird”.

⁸ *BT-Drucksache 16/1780*, pp. 42-43: “Ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis im Sinne von Satz 1 erfordert eine Beziehung, die über das hinausgeht, was ohnehin jedem Schuldverhältnis an persönlichem Kontakt zugrunde liegt. Dies kann beispielsweise darauf beruhen, dass es sich um ein für die durch das Benachteiligungsverbot verpflichtete Person besonders bedeutendes Geschäft handelt, oder dass der Vertrag besonders engen oder lang andauernden Kontakt der Vertragspartner mit sich bringen würde.”

⁹ MACNEIL (1974, pp. 720-721): “Consider as illustrative of the former the purchase of gasoline at a service station along a superhighway and of the latter a marriage of the more traditional kind. The gas purchase is a transactional event in the sense that, except for the expectation of the driver that the station would have gasoline available and the expectation of the station that any driver stopping would have some means of paying, the exchange has no past. There are no precedent relations between the parties. Nor will there be any future relations between the parties. As to the present, two general characteristics dominate the transaction: it is short; it is limited in scope. A few minutes measure its duration, and no one, even the most gregarious, enters into anything approaching a total human relationship in such a situation. In such a transaction the measured exchange, gallons/dollars, is what matters. Without it, the pleasantries, the little extras of service and courtesies have no real meaning; with it those immeasurables are an added fillip and no more. Contrast this service station stop with a traditional marriage relation. The latter consists not of a series of discrete transactions, but of what happened before (often long before), of what is happening now (“now” itself often being a very extended period), and of what is expected (in large measure only in the vaguest of ways) to happen in the future. These continua form the relation without a high degree of consciousness of measured transactions. Nonetheless, exchange, both economic and social, takes place in such a relation, even if not in the measured terms of the transaction”.

2.6. Prohibición de establecer diferencias de primas en base al sexo en la contratación de seguros

El Proyecto de ley, en su artículo 19.2, regula la contratación de seguros. Dicho artículo prohíbe tanto las negativas a contratar, como las diferencias de trato en las condiciones del seguro —por reunir el asegurado alguna de las características objeto de protección en el artículo 2 de la ley— salvo que éstas “resulten proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones objetivas de las personas solicitantes”(art. 19.2). Sin embargo, el artículo 19.2.2 excluye expresamente la posibilidad de tener en cuenta el sexo como factor de cálculo de las primas o prestaciones a pagar por el tomador del seguro.

Con esta regulación, concretamente con el artículo 19.2.2, el legislador incorpora las conclusiones de una reciente sentencia del Tribunal de Justicia, el asunto *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL* (STJ de 1.3.2011; As. 236/09). En éste, el Tribunal se pronuncia sobre la excepción prevista en el artículo 5.2 de la Directiva 2004/113/CE, que permitía a los Estados miembros autorizar diferencias de primas en función del sexo cuando éste fuera un factor determinante de la evaluación del riesgo. El Tribunal de Justicia falló que dicha excepción era contraria al principio de igualdad y de no discriminación garantizado por el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea y declaró inválida dicha disposición con efectos al 21 de diciembre de 2012.

Los Estados que, como España, habían hecho uso de la posibilidad prevista en la Directiva 2004/113/CE de excepcionar la aplicación de la prohibición de discriminación por sexo a la fijación de las primas, debían adaptar su regulación.

El art. 71.1 de la Ley Orgánica 3/2007 prohíbe, en principio, la práctica consistente en determinar las prestaciones que el tomador de seguros deberá pagar, en base a su sexo. Sin embargo, en el segundo párrafo del art. 71.1, la Ley Orgánica 3/2007 permite que, vía reglamento, se autoricen aquellas diferencias de primas por razón de sexo que se basen en datos actuariales estadísticos pertinentes y fiables. El Gobierno hizo uso de esa facultad, aprobando el Real Decreto 1361/2007, de 19 de octubre de 2007, por el que se modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados:

“Artículo único. Modificación del Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre.

Catorce. Los apartados 6, 7 y 8 del artículo 76, «Pólizas y tarifas de primas», quedan redactados en los siguientes términos:

7. Cuando el sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes, fiables y acreditables en función del análisis del riesgo realizado por la entidad, podrán admitirse diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente. No obstante lo anterior, en ningún caso los costes y riesgos relacionados con el embarazo y el parto justificarán diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente.”

Esta modificación pone fin a una práctica aseguradora controvertida¹⁰ y plantea el interrogante de si la neutralidad sexual en la tarificación tendrá el efecto adverso predicho por las compañías aseguradoras del aumento generalizado de las primas.

El *Comité Européen des Assurances* (CEA), -federación que reúne 31 asociaciones europeas de aseguradoras que representan a más de 5.000 compañías- ha sostenido que la prohibición de utilización del sexo como factor de cálculo de primas tendría el efecto perverso de aumentar generalizadamente el precio de los seguros¹¹. Las aseguradoras repercutirían el encarecimiento del seguro en el colectivo de los asegurados. Los hombres pagarían en los seguros de supervivencia y de salud primas más altas, igualando a las que pagan actualmente las mujeres. Las mujeres pagarían en los seguros de vida por muerte prematura y de accidentes primas más altas igualando a las que se cobran actualmente a los hombres.

En todo caso, el legislador español ha cometido un error al prever la posibilidad de justificar aquellas diferencias de trato en las prestaciones, que estén motivadas por el origen racial o étnico del tomador del seguro. La Directiva 2000/43/CE, a diferencia de la Directiva 2004/113/CE —antes del asunto *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL* (STJ de 1.3.2011; As. 236/09) — o la Propuesta de Directiva 2008/0140, no prevé una excepción que permita imponer primas diferentes para personas de distintos orígenes étnicos. Esta especial protección frente a la discriminación por origen étnico se explica por la convicción de que “la discriminación racial es la más odiosa de todas”¹². Por ello, ésta resulta inadmisibile en todas sus manifestaciones, incluso cuando cabría justificarla por motivos económicos.

2.7. Adopción de un enfoque preventivo en el diseño de los remedios

El Proyecto de ley también contiene novedades importantes en lo que se refiere a los remedios a los que puede dar lugar la conducta discriminatoria. Para empezar, el legislador adopta un enfoque marcadamente preventivo, que pone de relieve de forma expresa en la Exposición de motivos:

“La Ley persigue un doble objetivo: prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas, intentando combinar el enfoque preventivo con el enfoque reparador, el cual tiene también un sentido formativo y de prevención general.”

¹⁰ Son partidarios de considerar esta práctica un método neutral de cálculo de riesgos: FERNÁNDEZ CRENDE, (2004, pp. 1-27); WANDT (2004, pp. 125-141) y LOOSCHOLDER (2006, pp. 141-158). Consideran dicha práctica una discriminación por razón de sexo: SCHIEK (2000); WRASE/BAER (2004, pp. 1623-627).

¹¹ El *Comité Européen des assurances* en nota de 19.1.2004: “Insurance works because insurers base their prices on a fair, objective and non-discriminatory assessment of risk. A ban on the use of objective and relevant data about gender will remove this fairness, and also lead to higher insurance prices for both men and women.”

¹² REY MARTÍNEZ (2003, p. 68); BEZZENBERGER (1996, p. 433): “Nicht nur unter besonderen und wechselnden Umständen des Einzelfalls, sondern grundsätzlich verstossen Diskriminierungen nach Abstammung, Rasse oder Staatsangehörigkeit gegen die Sittenordnung”. Traducción de la autora: “Las discriminaciones por origen, raza o nacionalidad atentan contra el orden público, no sólo en atención a las condiciones especiales o cambiantes del caso, sino por principio.”

Una combinación del acercamiento disuasorio y reparador en el diseño de los remedios antidiscriminatorios es lo que el Tribunal de Justicia lleva exigiendo de los Estados miembros desde el asunto *Colson/Kamman c. Land Nordrhein-Westfalen* (STJCE de 10.4.1984; As. 14/83).

Sabine Colson y Elisabeth Kamann, habían solicitado un puesto de trabajo en una prisión de hombres administrada por el Land Nordrhein-Westfalen, que se negó a contratarlas por ser mujeres. Las demandantes interpusieron una demanda ante el Tribunal de Trabajo de Hamm (*Arbeitsgericht*) alegando que habían sido víctimas de una conducta discriminatoria y solicitando una indemnización. El Tribunal de Trabajo de Hamm suspendió el litigio para plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia y aclarar si el derecho comunitario exigía de los Estados miembros la imposición de unas sanciones concretas en los casos de discriminación en el acceso al empleo. El Tribunal de Justicia hizo tres puntualizaciones: La primera consistía en aclarar que el derecho comunitario no exigía del legislador nacional la imposición al empresario discriminador de una obligación de contratar a la víctima. La segunda esclarecía que el legislador nacional tenía la opción de sancionar la conducta discriminatoria mediante la exigencia del pago de una indemnización al infractor¹³. La tercera imponía la condición de que, en caso de optar por la vía indemnizatoria, la compensación debía ser proporcional al daño sufrido por la víctima de la discriminación y tener un carácter disuasorio. Esto se traducía en la prohibición de imponer una indemnización meramente simbólica, como la consistente en el reembolso de los gastos de envío de la solicitud¹⁴.

Dicho enfoque se concreta en el artículo 46 del Proyecto de Ley, que al regular la graduación de las multas, aclara que “el importe de la multa deberá fijarse de modo que al infractor no le resulte más beneficioso su abono que la comisión de la infracción”(art. 46.1). Para garantizar esto, la cuantía de la multa se determinará en base a, entre otros criterios, “el beneficio económico que se hubiera generado para la persona autora de la infracción” (art. 46.1.g).

Tener en cuenta los beneficios obtenidos mediante la conducta discriminatoria, aunque es un buen intento de desincentivar la comisión de tales infracciones, puede plantear problemas prácticos.

El legislador, al elaborar su propuesta, parece haber tenido en cuenta los resultados del análisis económico, que ha mostrado, a los efectos que aquí interesan, dos cosas: La primera es que, en muchos casos, la imposición de la obligación de compensación perfecta de los daños, en la medida en que obliga al causante a asumir los costes de su actuación, ya le disuade de cometer la

¹³ *Colson/Kamman c. Land Nordrhein-Westfalen* (STJCE de 10.4.1984; As. 14/83, apartado 23): “Entscheidet sich der Mitgliedstaat dafür, als Sanktion für den Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot eine Entschädigung zu gewähren, so muss diese deshalb jedenfalls in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen.”

¹⁴ *Colson/Kamman c. Land Nordrhein-Westfalen* (STJCE de 10.4.1984; C-14/83, apartado 24): “Folglich würde eine nationale Rechtsvorschrift, die die Schadensersatzansprüche von Personen, die Opfer einer Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung wurden, auf eine rein symbolische Entschädigung wie etwa die Erstattung ihrer Bewerbungskosten beschränkt, den Erfordernissen einer wirksamen Umsetzung der Richtlinie nicht gerecht.”

conducta lesiva¹⁵. La segunda es que, sin embargo, en determinados supuestos, la prevención exige que se imponga al causante el pago de una cantidad que supere el daño que el ordenamiento atribuiría a la víctima por aplicación del principio de reparación integral. Esto es lo que ocurre cuando los beneficios que el causante obtiene de su infracción superan los daños causados a la víctima, con lo que la obligación de compensar dichos daños, no incentiva al discriminador a cesar en la conducta dañosa. Éstos son los supuestos en los que el legislador parecía estar pensando al redactar el tenor del artículo 46. La previsión de que sea la multa impuesta y no la indemnización de daños, la que se fija teniendo en cuenta los beneficios obtenidos por el discriminador, permite salvar el escollo de la prohibición de enriquecimiento injusto por parte de la víctima.

La puesta en práctica de la solución proyectada podría fracasar debido a las dificultades tanto de determinación de los beneficios obtenidos mediante la discriminación, como de la prueba de la relación de causalidad entre la infracción y las ganancias derivadas de ella.

Tal vez sería más recomendable, a efectos de evitar los costes administrativos que generarían la determinación y cuantificación de los beneficios, aplicar sencillamente un multiplicador a la sanción, que permitiera incrementarla en función de la gravedad de la conducta.

2.8. Presunción de existencia de daños morales

El artículo 25 del Proyecto de ley, que regula la responsabilidad patrimonial derivada de la infracción de la prohibición de discriminación, introduce una presunción a favor de la existencia de daños morales cuando haya quedado acreditada la discriminación.

Esta novedad parece que da razón de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que al hilo del estudio de los remedios antidiscriminatorios previstos por el legislador alemán, ha puesto de manifiesto que la conducta discriminatoria produce típicamente un daño moral a la víctima, que deberá ser indemnizado.

La idea de que toda discriminación da derecho a la indemnización de los daños morales se deduce de las declaraciones del Tribunal de Justicia en el asunto *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG* (STJCE de 22.4.1997, As. 180/95).

Los hechos que dieron lugar a la sentencia fue la publicación por parte de Urania Immobilienservice OHG de una oferta de trabajo en la que se ofrecía un puesto de colaboradora de Dirección. El Sr. Draehmpaehl respondió a dicha oferta y ante el silencio de Urania Immobilienservice OHG, el Sr.

¹⁵ COOTER y ULLEN (2007, p. 340): "Thus, we have shown that the rule of strict liability with perfect compensation causes the injurer to internalize the marginal costs and benefits of precaution, which gives him or her incentives for efficient precaution"; SHAVELL (2004, p.236): "It was shown earlier, (...) that the threat of liability generally leads parties to take optimal levels of care, and sometimes to choose optimal levels of activity. The arguments for these optimality conclusions were made using examples in which there is one possible level of harm that results if an accident occurs and in which the magnitude of liability –so-called damages– equals that level of harm."

Draehmpaehl interpuso una demanda ante el Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgericht*) de Hamburgo alegando haber sufrido una discriminación por sexo y solicitando una indemnización. El 22.5.1995 el Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgericht*) de Hamburgo planteó cuatro cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CE.

En este caso, el Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgericht*) de Hamburgo planteaba la cuestión de si la disposición alemana que establecía un tope indemnizatorio de tres meses de salario para los casos de discriminación laboral era compatible con el derecho europeo. El Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgericht*) pidió al Tribunal de Justicia que respondiera a la pregunta, distinguiendo entre dos tipos de supuestos. El primero de ellos sería el de los candidatos, que de no haber tenido lugar la discriminación, tampoco hubieran obtenido la plaza, debido a la mejor cualificación del candidato efectivamente contratado. El segundo supuesto sería el de los solicitantes discriminados que sí hubieran sido contratados si la selección se hubiera llevado a cabo sin discriminación. El Tribunal de Justicia consideró, que dicho tope indemnizatorio no se oponía al derecho europeo si éste se aplicaba tan sólo al primero de los supuestos planteados.

El Tribunal razonó de la siguiente forma: Entendió, para empezar, que el perjuicio sufrido por un candidato del primer grupo y un candidato del segundo son diferentes. El perjuicio asociado a la conducta discriminatoria en la primera constelación de casos es de naturaleza inmaterial y consiste en no haber sido tomado en consideración en el proceso de selección. El segundo tipo de solicitante pierde, además, la oportunidad de celebrar el contrato. Atendiendo a esta diferencia, el Tribunal consideró correcta la presunción legal de que el daño sufrido por el primer tipo de solicitante no superaba un límite de tres mensualidades de salario.

El comportamiento discriminatorio que estaba en juego en el asunto *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG* (STJCE de 22.4.1997, As. 180/95) no era ni especialmente grave, ni vejatorio. La conducta del empleador consistía, tan sólo, en no haber respondido a la solicitud de un candidato masculino que se ofrecía para ocupar el puesto de “colaboradora”, que el empleador había ofertado de forma discriminatoria. Y a pesar de ello, el Tribunal consideró que se habían producido unos daños morales que había que resarcir.

Esta decisión del Tribunal de Justicia permite explicar la presunción de daños morales prevista en el Proyecto de ley, presunción que por otra parte podría coadyuvar a combatir la infracompensación¹⁶ de los daños, que los especialistas han puesto de relieve en este ámbito también a nivel europeo.

¹⁶ FREDMAN (2002, p. 173): “Nevertheless, the median award remains low. (...) It is clear therefore that the levels of compensation awarded are far from adequate to discharge the State’s remedial duty.” Sobre la infracompensación en general y sobre cómo ésta afecta especialmente a los pobres y por tanto a las víctimas de discriminación: KEREN-PAZ (2007, p. 68-69): “(...) because the ideal of *restitutio ad integrum* is not attainable in practice, regressive distribution of risk is translated into regressive distribution of wealth. To begin with, conceptually, no amount of money can compensate for loss life or limb. When one adds to this prevailing lack of information, limited legal consciousness, compensation rules regarding foresee ability and remoteness, liquidity problems, collective action problems and power disparities between disenfranchised victims and powerful institutional tortfeasors, the result is that tort law generally undercompensates, especially those who have been seriously injured. Such effects are more significant when the victims are poor. Since disadvantaged are subject to risks disproportionately and since

CHOPIN y GOUNARI lamentaban que las indemnizaciones concedidas en supuestos de discriminación –salvo en el Reino Unido– eran relativamente bajas y ponían en peligro tanto la función compensadora como preventiva del derecho de daños. En el informe elaborado, las autoras manejaban los siguientes datos¹⁷: la indemnización media en el Reino Unido es en casos de discriminación por discapacidad de 34.000 €, por origen étnico de 16.183 € y por sexo de 14.030 €. En Francia, los Tribunales son muy conservadores al fijar el montante de la indemnización y adjudican cantidades relativamente bajas. En Irlanda la indemnización media concedida en el año 2007 era de 14.431 €. En Suecia la compensación de daños discriminatorios oscila entre 3.700 € y 9.100 €. Los Tribunales holandeses son reacios a otorgar indemnizaciones por daño moral. En Hungría se concede el doble del salario mínimo interprofesional, que asciende a unos 400 €.

3. Conclusiones

El Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación que se está tramitando en estos momentos en el Congreso supone, en muchos puntos, un avance: transpone la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; trata de regular en un único texto legislativo todas las formas de discriminación, amplía el concepto de discriminación incluyendo la discriminación múltiple y la discriminación por asociación, concreta el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios, prohíbe la fijación de primas distintas en base al sexo en la contratación de seguros y adopta un enfoque preventivo en el diseño de los remedios a que debe dar lugar la infracción de la prohibición de discriminar. Sin embargo, en determinados puntos, el legislador ha pasado por alto las especificidades de la prohibición de discriminación por origen étnico y racial pudiendo llevar esto, incluso, a incompatibilidades con el derecho europeo.

4. Bibliografía

Tilman BEZZENBERGER (1996), "Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht", *Archiv für die civilistische Praxis*, pp. 395-434.

Isabelle CHOPIN y Eirini-Maria GOUNARI (2009), *Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts in Europa – Ein Vergleich in den 27 EU-Mitgliedstaaten*, Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union.

compensation is not full, it follows that tort law, while masquerading as neutral and non-distributive, brings about in fact a regressive redistribution of wealth. Moreover, the fact that the poor are both less likely to sue and less likely to succeed in their suits, creates an additional incentive to risk-creators to channel risk towards the poor."

¹⁷ CHOPIN y GOUNARI (2009, p. 78).

Robert COOTER y Thomas ULEN (2008), *Law & Economics*, 5th Edition, Pearson International Edition, Boston.

Alejandra DE LAMA AYMÁ (2011), "Discriminación múltiple: género y religión" en M^a Paz GARCIA RUBIO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dirs.) *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 485-516.

Antonio FERNÁNDEZ CRENDE (2004), "Seguros de vida y discriminación sexual", *InDret* 4/2004 (www.indret.com), pp. 1-27.

Sandra FREDMAN (2002), *Discrimination Law*, Oxford University Press, New York.

Tsachi KEREN-PAZ (2007), *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Ashgate, Hampshire.

Dirk LOOSCHELDER (2006), "Das Verbot der geschlechterspezifischen Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht", en Stefan LEIBLE y Monika SCHLACHTER (Eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 141-158.

Ian R. MACNEIL (1974), "The many futures of contracts", *Southern California Law Review*, Vol. 47, pp. 691-816.

Fernando REY MARTÍNEZ (2003), "La prohibición de discriminación racial o étnica en la unión europea y en España. El caso de la minoría gitana", *Revista de Derecho Político*, pp. 63-105.

Dagmar SCHIEK (2000), *Differenzierte Gerechtigkeit. Diskriminierungsschutz und Vertragsfreiheit*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

Steven SHAVELL (2004), *Foundation of economic analysis of law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

Manfred WANDT (2004), "Diskriminierung und Versicherung", en Egon LORENZ (Ed.), *Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht*, pp. 125-141.

Michael WRASE y Susanne BAER (2004), "Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in der privaten Krankenversicherung – ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes?", *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1623-1627.