

## BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**

### Libros\*

**AGUILERA RULL, Ariadna: *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 381 pp.**

El libro que recensamos, «*Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*», es el resultado de la tesis doctoral de la Dra. Ariadna Aguilera Rull que ha publicado la editorial Tirant lo Blanch. Ello aporta al trabajo la profundidad y atemporalidad de una investigación clásica sobre la teoría general del derecho a la igualdad y la aplicabilidad que supone el estudio de casos concretos que se han dirimido en los tribunales. En efecto, el estudio doctrinal y jurisprudencial del derecho americano, alemán, español y del derecho europeo pone de manifiesto la utilidad teórico-práctica de este trabajo de investigación. Sin duda, estamos ante una obra de referencia del derecho antidiscriminatorio que todo lector interesado debe conocer.

La monografía aborda la resolución del conflicto entre el derecho a no ser discriminado y la libertad de contratación. Para ello, la autora analiza la clásica discusión alemana relativa a la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales así como las Directivas antidiscriminación 2000/43/CE y 2004/113/CE y su trasposición al ordenamiento jurídico español y alemán.

En la primera parte del libro se analiza el marco teórico y constitucional de la protección frente a las discriminaciones acaecidas entre particulares. Así, una primera tesis defiende la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en tanto que principios por lo que no sería necesario la actuación de un poder público para que los particulares quedaran vinculados por ellos. La eficacia horizontal de la prohibición de discriminar puede suponer un conflicto con la libertad de contratación de otro particular en el cual debe prevalecer la prohibición de discriminar.

Sin embargo, a esta teoría se le ha objetado que tanto la Constitución alemana como la española, declaran expresamente que sólo los poderes públicos están vinculados por los derechos fundamentales, que dificulta la posibilidad de que los particulares renuncien a sus derechos y que, si el texto constitucional impone obligaciones y derechos entre los particulares, de alguna forma se relegaría la utilidad del poder legislativo a un segundo plano.

---

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

De ahí que se formulara la teoría de la eficacia mediata según la cual los particulares quedarían vinculados a los principios constitucionales en la medida en que sus actos se rigen por el derecho privado que es consecuencia de la actuación del poder legislativo.

La tesis que mejor explica, en opinión de la autora, la incidencia de los derechos fundamentales en el tráfico privado es la de su doble naturaleza. Por una parte, suponen prohibiciones de injerencia de forma que garantizan una esfera de libertad a los particulares frente a intervenciones estatales y por otra, conllevan un mandato de protección que obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias para garantizar el disfrute del derecho por los particulares. Parece que esta tesis ha sido acogida por el Tribunal Federal alemán y, aunque no se ha pronunciado claramente sobre ella, también por el Tribunal Constitucional español si bien la doctrina española sigue discutiendo en términos de mediatez o inmediatez en la aplicación de los derechos fundamentales. En cambio, la autora se posiciona claramente a favor de la tesis de la naturaleza de mandato de protección de los derechos fundamentales.

La discriminación entre particulares puede manifestarse a través de actos vulneradores de derechos fundamentales cuya motivación es discriminatoria y a través de la negativa a contratar con alguien o a hacerlo en las mismas condiciones que con otros debido a su sexo u origen étnico. El problema que se ha planteado en relación a la dificultad que entraña imponer no sólo la obligación de abstenerse de dañar a otro sino también una actuación positiva de contratar en la medida en que podría poner en peligro el principio de autonomía privada y de libertad de contratación, no es irresoluble si entendemos que no se trata de obligar a un sujeto a establecer una relación con otro sino de prohibir que, al negarse a reconocerle la condición de contratante, le excluya de un ámbito común.

En caso de desequilibrio entre las partes contratantes, los resultados del proceso de negociación contractual o del proceso de mercado no pueden ser asumidos por el ordenamiento como incuestionables. Pero la libertad de contratación no sólo admite la revisión de un contrato celebrado en casos de desequilibrio negocial sino que, en ciertos supuestos, su garantía admite una obligación de contratación. Para encontrar un equilibrio entre la libertad de contratación y la prohibición de negativas discriminatorias a la contratación deberá aplicarse el principio de proporcionalidad.

En la segunda parte del trabajo se analiza la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

La discriminación directa se describe en las directivas como la diferencia de trato no justificada. La discriminación estadística basada en el sexo del asegurado es un fenómeno común en diferentes contratos de seguros en base a la necesidad de garantizar que las primas que paga el asegurado estén en relación con la probabilidad de que se produzca el daño frente al que está asegurado. La autora, tras un análisis de la cuestión, sostiene que el *risk rating* o diferenciación estadística no puede ser considerado una mera diferencia de trato justificable sino que es una discriminación que atenta contra el principio de igualdad en la medida en que un individuo concreto puede ser tratado de forma más perjudicial que otro tan sólo debido a su sexo. Sin embargo, la Directiva 2004/113/CE faculta a los Estados miembros a autori-

zar la diferencia de primas en función del sexo cuando éste fuera un factor determinante en la evaluación del riesgo según datos estadísticos si bien se excluyen de dicha previsión los costes de las primas relacionados con la maternidad o el embarazo.

Además se aborda la figura de la discriminación indirecta en la contratación de bienes y servicios que regulan las directivas. El análisis de la jurisprudencia laboral lleva a la autora a afirmar que para asegurar la funcionalidad de la figura de la discriminación indirecta en el ámbito de la contratación de bienes y servicios sería recomendable llevar a cabo un test de justificación de las medidas con impacto dispar y adoptar un estándar de escrutinio estricto como en el ordenamiento norteamericano. Así, el empresario debería probar que las habilidades exigidas al candidato obedecen a una necesidad primordial de la empresa y del puesto de trabajo a ocupar y que existe una relación manifiesta entre dichas habilidades y la ejecución de la tarea. Además no deberían existir cualidades alternativas menos discriminatorias que permitan al candidato ejecutar su trabajo.

En la última parte del trabajo se aborda el estudio de la trasposición de dichas directivas en el ordenamiento alemán (Ley General de Igualdad de Trato de 29 de junio de 2006) y español (Ley 62/2003, de 30 de diciembre, y Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo). Especial atención merece el tratamiento de las consecuencias jurídicas previstas para los supuestos de discriminación.

En relación a la aplicación del artículo 512 CP, aunque no se exige la existencia de una intención discriminatoria, se percibe una cierta reticencia por parte de los tribunales a imponer una sanción penal a conductas que no estén claramente motivadas por un ánimo discriminatorio por lo que algunas actuaciones basadas en estereotipos o discriminaciones estadísticas no se sancionan. Sin embargo, la sanción penal de la negativa de profesionales a prestar servicios a cualquiera que tenga derecho a ellos por motivos de sexo u origen étnico se considera adecuada al principio de proporcionalidad y a la consecución de la prevención de dichas conductas.

El artículo 49.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, se definen las conductas discriminatorias en el acceso a bienes y servicios como infracciones en materia de defensa de consumidores y usuarios que podrán ser sancionadas con multas por la administración. Ello presenta algunas ventajas respecto de las medidas penales pues el derecho penal viene limitado por el principio de última ratio, no le es aplicable la inversión de la carga de la prueba, depende de la existencia de denuncia de la víctima, el discriminador puede asegurarse frente a la responsabilidad civil,...

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007 prevé la nulidad de los actos o cláusulas negociales discriminatorias por razón de sexo, la indemnización y sanción de las mismas. Además podrá exigirse la cesación de la perturbación actual.

La indemnización comprenderá no sólo los daños patrimoniales sino también los morales de forma preventiva. Cuando la discriminación se produce en fase precontractual y tiene como consecuencia la no celebración del contrato, la víctima tendrá derecho a una indemnización del interés contractual positivo (*expectation damages*) mientras que, si la causalidad es incierta, deberá compensarse meramente la pérdida de una oportunidad.

Aunque no lo prevean expresamente ni el ordenamiento jurídico alemán ni el español, se defiende en la monografía la posibilidad de imponer una obligación de vender o prestar condicionada a que la víctima siga interesada

en el bien o la prestación, no se trate de una prestación personal, exista una relación de causalidad entre la conducta discriminatoria y la no celebración del contrato, el contenido del contrato esté suficientemente determinado y la celebración sea todavía posible. Se considera que la injerencia en la libertad de contratación del oferente es adecuada, necesaria y proporcional.

Alejandra DE LAMA AYMÁ  
Profesora Agregada Interina de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Barcelona

**FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: *Derecho privado romano*, Iustel, Madrid, 2013, 679 pp.**

Tal vez pueda resultar sorprendente que una obra con el título de este libro y el contenido que anuncia aparezca reseñada en una publicación como esta. Sin embargo, ello no debería sorprender tanto, y precisamente a justificar esta afirmación vamos a dedicar lo fundamental de este comentario.

En primer lugar, que una obra se titule «Derecho privado romano» no quiere decir que sea una obra ajena al Derecho civil. Todo lo contrario. Aun cuando el Derecho romano como tal tenga su autonomía científica desde hace muchas décadas y haya alcanzado un alto grado de madurez científica en un campo muy vasto de disciplinas de tipo jurídico, histórico y filológico –como ya destacó en su día Franz Wieacker–, ello no invalida el hecho de que la ciencia del Derecho privado romano sigue estando imbricada en el núcleo duro, en el *hard disk* diríamos ahora, de la ciencia civilista. Y no decimos esto por un mero sentimiento de admiración y respeto hacia una tradición histórica, que como tal sería muy aceptable y digno de consideración, pero que no significaría otra cosa que una pura manifestación de nostalgia por un pasado que ya se fue para siempre. No es así. Lo decimos con pleno conocimiento de causa y con absoluta convicción: el Derecho romano sigue estando en el centro de los debates jurídicos contemporáneos (al menos, en el ámbito de la civilística), y defender y sostener esto es lo que constituye la sabia del libro que comentamos. Pero es obvio que para los lectores escépticos esta afirmación podría no pasar de constituir una petición de principio, así que hay que adentrarse en un excursus que pueda explicar razonablemente la afirmación anterior.

En efecto, ya desde hace unos cuantos años viene dándose, sobre todo en el seno de la romanística y la historiografía jurídica germánicas, pero también en otros lugares del continente europeo, un interesante debate, a veces muy ácido y enconado, en torno al significado de la Historia del Derecho –y, particularmente, la del Derecho privado– en este momento histórico de transformación económica, política y social y de cambio de paradigma jurídico en Europa como consecuencia del desarrollo del fenómeno de la Unión Europea. Las posturas enfrentadas son las que, a grandes rasgos, podrían calificarse de, por un lado, una visión «anticuaria», «puramente historicista» o «estetizante» de la Historia jurídica, y, por otro, de una «modernizante» o «neopandectista»; o, por no utilizar esta terminología algo peyorativa empleada por los respectivos adversarios de cada una de ellas, de una visión «contemplativa» de la Historia frente a otra «aplicativa» de la misma (puede