

RECENSIÓN A GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, *DIVIETO DI
DISCRIMINAZIONE E AUTONOMIA CONTRATTUALE*. NAPOLI (2013):
EDIZIONI SCIENTIFICHE ITALIANE.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 817-822.

SALVADOR CARRIÓN OLMOS
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
j.ramon.de-verda@uv.es

1. El fenómeno de la discriminación contractual obliga al intérprete a repensar los fundamentos y los contenidos de la autonomía privada. De la doctrina italiana llega una atenta reflexión, que lleva a cabo el Profesor Gabriele Carapezza Figlia, quien ha dedicado a la materia una interesante monografía, que lleva por título *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*.

En la obra –publicada en la prestigiosa Colección de la Escuela de Especialización en Derecho Civil de la Universidad de Camerino– se somete a revisión la concepción tradicional del Derecho Privado como un Derecho esencialmente discriminatorio, que encontraba explicación en la pretendida incompatibilidad entre los principios de igualdad y de tutela de la libertad contractual. Una reconstrucción crítica de la normativa vigente, inspirada en el método de la interpretación conforme a la Constitución, induce al Autor a calificar la prohibición de no discriminación como un límite de la autonomía contractual. Desde esta perspectiva, el principio de no discriminación, lejos de comportar la supresión de la libertad de elección del otro contratante, exige la justificación del efecto de la desigualdad creado por el acto de autonomía contractual.

2. El interés de la obra para el lector español se debe, tanto al tema, que prevalentemente es objeto de una normativa de origen comunitario, como al método de trabajo del Autor, quien, además de ser un profundo conocedor de la cultura jurídica española, hace uso del método comparado, estando atento a las transformaciones del Derecho Privado Europeo.

La monografía se estructura en cuatro capítulos: el primero, trata de la evolución diacrónica de la normativa anti-discriminatoria; el segundo, delimita la noción de “discriminación contractual” y el ámbito de aplicación de la prohibición; el tercero, ofrece un encuadre teórico de la prohibición de discriminación como límite de la autonomía contractual; y el cuarto, indaga sobre la fisonomía del ilícito discriminatorio y las formas y técnicas de tutela civil contra el mismo.

3. El autor parte de la consideración de que los conceptos socialmente difundidos pueden incidir sobre los mecanismos del mercado y las dinámicas contractuales, produciendo un doble orden de efectos discriminatorios: impedir a los miembros del grupo discriminado el acceso al mercado o imponerles condiciones contractuales diversas o peores. En el primer caso, se obstaculiza el disfrute de un bien o de un servicio mediante el rechazo a contratar o a cumplir. En el segundo, en cambio, el mercado transforma el perjuicio socialmente difundido en un sobreprecio, que la víctima de la discriminación ha de pagar para tener acceso a la utilidad contractual.

Con una cuidada argumentación, se pone de relieve que el mercado no se encuentra en grado de eliminar, por sí solo, los vínculos económicamente irracionales, basados

en razones discriminatorias. De hecho, interioriza las prácticas discriminatorias, transformándolas en oportunidades de provecho.

Por lo tanto, la promoción del bienestar colectivo y la tutela de los derechos fundamentales y de la libertad de acceso al mercado de los miembros del grupo discriminado requieren una intervención heterónoma, que se expresa en la posición normativa de la prohibición de discriminación, la cual –como con acierto sostiene Carapezza Figlia- impone un reproche jurídico de algunas diferencias de hecho, las cuales no pueden condicionar las oportunidades de acceso a los intercambios que se operan en el mercado: las diferencias (como elementos de hecho) no pueden transformarse en desigualdades (como juicios de valor)

La normativa anti-discriminatoria es así reconstruida como un modelo heterónimo de reglamentación del mercado, que se proyecta sobre la disciplina del contrato. De hecho, impedir a los mecanismos del mercado secundar los preconceptos sociales requiere depurar toda la actividad contractual –desde el momento de los tratos preliminares, pasando por su conclusión, hasta llegar a su ejecución- de la influencia de las cualidades personales que integran algunos de los denominados “factores de discriminación”.

4. Después de haber tratado atentamente del cambio de aproximación al problema por parte del Derecho comunitario –que, abandonado un punto de vista puramente mercantilista, enriquece el contenido de la prohibición de discriminar y refuerza su efectividad en las relaciones *inter privados*- el Autor evidencia cómo la no discriminación ha adquirido progresivamente el rango de principio fundamental de la materia contractual. Es posible encontrar una prueba elocuente de ello en las iniciativas acometidas para la revisión del Derecho Europeo de los Contratos: los Principios *Acquis* y el *Draft Common Frame of Reference*, los cuales configuran la no discriminación, no sólo en los términos objetivos de una prohibición, sino en los de una situación subjetiva, lo que favorece su penetración en el núcleo del Derecho Privado Patrimonial: el Derecho de los Contratos.

La elección del contratante –tradicionalmente considerada como objeto de una libertad absoluta- ha llegado a ser hoy objeto de una normativa, que sujeta a un control el efecto de la desigualdad en el ejercicio de los bienes y servicios creado por la autonomía contractual. Carapezza Figlia demuestra que el ejercicio de la autonomía privada no integra, por sí mismo, un ilícito discriminatorio, por el mero hecho de determinar un efecto de desigualdad. Si existe una razón merecedora de tutela que justifique dicho efecto y concurre una proporcionalidad entre la justificación y la desigualdad, no habrá una discriminación prohibida.

La premisa de la que parte el Autor es la de que la prohibición de discriminación en absoluto comporta la supresión de la libertad de elección del otro contratante, sino que, más bien, reclama una ponderación con los otros principios concurrentes en el

concreto supuesto de hecho, según combinaciones variables en los diferentes contextos aplicativos. Por lo tanto, la actuación del principio de igualdad en el Derecho civil no se expresa en los términos de una funcionalización de la autonomía privada, sino en los de una necesaria convivencia entre contrato y control.

5. La corrección de la clave de lectura propuesta por Carapezza Figlia encuentra confirmación en los múltiples planos sobre los que se indaga en la monografía

Ante todo, la atenta reconstrucción de la noción normativa de discriminación contractual permite dar una respuesta convincente a los principales problemas planteados por la delimitación del ámbito de aplicación de la prohibición.

En particular, de manera persuasiva, se sujeta a revisión crítica, tanto la interpretación que limita la prohibición de discriminaciones indirectas en las relaciones de trabajo, como aquellas que circunscriben la operatividad de la discriminación a las declaraciones dirigidas al público. Con elaborados razonamientos y dominio de las categorías del Derecho civil, se documenta que la prohibición de discriminación no encuentra restricciones en su aplicación, de carácter objetivo o subjetivo. Más bien, el control garantizado por la prohibición de discriminación encuentra manifestaciones distintas en los diferentes contextos explicativos, dependiendo de numerosos factores: el procedimiento de formación del contrato; la cualidad objetiva de las partes; la incidencia sobre las diversas fases de la dinámica contractual; el contexto de mercado en el que se realiza el acto o el comportamiento discriminatorio; la fisonomía de los intereses implicados y su naturaleza existencial o patrimonial.

También la *vexata quaestio* de la fisonomía del juicio de discriminación encuentra en las páginas de esta monografía una solución coherente con el referido planteamiento. Si el juicio de discriminación se funda en la verificación de la justificación del efecto de desigualdad creado, en presencia de un factor de riesgo, cede la exigencia de una comparación real o virtual con un supuesto de hecho de referencia. El *tertium comparationis* desvela el efecto de la desigualdad, pero nada dice sobre la existencia de una justificación de la misma.

6. En la reflexión del Autor, la discriminación consiste en un ilícito en el contrato, a cuya tipicidad corresponde la diversificación de las formas y de las técnicas de tutela. Hay que compartir la intuición, según la cual a la violación de discriminación no corresponderá siempre el mismo remedio, sino que será labor del intérprete hallar el que sea más adecuado, tanto a la *ratio* del precepto normativo, como a los intereses que han de protegerse.

En la monografía, con toda corrección, se rechaza cualquier lectura unilateral dirigida a encuadrar la prohibición de discriminación, bien como una regla de validez, bien como una regla de responsabilidad. Así pues, se evidencia cómo en algunas hipótesis (los llamados “negocios o pactos discriminatorios”) la violación de la prohibición de discriminar se traduce en un vicio de ilicitud de la causa, que determina la nulidad total del contrato; en otras (rechazo a entablar negociaciones o a contratar), impide la conclusión del contrato, procediendo el recurso a la tutela inhibitoria o constitutiva; a veces (predisposición de condiciones más desventajosas o falta de inserción de condiciones más ventajosas), penetra en la regulación contractual, incidiendo negativamente, tan sólo, sobre algunas cláusulas, de modo que comporta la nulidad parcial o la eventual integración o corrección; puede, en fin, producir consecuencias perjudiciales en la esfera del sujeto lesionado, abriendo, así, la vía a la tutela resarcitoria.

En el constante diálogo con las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia, la monografía traza un elenco de remedios civiles ejercitables contra las discriminaciones contractuales, que se salda con una coherente reconstrucción del fenómeno discriminatorio. De esta manera la profunda y aguda relectura de la teoría general del contrato que se propone va acompañada de una fértil proyección aplicativa.