

***Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* –
Aproximación a la nueva regulación
general de prohibición de tratamiento
desigual en el Derecho alemán, en
especial, su alcance en el ámbito civil**

*Carmen María Cerdá Martínez-Pujalte**

Resumen: En agosto de 2006 entró en vigor en Alemania la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG) o ley general de tratamiento igualitario. Es innegable el carácter novedoso de esta ley, que positiviza, por primera vez en Alemania, en una normativa general el principio de no discriminación en el ámbito de las relaciones jurídico privadas. La repercusión práctica de la misma es así mismo indudable, dado el alcance general y amplio contenido de la misma. La ley alemana tiene en realidad un alcance muy amplio: con algunas excepciones, su finalidad es prohibir con carácter general, todas las discriminaciones llevadas a cabo en el ámbito laboral y civil que se basen en la raza, el origen étnico, el sexo, la religión o la concepción ideológica del mundo, la edad, una incapacidad o la identidad sexual. También es destacable que se establezca una inversión de la carga de la prueba en los procesos que tienen lugar a raíz de una demanda de discriminación. Esto

* Doctora en Derecho mercantil. En la actualidad, Becaria postdoctoral de la Generalitat Valenciana en el Programa de “Becas postdoctorales de excelencia para centros extranjeros”, en el *Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* de Hamburgo (Alemania).

significa que será la persona demandada por discriminación la que habrá de probar la ausencia del carácter discriminatorio en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Nuestro estudio en el presente artículo se centra por tanto en esta ley alemana, de marcado espíritu proteccionista, intentando analizar de la forma más precisa posible su articulado, y extrayendo algunas conclusiones y reflexiones, que esperamos que también serán de utilidad para otros proyectos legislativos de este tipo.

Palabras-clave: Igualdad – Directiva comunitaria – Discriminación – Prohibición de discriminación – Tratamiento desigual-raza – Origen étnico-sexo-religión-concepción del mundo-incapacidad-edad – Identidad sexual – Empleadores – Trabajadores-empresa – Ámbito privado-ámbito laboral-discriminación directa – Discriminación indirecta – Acoso – Acoso sexual – Contrato – Contratos de masa – Contratos asimilables a los de masa – Seguros – Alquiler de viviendas – Bienes y servicios – Oferta pública – Relaciones familiares-relaciones Sucesorias – Justificación objetiva-reglas procesales-carga de la prueba.

1 INTRODUCCIÓN

Hace poco más de un año, en agosto de 2006, entró en vigor en Alemania la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG) o ley general de tratamiento igualitario. Más recientemente en marzo de 2007 fue aprobada en España la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Aunque sean leyes cuyo ámbito objetivo de aplicación dista mucho de ser equiparable – lo cual puede deducirse de la sola lectura de sus nombres –, las dos leyes, aprobadas para dar respuesta a las necesidades impuestas por

el Derecho europeo¹, ponen de manifiesto una vez más que el tema de la igualdad y su consecución práctica, mucho más allá de estar resuelto, sigue plenamente vigente, y que uno de los objetivos de los actuales gobiernos y legisladores sigue siendo, como en otras épocas, avanzar formalmente en ese camino, para que se puedan dar en todos los ámbitos las condiciones necesarias objetivas que garanticen la igualdad, respetando en todo caso, las peculiaridades de cada uno de ellos.

Como hemos dicho, aunque ambas leyes responden al mismo espíritu, no son plenamente equiparables, ya sus campos materiales de acción han sido delimitados por el legislador con distinto alcance en cada caso. En este sentido hemos de señalar ya desde un primer

¹ La ley alemana incorpora las siguientes Directivas: 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. Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Directiva 2002/73/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. 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.

En alemán: *Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 (Antirassismusrichtlinie)*, *Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 (Rahmenrichtlinie_Beschäftigung)*, *Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 (Gender-Richtlinie)*; *Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen*.

Según el Preámbulo de la ley española, la misma incorpora únicamente las dos últimas Directivas mencionadas, esto es, la 2002/73/CE, y la 2004/113/CE, que son las que se refieren en particular a la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

momento que la ley alemana, a cuyo estudio nos centraremos, ha sido más ambiciosa que la española. Esta última, como se desprende claramente de su título, tiene por finalidad remover los obstáculos, principalmente prohibiendo las discriminaciones, a favor de la igualdad entre hombre y mujer. Su contenido por tanto es la interdicción de las discriminaciones por razón de sexo en los diferentes ámbitos político, civil, laboral, económico, social y cultural a los que se aplica.

La ley alemana tiene, sin embargo, un alcance más amplio: con algunas excepciones, su finalidad es prohibir con carácter general, como tendremos ocasión de ver en las páginas que siguen, todas las discriminaciones llevadas a cabo en el ámbito laboral y civil que se basen en la raza, el origen étnico, el sexo, la religión o la concepción ideológica del mundo, la edad, una incapacidad o la identidad sexual.

A pesar de este distinto contenido, podemos afirmar como característica común fundamental que tanto una como otra responden a un espíritu proteccionista del legislador, a nuestro juicio excesivamente proteccionista, lo que ha dado lugar a dos normativas bastante minuciosas y extensas, que en ocasiones van más allá de lo deseable. Por lo que respecta a la ley española, y aunque esta será analizada probablemente en otro trabajo, llama la atención que en todos los ámbitos en los que se aplica, se establezca el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, lo que a nuestro entender constituye un exceso celo en la forma de entender el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, y que podría desembocar en último caso en una discriminación de hombres a favor de mujeres no especialmente capacitadas para los puestos de que se trate.

Este espíritu proteccionista se deja sentir especialmente en materia procesal. Así, es destacable que ambas leyes establecen

una inversión de la carga de la prueba en los procesos que tienen lugar a raíz de una demanda de discriminación. Esto significa que será la persona demandada por discriminación la que habrá de probar la ausencia del carácter discriminatorio en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

Pues bien, nuestro estudio como hemos adelantado, se va a centrar en la nueva regulación alemana, y a ella dedicaremos las páginas que siguen intentando hacer una idea lo más precisa posible de su articulado, y extrayendo algunas conclusiones y reflexiones, que esperamos que también podrán ser de utilidad para nuestro ámbito nacional.

1.1 Aprobación de la ley

Como acabamos de indicar, el 18 de agosto de 2006 entró en vigor en Alemania la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG) o ley general de tratamiento igualitario. El *Bundestag* alemán se pronunció formalmente sobre la ley el 29.06.2006, con 443 diputados a favor, 111 en contra y 17 abstenciones. El 7.7.2006 el *Bundesrat* alemán aprobó definitivamente la AGG.

Se ha señalado en la doctrina alemana, y en especial por lo que respecta al ámbito civil, que mediante esta nueva normativa el legislador tenía como propósito completar el derecho civil alemán en el sentido de los estándares internacionales existentes, ya que la protección contra la discriminación en el Derecho privado era ya conocida tanto en algunos Estados miembros de la Unión Europea como en EEUU².

² Gaier, R./Wendtland, H., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, München, 2006, p. 4; Horst, R.; "Mietrechtliche Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes", MDR 2006, p. 1266.

En concreto, mediante la misma, se llevaba a cabo, con cierto retraso y controversia, la transposición de las cuatro Directivas Europeas detalladas en la segunda nota a pie de página. Estas cuatro Directivas versaban sobre la prohibición de discriminación por determinados motivos en un ámbito de aplicación objetivo específico. De todas ellas la más general es la 2000/78/EG. La misma es aplicable a discriminaciones por motivos de raza, origen étnico, o convicciones, por motivos de edad o tendencias sexuales³. El ámbito de aplicación está limitado al campo del empleo, el trabajo, la formación, la protección social y las ventajas sociales. Es conocida como la Directiva del empleo.

La segunda Directiva, conocida como la Directiva antirracismo, recoge sólo como motivos de discriminación la raza y origen étnico, pero su ámbito de aplicación es más amplio que el de la primera, puesto que comprende no sólo los campos ya recogidos en aquella, sino también las discriminaciones en el ámbito de la entrada y el suministro de mercancías y servicios que estén disponibles para el público, con la excepción de la vivienda.

Las últimas dos Directivas establecen la igualdad del hombre y la mujer en el ámbito del empleo y la formación profesional, así como también en el ámbito de la provisión de mercancías y servicios. Estas últimas no definen su ámbito de aplicación objetivamente, sino que son aplicables a todas aquellas personas que comercien con mercancías o servicios que sean puestos a disposición de público sin tener en cuenta la persona.

³ Para una definición detallada de los términos mencionados véase *Kock, M.*; “Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Überblick über die arbeitsrechtlichen Regelungen”, MDR 2006, p. 1088 y ss.

1.2 Aproximación general al contenido de la ley

La AGG, también conocida en el sector como “ley antidiscriminación”, es una ley estatal que tiene como objetivo principal impedir o prohibir discriminaciones injustificadas por motivos de raza, origen étnico, sexo, religión, concepción del mundo, incapacidad, edad o identidad sexual (§ 1 AGG)⁴. Para la consecución de dicho objetivo se les otorga a los pertenecientes a alguno de los grupos de personas protegidos un derecho, cuyo contenido estudiaremos más tarde, contra los empleadores o privados que lleven a cabo un comportamiento prohibido por la ley.

La ley tiene su mayor ámbito de aplicación y repercusión en el ámbito laboral⁵. Mediante esta nueva regulación las partes firmantes de convenios colectivos, los empleadores, los trabajadores, y sus representantes en el ámbito de su función, deben tanto evitar futuras discriminaciones de este tipo, como eliminar las ya existentes. Por su parte, y correlativamente, es deber de los empleados y, en especial,

⁴ Esto no significa que los demás discriminaciones sean lícitas ya que otras normas pueden prohibir la discriminación; véase *Kock*, “M. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Überblick über die arbeitsrechtlichen Regelungen”, MDR 2006, p. 1088 y ss., que pone como ejemplo que no es lícita la práctica de una empresa consistente en sólo emplear no fumadores, ya que esto sería una infracción al derecho fundamental de la personalidad.

⁵ De la abundante literatura sobre la AGG en el ámbito laboral véase por ejemplo: *Hinrichs O./Zwanziger, B.*, “Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz”, *Der Betrieb* 2007, p. 574 y ss.; *Deinert, O.*, “Anwendungs-probleme der arbeitsrechtlichen Schadensersatzvorschriften im neuen AGG”, *Der Betrieb* 2007, p. 398 y ss.; *Maier, G./ Mehlich, T.*, “Das Ende des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes?”, *Der Betrieb* 2007, p. 110 y ss.; *Kania, T./ Merten, S.*; “Auswahl und Einstellung von Arbeitnehmern unter Geltung des AGG”, *ZIP* 2007, p. 8 y ss.; *Besgen, N.*; “Die Auswirkungen des AGG auf das Betriebsverfassungsrecht”, *Betriebsberater* 2007, p. 213 y ss.; *Seel, H.*, “AGG – Schadensersatz für Diskriminierungen im Bewerbungsverfahren”, MDR 2006, p. 1321 y ss.

de los discriminados, informarse mejor sobre sus deberes y derechos y facilitar la consecución de los mismos.

Y aunque esta ley tiene su mayor ámbito de aplicación y repercusión en el ámbito laboral, es destacable que las mayores controversias suscitadas en su elaboración y que motivaron el retraso de su aparición tienen que ver con la parte referida al derecho civil⁶, ya que, como tendremos ocasión de ver más adelante, en este ámbito la ley excede o rebasa lo dispuesto en las Directivas Europeas a cuya transposición respondía.

Por lo que se refiere a este ámbito, es una de las especialidades de esta ley la extensión de su aplicación como norma de protección en el ámbito privado, limitando de este modo la autonomía privada. De acuerdo con el legislador, ello era necesario para dar cumplimiento al mandado de igualdad constitucional también entre las relaciones entre los ciudadanos entre sí.

Hasta este momento sólo era de aplicación el principio de igualdad de trato constitucional del art. 3 de la *Grundgesetz* (GG). Pero como las demás normas de Derecho Público, ésta únicamente es de aplicación entre los ciudadanos y el poder público, pero no en las relaciones de los ciudadanos entre sí. Algunos derechos fundamentales han encontrado aplicación también a través de la

⁶ De la literatura sobre el AGG en el ámbito civil véase por ejemplo: *Lutter, M.*; “Anwendbarkeit der Altersbestimmungen des AGG auf Organpersonen”, *Betriebsberater* 2007, p. 725 y ss.; *Gaier, R./Wendtland, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, München, 2006; *Horst, R.*; „Mietrechtliche Auswirkungen des Allgemeines Gleichbehandlungsgesetzes”, *MDR* 2006, p. 1266; *Wackerbarth; U.*; „Die Vermeidung einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme aus dem AGG”, *ZIP* 2007, p. 453 y ss.; *Budde, R.*, “Auswirkungen des AGG auf Vertriebspartner”, *Betriebsberater* 2007, p. 731.; *Däubler W. /Bertzbach, M.* (edit.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar*, 1ª edic., 2007; *Bauer, J.-H./Göpfert, B./Krieger, S.*, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 1ª edic., 2007; *Roesner, R.*, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, 1ª ed., 2006.

jurisprudencia en las relaciones entre privados. Algunos de ellos⁷ han encontrado una aplicación directa a las relaciones entre privados – la conocida *unmittelbare Drittwirkung* –, y algunos otros derechos fundamentales encuentran una aplicación indirecta, lo que quiere decir que necesitan para su aplicación una cláusula general o concepto jurídico general que impongan en ese ámbito determinado la aplicación del principio – *mittelbare Drittwirkung*.⁸

Por lo que se refiere a la aplicación del art. 3 GG, esto es la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, hasta este momento sólo encontraba una aplicación directa según la doctrina mayoritaria en el ámbito laboral⁹. Pues bien, esta situación cambia a partir de la AGG, ya que no será necesario acudir al mecanismo de la *Drittwirkung* para la aplicación del principio de igualdad de trato o discriminación en los ámbitos a los que esta ley se refiere.

Ahora bien, la AGG no es aplicable a todos los ámbitos jurídicos y económicos, ni tampoco prohíbe todas las discriminaciones. En

⁷ Así por ejemplo el Art. 9 GG (derecho de asociación).

⁸ Un ejemplo de este último caso lo encontramos en el ámbito alemán por ejemplo en los párrafos 138, 241, y 242 BGB. El párrafo 138 establece en concreto que cualquier negocio que vaya contra las buenas costumbres es nulo. Pues bien, dentro del concepto de buenas costumbres podrían encontrar aplicación los derechos fundamentales. El párrafo 241 habla de tener en consideración los derechos, los bienes jurídicos y los intereses de las otras partes, y finalmente el párrafo 242 habla de *Treu und Glauben*, lo que vendría a ser en nuestro ámbito el principio de buena fe. Consecuencia de esto es por ejemplo el llamado “*arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz*” (derecho de igualdad laboral) del Tribunal Supremo, Sala de lo Social (BAG), Sentencias 15.1.1955 1 AZR 305/54; 11.9.1974- 5 AZR 667/73. *Maier y Mehlich* defienden que con la aprobación del AGG el derecho de igualdad laboral como instrumento de la jurisprudencia y de la doctrina ha perdido su derecho de existencia con la consecuencia que ahora en el ámbito laboral solo el AGG define lo que es discriminación ilícita y lo que no lo es, vea: *Maier: G./ Mehlich T.*, “Das Ende des richterlich entwickelten arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungs-grundsatzes?”, *Betrieb* 2007, p. 110, en contra: *Hinrichs, O./ Zwanziger B.*, “Allgemeines Gleichbehand-lungsgesetz – Ende des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes?”, *Betrieb* 2007, p. 574.

⁹ *Roesner, R.*, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, op. cit., p.2.

primer lugar, exclusivamente prohíbe las discriminaciones basadas en determinadas circunstancias relevantes. Y en segundo lugar, únicamente prohíbe las discriminaciones cuando tienen lugar en determinadas situaciones y bajo determinados requisitos. Nuestro cometido en los siguientes apartados será precisamente el determinar de forma detallada el ámbito de aplicación de la ley que ha configurado el legislador alemán.

2 CONTENIDO FUNDAMENTAL DE LA LEY

2.1 Ámbito objetivo de aplicación

Como acabamos de señalar la ley no es aplicable a todas las clases de discriminaciones imaginables, si no sólo a aquellas que se basen en determinados motivos. Y esos son la raza, el origen étnico, el sexo, la religión o concepción del mundo, una incapacidad, la edad, o la identidad sexual.

El ámbito de aplicación de la ley – según el párrafo 2 AGG¹⁰ – queda comprendido en aquellas discriminaciones que, basándose en alguno de los motivos señalados anteriormente, se lleven a cabo en relación con:

- 1) Los criterios de selección y las condiciones de entrada para el acceso a puestos asalariados y autónomos, independientemente del ramo de actividad y de la posición laboral, así también como para los ascensos laborales¹¹.

¹⁰ Aunque el párrafo 2 AGG es el precepto central que define el ámbito de aplicación de la ley, no es, sin embargo, la única que lo hace. Los párrafos 3 y 19 cuyo contenido contemplaremos más tarde también definen el ámbito de aplicación de la ley.

¹¹ Un problema que ya se ve en la práctica es el “AGG-Hopping” en cuyo caso hay personas que concurren a puestos de trabajo con el único fin de no recibir el puesto, para luego demandar a la empresa; véase al respecto: *Diller, M.*; “BB-Forum: “AGG-Hopping” – und was man dagegen tun kann”, *Betriebsberater* 2006, p. 1968.

- 2) Las condiciones de trabajo, comprendiendo el sueldo y las condiciones de despido, en especial en lo que corresponde a las medidas o acuerdos individuales o colectivos referentes a la ejecución o terminación de una relación laboral así como los ascensos laborales.
- 3) La entrada a cualquier forma o nivel de orientación profesional, de formación laboral, comprendiendo la formación para el trabajo, el reciclaje y la readaptación laboral así como las prácticas laborales
- 4) La entrada a una asociación de trabajadores o a una asociación cuyos miembros pertenezcan a un determinado grupo laboral comprendiendo la utilización de los servicios de dichas asociaciones.
- 5) La protección social, comprendiendo los seguros sociales y los seguros de salud.
- 6) Las ventajas sociales.
- 7) La formación.
- 8) La entrada y el aprovisionamiento con mercancías y servicios que están disponibles para el público, excluyendo la vivienda.

Son por lo tanto estos ocho ámbitos en los que tiene aplicación la prohibición de discriminación introducida por la ley alemana. Los cuatro primeros, que son los más amplios, corresponden al ámbito del Derecho del Trabajo. Los demás constituyen un grupo heterogéneo que, como vemos, se refiere a la protección social, a las ventajas sociales, a la formación, y a la entrada y el aprovisionamiento de mercancías y servicios que estén disponibles para el público. Aquí estaría referida la extensión de la ley al ámbito civil.

La ley prohíbe tanto las discriminaciones directas como las indirectas. Una discriminación directa (§ 3 I AGG), de acuerdo con la propia ley, existe cuando una persona, a causa de uno de los motivos mencionados anteriormente, recibe un trato menos

favorable que otra persona que está en situación equivalente. La ley específica expresamente que una discriminación directa a causa del sexo existe en el supuesto de un tratamiento desfavorable a una mujer en caso de embarazo o maternidad. Otro ejemplo sería una discriminación de un hombre por sus tendencias homosexuales¹².

Una discriminación indirecta existiría según la ley (§ 3 II AGG) cuando a través de comportamientos, criterios o preceptos aparentemente igualitarios pueden ser discriminadas personas a causa de alguno de los motivos señalados, a menos que los preceptos, criterios o procesos estén objetivamente justificados y para la consecución de dicho objetivo sean adecuados y necesarios. A través de esta prohibición de las discriminaciones indirectas se quieren impedir las discriminaciones que no vayan unidas a medidas o acuerdos que se refieran directamente a las características prohibidas, pero que a través de dichas medidas o acuerdos, sean igualmente discriminadas personas que incluyen en su haber uno de los motivos de discriminación prohibidos por la ley¹³. No es necesario que la discriminación tenga lugar, es suficiente con que pueda existir esa discriminación. Ahora bien ha de existir un peligro concreto de dicha discriminación, no es suficiente con el peligro abstracto¹⁴.

La ley también prohíbe otros comportamientos aparte del discriminatorio. Así también prohíbe el acoso en el trabajo, que

¹² Sentencia ArbG Berlin v. 13.7.2005 – 86 Ca 24618/04.

¹³ El BAG (Tribunal Supremo Sala de lo Social), sentencia de 8.6.2005 – 4 AZR 412/04, decidió por ejemplo que una discriminación indirecta existe en el caso de que una empresa no paga una gratificación en navidades a los empleados que solo trabajan media jornada. El BAG lo justifica con el argumento de que esto sería una discriminación indirecta por motivos de sexo porque por experiencia la mayoría de los trabajadores que trabajan solo media jornada son mujeres.

¹⁴ Véase la motivación del legislador al redactar la ley en BT-Drucks. 16/1780, p. 32. En la doctrina: Bauer/Göpfert/Krieger, *AGG*, par. 3, n° 26.

es aquel comportamiento no deseable, ni adecuado que es capaz de dañar la dignidad de la persona (§ 3 III AGG). Este acoso puede ser verbal o no verbal. No es necesario para que quede bajo la protección de la ley que se trate no de un comportamiento aislado sino que sea repetido. Esto es, se entiende que no puede haber acoso mediante una única conducta¹⁵. Es necesario por otra parte que el acoso esté en relación con alguno de los motivos de discriminación. No es necesaria una relación directa, es suficiente que tenga relación con uno de los motivos de discriminación. El acoso no será protegido por la ley cuando el daño a la dignidad no tenga relación con alguno de los motivos de discriminación mencionados en la AGG -por ejemplo, no quedaría bajo la protección de la ley cuando un trabajador es amenazado por el empresario en una reunión a acusa de su bajo volumen de ventas.

La ley también prohíbe expresamente el acoso sexual (§ 3 IV AGG), que consiste en la conducta no deseada e inadecuada con contenido sexual y que daña la dignidad de la persona en cuestión¹⁶. En el caso del acoso sexual, no obstante, se entiende que puede haber acoso mediante una única conducta¹⁷. Estos dos comportamientos de acoso y acoso sexual son difícilmente imaginables en el ámbito civil, y no pueden ser en ningún caso justificados.

¹⁵ *Kock, M.*, “Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Überblick über die arbeitsrechtlichen Regelungen”, MDR 2006, p. 1089, que entiende que sólo hay discriminación si se establece un “ambiente hostil” que no suele pasar después un único acto de acoso. En la misma línea: *Bauer/Göpfert/Krieger, AGG*, par. 3, n° 45.

¹⁶ Es necesario que el acoso sexual tenga que ver con el trabajo. No sería aplicable la AGG si durante el fin de semana el jefe ve por casualidad a su secretaria en un bar y comete un acoso sexual. Si sería de aplicación si el acoso tiene lugar en la fiesta de navidad de la empresa o en un viaje profesional, *Bauer/Göpfert/Krieger, AGG*, par. 3, n° 50.

¹⁷ *Kock, M.*, “Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Überblick über die arbeitsrechtlichen Regelungen”, MDR 2006, p. 1089.

Y por último, la orden de llevar a cabo una discriminación también está prohibida, ya que es tenida como una discriminación en sí misma¹⁸. Este comportamiento tiene lugar cuando una persona ordena discriminar a un empleado por alguno de los motivos recogidos en la ley. La orden puede constituir tanto una orden de discriminación directa, como de discriminación indirecta, de acoso, o de acoso sexual. Este comportamiento presupone que la persona que da la orden tiene poder directivo sobre el ejecutante. Y este no tiene que ser necesariamente otro empleado, puede ser por ejemplo un cliente.

2.2 **Ámbito personal de aplicación**

En cuanto al ámbito personal de la ley hay que distinguir entre las personas que están protegidos por la ley de una parte, y las personas físicas o jurídicas que están obligados a seguir los órdenes de la ley de la otra parte. La ley define su ámbito personal de aplicación en el párrafo 6.

Y en concreto determina que empleados en el sentido de la ley son:

- 1) Los trabajadores y trabajadoras.
- 2) las personas que están involucrados en su formación profesional.
- 3) las personas que, debido a su dependencia económica, son considerados como empleados.

Como empleados son considerados también los aspirantes y las aspirantes para una relación laboral, así como las personas

¹⁸ Esta idea recoge la orden dada por el legislador europeo en el art 2 de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, véase al respecto: *Däubler/Bertzbach*, AGG, par. 3, n° 80.

cuya relación laboral ha terminado. Y también determinados trabajadores autónomos y miembros de determinados órganos tendrán cabida con una extensión determinada en el ámbito de aplicación de la AGG, en especial los administradores de una sociedad limitada y el consejo de administración de una sociedad anónima¹⁹. La protección de la ley en estos casos se restringe a las condiciones de entrada a los puestos de trabajo, así como a las posibilidades de ascenso laboral (§ 6 III AGG). Esta limitación legal de su aplicación, sin embargo, puede crear problemas jurídicos de compatibilidad con el Derecho europeo, puesto que tras el posicionamiento del Tribunal Europeo de entender que los administradores de una sociedad limitada formaban parte de los empleados dependientes, la limitación de la aplicación de la ley alemana podría ser ilegal desde el punto de vista del Derecho europeo²⁰.

Por tanto no caen bajo el ámbito de protección de la ley los empleadores o empresarios u otros terceros, como por ejemplo, los clientes. Los únicos protegidos por la AGG son los empleados o trabajadores. La ley, como hemos visto, también protege las personas que debido a su dependencia económica son considerados empleados. En este aspecto hay que mencionar que a nuestro juicio habrá que aplicar la AGG también a ciertos contratos de distribución, puesto que la jurisprudencia y doctrina alemana reconoce que tanto los agentes de comercio como los franquiciadores hay que considerarlos como empleados si existe

¹⁹ *Bauer/Göpfert/Krieger, AGG*, par. 2 n° 16, que destacan con razón que la ley sólo se refiere a los contratos laborales entre la sociedad y el órgano, y no al nombramiento del órgano por la junta general. Este último es un acto societario que al menos a primera vista no queda regulado por la AGG.

²⁰ Véase al respecto: *Lutter, M.*; “Anwendbarkeit der Altersbestimmungen des AGG auf Organpersonen”, *Betriebsberater* 2007, p. 725 y ss., quien con razón destaca – que el AGG puede crear problemas a la práctica hoy vigente de incluir en una gran parte de los estatutos de las sociedades de capital normas sobre la edad máxima de los administradores o miembros del consejo de vigilancia.

dependencia económica²¹. Alguna parte de la doctrina alemana²² incluso favorece una interpretación de la AGG según la cual también una sociedad de capital puede ser considerada como empleado si se trata de una sociedad unipersonal.

Otra cuestión en el ámbito personal sería concretar quien puede llevar a cabo una discriminación de este tipo. En primer lugar, los empresarios o empleadores, que son en el sentido de la ley personas naturales y jurídicas que emplean a las personas anteriormente señaladas²³. Pero también podría llevarla a cabo un empleado, o incluso un tercero, que es cualquier persona independiente de la relación jurídica del empresario o del empleado. En este sentido se piensa fundamentalmente en clientes o personas con las que tenga relación contractual el empleador²⁴.

No se exige para la aplicación de la ley un mínimo obligatorio de trabajadores o un determinado tamaño de la empresa, de tal manera que la ley será ya aplicable desde el momento que un empresario contrata a su primer trabajador.

²¹ LAG Köln, Sentencia del 29.5.2006 – 14 (5) Sa 1343/05; *Hauck/Helm, ArbGG*, 3. Aufl. § 5, n° 18 s.; *Budde, R.*, “Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Vertriebspartner”, *Betriebsberater* 2007, p. 732.

²² *Budde, R.*, “Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Vertriebspartner”, *Betriebsberater* 2007, p. 732. Según *Däubler/Bertzbach, AGG*, par. 6 n° 24, solamente se considera como empleador en un grupo de sociedades aquella sociedad que en efectivo ha firmado el contrato laboral, y no la sociedad dominante u otras sociedades del grupo. A nuestro entender esta visión es demasiado limitada puesto que en la práctica a menudo son los administradores de la sociedad dominante los que directamente controlan la vida de las sociedades controladas.

²³ También las sociedades personales son empresarios en el sentido de la ley. Véase al respecto: *Budde, R.*, “Auswirkungen des AGG auf Vertriebspartner”, *Betriebsberater* 2007, p. 731.

²⁴ *Kock, M.*; “Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Überblick über die arbeitsrechtlichen Regelungen”, *MDR* 2006, p. 1088 y ss.

Pues bien, una vez acotados estos términos, la ley establece seguidamente en qué consiste la prohibición en sí y dice en concreto que los empleados no pueden ser discriminados ni por parte del empresario, ni de otros empleados ni de un tercero por alguno de los motivos antes mencionados, y esto vale también aún cuando la persona que discrimina sólo supone que existe una de las razones del § 1 AGG, aunque en realidad no fuera así. En definitiva, mediante este precepto, también esta prohibida la discriminación subjetiva, aún cuando objetivamente no exista discriminación.

Por su parte el empleador está obligado a tomar las medidas necesarias para la protección de los trabajadores ante las discriminaciones señaladas (§ 12 AGG).

Como se aprecia, el ámbito objetivo de aplicación así delimitado es muy amplio. Dentro de él tienen cabida todos los acuerdos y medidas individuales y colectivos. Y bajo la misma se comprenden, con pocas excepciones, todas las situaciones de la vida laboral desde la firma del contrato durante toda la relación laboral hasta el final de la misma.

En algunos casos el tratamiento desigual por las razones esgrimidas está en ocasiones permitido o es aceptable cuando dicho motivo constituya un requisito laboral decisivo a causa precisamente del tipo de actividad a desarrollar o de las condiciones de su ejercicio (§ 8 AGG).

Los motivos de discriminación prohibidos por la ley son, como es sabido, la raza, el origen étnico, el sexo, la religión o la concepción del mundo, una incapacidad, la edad o la orientación sexual. La ley no ofrece una definición ni una delimitación de los mismos, así como tampoco las Directivas europeas que motivaron su promulgación, que establecen una remisión a la normativa estatal. Ahora bien, los concretos motivos de discriminación

recogidos en la ley deben interpretarse conforme al Derecho europeo²⁵.

No toda discriminación por los motivos señalados pone en marcha las consecuencias jurídicas previstas en la ley, en especial la indemnización de daños y perjuicios, ya que en algunos casos una discriminación puede estar justificada por algún motivo y por tanto ser permitida²⁶. Esto sirve para las discriminaciones directas y las indirectas, pero como ya dijimos no para el acoso o acoso sexual que nunca van a estar justificados como es evidente. En caso de que se trate de una orden de discriminación, ésta puede encontrar justificación cuando se trate de una orden de discriminación directa o indirecta, pero tampoco cuando se trate de una orden de acoso o acoso sexual. Las justificaciones de diversa clase que son admitidas por la ley las encontramos principalmente en los párrafos 8 a 10. El párrafo 5 también recoge las llamadas medidas positivas, y el párrafo 20 se refiere a las justificaciones aplicables al ámbito civil, que veremos más adelante con detenimiento.

Por lo que se refiere al párrafo 5, éste establece que está permitido un tratamiento diferenciado cuando a través de medidas

²⁵ Véase por ejemplo la abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo (EUGH) sobre la discriminación por el sexo: EuGH, sentencia 11.3.2003 – C – 186/01; Sentencia 11.01.2000 – C – 285/98, Sentencia 30.6.1988 – C- 318/86.

²⁶ Por ejemplo hay que considerar lícito el hecho de no emplear a un piloto por su edad, véase: Sentencia del BVerfG (Tribunal Constitucional) de 25.11.2004 – 1 BvR 2459/04. También habrá que considerar lícito no emplear a un hombre en una tienda de *dessous* de mujeres para asegurar la intimidad de las mujeres. También hay que tener en cuenta que por ejemplo las iglesias según el párrafo 9 AGG tienen ciertos privilegios a la hora de buscar a trabajadores así que la iglesia católica no puede ser obligada a emplear a un protestante en casos en que la religión tiene importancia para el trabajo (por ejemplo si busca un profesor para una escuela católica). De todas formas tampoco la iglesia católica tendría derecho de discriminar a una persona por su religión si busca por ejemplo un jardinero o ayudante para la cocina. En la doctrina Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, par. 9 n° 255.

apropiadas y adecuadas, las desventajas causadas por uno de los motivos de discriminación conocidos, son frustradas o compensadas. Es necesario por tanto que exista la desventaja en primer lugar, así de acuerdo con la letra de la ley no se estaría refiriendo a posibles medidas preventivas.

De acuerdo con este artículo son permitidas las medidas para la promoción de un grupo discriminado. Ahora bien, estas medidas para el fomento de un grupo discriminado deben ser adecuadas e idóneas de acuerdo con criterios objetivos, y requieren además una ponderación en cada caso individual con la posición jurídica de la persona en cuestión. Idónea o apta es una medida cuando a través de ella se consigue eliminar las desventajas existentes. Adecuada es una medida cuando ésta respeta el principio de proporcionalidad. Es por lo tanto una cuestión que hay que decidir caso por caso. Una ventaja general para un determinado grupo no estaría en principio permitida. La indeterminación de este precepto sitúa al empresario por una parte ante la inseguridad de la ponderación, y por otra, ante el peligro, en caso de una estimación falsa, de poder ser obligado a indemnizar a los empleados perjudicados.

De acuerdo con el párrafo 8 un tratamiento desigual está permitido cuando este motivo representa una exigencia laboral esencial y decisiva a causa de la propia clase de actividad o de las condiciones para su ejercicio, siempre que el objetivo sea legal y la exigencia adecuada²⁷. Exigencias laborales pueden ser, por ejemplo, exigir una determinada formación o cualificación²⁸.

²⁷ No hay que olvidar que el empresario por vía del art. 12 GG (libertad de profesión) es libre a la hora de fijar las exigencias de cada puesto de trabajo como ya hace tiempo el Tribunal Supremo, Sala de lo Social ha confirmado, BAG, Sentencia del 31.1.1984, BB 1984, p. 1199.

²⁸ Bauer/Göpfert/Krieger, *AGG*, par. 8, nº 16.

2.3 Consecuencias jurídicas de la infracción de la AGG en el ámbito laboral

Por lo que se refiere a las consecuencias jurídicas de la infracción de la prohibición de discriminación en el ámbito laboral hay que distinguir por una parte las consecuencias jurídicas materiales de dicha acción, y por otra los derechos y reclamaciones que tienen los perjudicados en dicho caso.

Por lo que se refiere al primer aspecto hay que mencionar, primero, que los trabajadores tienen derecho a levantar una queja ante las autoridades competentes del lugar de trabajo cuando se sienta discriminado por un superior, por otro empleado o por un tercero. Y en el caso de que el empleador no adopte ninguna medida o sean notoriamente inadecuadas para impedir o prevenir en el lugar de trabajo un acoso o un acoso sexual, estarían autorizados los empleados en cuestión a dejar su puesto de trabajo sin perder su remuneración durante todo el tiempo que esto sea necesario para su protección.

Aparte de esto hay que destacar que una discriminación injustificada por parte del empresario o empleador representa una infracción de los deberes contractuales. Además las estipulaciones contractuales que sean contrarias a la ley serán ineficaces. (§ 7 II AGG). La ley no regula las consecuencias de esta ineficacia en el caso de acuerdos contrarios. En caso de invalidez de regulaciones individuales, esto es, las pactadas para un caso concreto, el supuesto no supondría un problema puesto que en este caso se llenará la laguna provocada por la estipulación inválida por vía de la interpretación contractual. En el caso de invalidez de regulaciones colectivas, la cuestión es más complicada. No existe nada estipulado en la AGG para estos casos. Y de acuerdo con la jurisprudencia, los tribunales laborales no pueden intervenir ni en

la autonomía normativa de los gestores y de las partes firmantes de los convenios colectivos ni determinar regulaciones para el futuro. Por norma general los gestores y las partes firmantes de los convenios colectivos se verán obligados a establecer una nueva regulación²⁹.

Por otra parte el parágrafo 15 establece que el empleador tiene que indemnizar los daños a los perjudicados, siempre y cuando sea considerado culpable o cuando fuera responsable de la infracción del deber³⁰. No se establece un límite máximo de responsabilidad³¹. También en el caso de que no se trate de un daño patrimonial el perjudicado tendrá derecho a recibir una indemnización adecuada de perjuicios. Aquí tampoco establece la ley un límite máximo, solamente para aquellos supuestos de indemnización por negarse a emplear a alguien por motivos discriminatorios existe un límite de indemnizar lo correspondiente a tres sueldos brutos. La demanda tiene un plazo de dos meses a no ser que por convenio colectivo se haya establecido otra cosa. El tiempo se empieza a contar en el caso de una solicitud o de un ascenso laboral desde la negativa, y en los demás casos desde que el perjudicado tenga conocimiento de la discriminación.

²⁹ Biester, F., "Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf die betriebliche Praxis", *Juris-Praxis Report (Sonderausgabe zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz)*, n° 35-37, 2006, p. 13.

³⁰ Para más detalle véase *Kock, M.*, "Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Überblick über die arbeitsrechtlichen Regelungen", *MDR 2006*, p. 1091 y ss; *Seel, H.*, "AGG – Schadensersatz für Diskriminierungen im Bewerbungsverfahren", *MDR 2006*, p. 1321 y ss.

³¹ En cualquier caso hay que destacar que la ley prevé que aunque haya existido discriminación a la hora de no emplear a una persona, esta persona no tendrá derecho a un puesto de trabajo -parágrafo 15 VI AGG-.

3 APLICACIÓN AL ÁMBITO CIVIL

3.1 Introducción y motivación del legislador

La ley dedica un apartado especial a la protección contra la discriminación en el ámbito civil, y en concreto en el ámbito objetivo señalado por la ley en su párrafo 2 I, núms. 5 a 8³². En este ámbito concreto las novedades que introduce la nueva regulación, concretamente en los párrafos 19 y ss., han sido glosadas por la doctrina en los tres aspectos fundamentales que la diferencian de la regulación anterior, y éstos son:

- 1) El mandamiento de igualdad, que hasta ahora, con respecto a las relaciones privadas, sólo se había visto compelido a través de la *mittelbare Drittwirkung* o eficacia indirecta en las relaciones entre terceros de los derechos fundamentales, se convierte a partir de este momento en un deber civil directo.
- 2) Las restringidas posibilidades de actuación existentes – demanda y acciones civiles- de las personas afectadas por un comportamiento desigual son claramente ampliadas mediante los apartados 1 y 2 del párrafo 21 de la ley.
- 3) Por último, con el fin de proporcionar una protección jurídica efectiva frente a las discriminaciones prohibidas se han visto así mismo facilitadas y aligeradas las reglas de la prueba de acuerdo con el párrafo 22.

3.2 Conductas prohibidas

En concreto, en este ámbito se impone una prohibición general de discriminación por motivo de raza, origen étnico,

³² El legislador alemán como veremos más adelante va más allá de las órdenes del Derecho europeo impuesto por las Directivas 2000/43/EG y 2004/113/EG.

religión, sexo, edad, incapacidad, o identidad sexual en el momento de la fundación, durante y al finalizar las relaciones obligatorias en tres casos muy específicos que detallaremos. A tener en cuenta, en primer lugar, es que en este ámbito se han recogido todos los motivos ya señalados en el parágrafo 1 de la ley pero con la excepción de la concepción del mundo³³.

Como fácilmente puede apreciarse son incluidos en primera línea los contratos. Ahora bien, como hay una referencia expresa al momento de la fundación de las relaciones obligatorias, también se entenderían incluidas algunas situaciones en las que la conclusión del contrato no se ha podido llevar a cabo todavía a causa de negociaciones todavía pendientes. También se ha entendido que, de acuerdo con la finalidad de la prohibición, caerían dentro del ámbito del parágrafo 19 y siguientes, los negocios jurídicos unilaterales, como por ejemplo, señala la doctrina, la denominada *Auslobung* regulada en los parágrafos 657 y ss. BGB, que consiste en una promesa pública de recompensa³⁴.

En el momento de la fundación de las relaciones jurídicas obligatorias, el supuesto de hecho de la discriminación se cumple cuando un contrato, desde el principio, es ofrecido marginando a determinados grupos de personas, basándose en los criterios o características excluyentes establecidos en el parágrafo 19, bien porque el negocio es restringido a determinados interesados basándose en valoraciones inapropiadas, bien porque es ofrecido a determinadas personas bajo condiciones desfavorables, o bien

³³ El primer borrador de la ley todavía contenía el concepto de la concepción del mundo, pero éste fue suprimido en la ley final porque el legislador temía que grupos de la extrema derecha iba invocar la AGG en su beneficio, BT-Drucks. 16/2022, p. 8, en detalle: *Däubler/Bertzbach*, AGG, par. 19., n° 16.

³⁴ *Gaier, R./Wendtland, H.*, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, op. cit., p. 9 y ss.

porque determinadas personas son discriminadas en la entrada a la negociación del contrato.

Pero hay que tener en cuenta que el principio de trato igual no solamente compele en el momento del establecimiento y finalización de las relaciones jurídicas, sino también durante su concreto desarrollo. Así constituiría una infracción de la prohibición de discriminación, aquellos contratos que sean concluidos de acuerdo a valoraciones inadecuadas, fundamentándose en alguno de los motivos señalados en el parágrafo 19, en el sentido de que el contenido del contrato sea más desfavorable para una persona o grupo de personas en relación con otras u otros. Lo mismo cabe decir de los contratos que en principio son concluidos con un contenido neutral, es decir, no desfavorable para determinadas personas o grupos de personas, pero que dejan a la parte un amplio margen de discrecionalidad en el cumplimiento del contrato, y esto se traduce en la discriminación a determinadas personas.

Por último, una discriminación también puede existir en el momento de finalización del contrato, cuando los requisitos contractuales para la disolución son especialmente difíciles para una persona determinada o grupo de personas o especialmente fáciles para otras u otros. Según alguna doctrina alemana, esto también sería aplicable en el caso de que siendo las condiciones contractuales igualitarias, por ejemplo en cuanto a los plazos exigidos para la disolución del contrato, sin embargo, en la práctica el empresario no plantea problemas para mejorar esas condiciones a determinados grupos de personas, mientras que a otro grupo le exige el cumplimiento taxativo de las condiciones estipuladas³⁵.

³⁵ Gaier, R./Wendtland, H., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, op. cit., p. 10. A nuestro entender, es lógico sin embargo que el empresario goce de cierta autonomía para decidir cuestiones tales como mejoras salariales o de cualquier otro tipo – contractuales, como las que aquí estamos viendo- a favor

3.3 Contratos y negocios jurídicos sometidos a la AGG

Pues bien los supuestos específicos en que se prohíbe la discriminación por los motivos señalados son:

1) los llamados contratos en masa, que son aquellos que típicamente llegan a efecto en circunstancias equivalentes en una multitud de casos sin tener en cuenta la persona.

Sobre lo que se ha de interpretar por contratos que típicamente llegan a efecto en circunstancias equivalentes en una multitud de casos sin tener en cuenta la persona, es algo que hay que valorar desde el punto de vista del oferente de los bienes o servicios, puesto que es a el al que se dirige la prohibición de discriminación³⁶.

En primer lugar quedan recogidos los negocios o contratos realizados por empresas que desarrollen su actividad comercial en ese ámbito concreto. Ahora bien, como la prohibición de discriminación no se dirige sólo a empresas sino a todo el mundo, ésta también es aplicable a negocios y contratos que se realizan por no industriales o no comerciales. Lo único que se exige para aplicar la prohibición es que los negocios se realicen de forma frecuente y no se limiten a un número insignificante de transacciones³⁷.

de una o determinadas personas, sin que las demás puedan alegar en todo caso discriminación. Ahora bien cuando del análisis exhaustivo de la conducta, es evidente que no se trata de favorecer a una o algunas personas determinadas sino que la intención que trasciende de dicho modo de proceder es en realidad perjudicar a un determinado grupo con la consecuencia de atentar contra su dignidad, que en definitiva, es lo que se está protegiendo mediante las características señaladas en el par. 1 AGG (y en general, en todas las regulaciones antidiscriminatorias), en este caso si que estaríamos ante una discriminación en el sentido de la ley, y como tal punible.

³⁶ *Bauer/Göpfert/Krieger, AGG*, par. 19, nº 7.

³⁷ El legislador entiende que normalmente un negocio jurídico que se lleva a cabo más de 50 veces -§ 19 V AGG- será considerado contrato de masa. Aunque el § 19 V AGG sólo se refiere a los contratos de alquiler la doctrina entiende que esta cifra se puede aplicar también a los demás contratos, véase, *Bauer/Göpfert/Krieger, AGG* par. 19, nº 7.

La siguiente condición para que se de el supuesto de hecho es que se trate de negocios que típicamente lleguen a efecto sin tener en cuenta la persona. Esto quiere decir que aquel que con su oferta se dirija a una persona en concreto no cae dentro de la prohibición de discriminación. Este requisito se cumple normalmente en el ámbito de la economía de consumo o de los servicios estandarizados, así por ejemplo en el comercio minorista, en la gastronomía, en la venta por internet, en los transportes público, etc., en donde se concluyen contratos con cada persona que pueda y quiera pagar el precio estipulado y que acepta las condiciones de la parte oferente³⁸.

2) Los contratos asimilables a los de masa, que son aquellos que llegan a efecto en una multitud de casos en circunstancias equivalentes en los que la persona en sí tiene poca importancia.

En estos supuestos se trata de negocios o contratos en los que si bien es verdad que la persona en sí juega un rol, pero esta condición tiene en sí una mínima importancia. Esto sería el caso por ejemplo de una empresa de alquiler de pisos, cuyos pisos son alquilados a cualquiera sin necesidad de un examen más profundo, pero, eso sí, a cualquiera que tenga unos ingresos determinados³⁹. O en los casos de las entidades que dan crédito al instante a cualquiera que lo solicite. Ahora bien posteriormente el préstamo solo se concede realmente si hay un informe favorable de la *Schufa* (instituto privado alemán donde se registran las informaciones sobre el grado de solvencia; y donde también constan las insolvencias)⁴⁰.

Tanto en un caso como en otro es necesario, de acuerdo con la nueva regulación alemana, que el negocio se concluya, se desarrolle y finalice con todos los contratantes bajo condiciones

³⁸ *Däubler/Bertzbach*, AGG par. 19, n° 25.

³⁹ El “alquiler” de habitaciones de un hotel o de coches está considerado contrato de masa, véase *Palandt-Grüneberg*, 67.ed., 2007 § 19 AGG, n° 2.

⁴⁰ www.schufa.de

similares o comparables. En el caso de los contratos en masa es evidente, ya que está en la naturaleza de las cosas que, puesto que como hemos dicho se trata de contratos en los que no se tiene en cuenta a la persona en sí, el negocio se lleve a cabo ofreciendo un servicio estándar con unas condiciones asimismo estándar. Algo similar ocurre con el segundo tipo de negocios que también se concluyen con un número indeterminado de personas que, al menos, cumplan unos requisitos mínimos, y donde la persona en sí tiene una importancia mínima. En estos casos también los contratos han de ser concluidos bajo condiciones similares. Y será insignificante el hecho de que un contratante en especial, debido a su especial habilidad en la negociación contractual, consiga mejores condiciones. Lo importante es que, por regla general, el negocio se lleve a cabo con todos los contratantes bajo condiciones equivalentes.

Dicho todo esto, hay que señalar que determinar a priori qué contratos son considerados incluidos en estas dos categorías a que se refiere el parágrafo 19 de la ley alemana no es posible. Esto es algo que solo se deja decidir tras una consideración individual de las circunstancias concretas para el supuesto de hecho concreto. Así lo ha afirmado la doctrina alemana⁴¹, la cual ha reconocido que aunque haya algunas pautas generales, no es posible por tanto una clasificación general en función de los tipos de contratos.

3) Aquellos contratos que para dicho supuesto de hecho tienen un seguro privado.

Caen asimismo expresamente bajo la prohibición de discriminación los contratos privados de seguros. El término -contrato privado de seguro- hay que entenderlo de manera amplia y por lo tanto se aplica tanto a seguros de salud, como a seguros de accidentes, seguros de vida etc.⁴² Como vemos, este apartado es autónomo

⁴¹ *Däubler/Bertzbach*, AGG, par. 19. n° 25.

⁴² *Palandt-Grüneberg*, 67.ed., 2007 § 19 AGG, n°2.

respecto a los anteriores, y por lo tanto hay que entender que caen bajo la prohibición los contratos de seguros independientemente de que sean contratos en masa, asimilables a los de masa, o no.

Como frecuentemente estos seguros suelen cubrir riesgos de vida básicos, la negativa a concluir el contrato puede tener importantes consecuencias para los afectados⁴³. Por lo tanto este apartado trae a colación la necesidad social de impedir determinadas diferenciaciones injustificadas, que se basen en alguno de las características mencionadas por este párrafo que estamos analizando, en cuanto a la elección de los asegurados, así como del propio contenido de los contratos de seguros. Ahora bien, no caerían bajo el ámbito de la prohibición aquellos supuestos en que el tratamiento diferenciado sea a causa de alguna de las características mencionadas, cuando la consideración de dicha característica se deriva de un principio reconocido, y es seguida de un análisis de riesgo adecuado, que se basa en datos matemáticos y estadísticos exactos.

4) Fuera de estos tres supuestos, en las demás relaciones obligatorias se restringe considerablemente la extensión de la interdicción, y sólo se prohíben las discriminaciones por razón de raza y origen étnico. El párrafo 19.2 prohíbe las discriminaciones por motivo de raza u origen étnico para las relaciones obligatorias de cualquier clase que tengan por objeto la entrada o la provisión de mercancías o servicios que estén a disposición del público.

La protección ante los comportamientos discriminatorios por razón de raza u origen étnico en este ámbito se extiende, en primer lugar, a la entrada y la provisión de mercancías y servicios que estén a disposición del público, excluyendo solamente el alquiler de viviendas. Es necesario que la disposición para la conclusión

⁴³ *Bauer/Göpfert/Krieger, AGG*, par. 19, nº 11.

del contrato sea hecha pública, esto es, que sea dada a conocer al público. El que con su oferta se dirija solamente a una persona en concreto no caería bajo la prohibición⁴⁴.

La forma en que se ponga en conocimiento del público no tiene, sin embargo, importancia, así como el número de personas que a través de ese medio realmente tengan conocimiento de la oferta. No presentan problemas los casos en que se utilicen los medios de comunicación públicos⁴⁵ – radio, prensa, tv, internet – a través de los cuales se ven informados un número indeterminado e indeterminable de personas. También son recogidos en este caso los supuestos en que en las propias instalaciones y a través del funcionamiento normal de un negocio, se utilizan requerimientos o anuncios dirigidos al público para el uso de las mercancías y servicios propios del local, por ejemplo en los comercios minoristas, grandes almacenes, en los bancos, teatros, restaurantes, discotecas, hoteles, medios de transporte públicos, etc.

Detrás de todo subyace el pensamiento de que aquellos que ponen sus mercancías y servicios a disposición del público, tienen el deber de desenvolverse de forma neutral en dicho mercado. La oferta hecha se dirige a cualquiera y es independiente de si la parte oferente actúa en el mercado de forma habitual con una intención empresarial, o no. Lo relevante es que su oferta de contratar haya sobrepasado la esfera privada. Ahora bien bajo que circunstancias se puede entender que ocurre esto, es algo que hay que decidir atendiendo al caso concreto. A este respecto la propia

⁴⁴ Lo mismo vale si es el inquilino quien se dirige al dueño por ejemplo porque ha terminado su contrato de alquiler y ofrece al dueño otro inquilino, con el fin de poder salir del piso, sin tener que esperar hasta que se cumplan los plazos para la disolución del contrato. *Horst, R.*, “Mietrechtliche Auswirkungen des AGG”, MDR 2007, p. 1267.

⁴⁵ *Horst, R.*, Mietrechtliche Auswirkungen des AGG, MDR 2007, p. 1267.

doctrina alemana⁴⁶ ha especificado que el ámbito privado no se puede restringir a la vivienda del que hace la oferta. Así hay casos en los que es objetivamente reconocible que la persona, a pesar de estar en un lugar público, de alguna manera tiene intención de separarse del alcance público, y la oferta así hecha tendría típicamente un carácter privado. Piénsese en una persona que se encuentra en un restaurante, hotel, cabina de teléfono, y adopta una actitud que es objetivamente reconocible que no se está comportando como si estuviera en público, por ejemplo cuando se aparta físicamente y habla con una voz muy suave por el móvil. Todo lo dicho, claro está, no significa que las discriminaciones en el ámbito privado sean lícitas o queden desamparadas, pero éstas no caen bajo la protección del parágrafo 19 de la AGG, puesto que es requisito para ello que se produzcan en un ámbito comercial.

Dentro del ámbito de la prohibición de discriminación del parágrafo 19.2 de la AGG, un sector de la doctrina alemana se ha encargado de especificar algunos ámbitos concretos que caen bajo su aplicación. Así, por ejemplo, se ha señalado que se incluyen los contratos concluidos en el sector de los servicios de salud mencionados por la propia AGG en su parágrafo 2.1 núm. 5. Aquí estarían incluidos los contratos que tienen lugar en el marco de la medicina preventiva y de la asistencia médica. En primer lugar, los contratos privados de tratamiento con médicos, hospitales y demás instituciones en el marco de los servicios de la salud. La prohibición también es aplicable a tratamientos de fisioterapia o psicoterapia, operaciones de estética, acupuntura, etc.⁴⁷ No depende su aplicación si el tratamiento en cuestión es de los

⁴⁶ Gaier, R./Wendtland, H., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, op. cit., pp. 17-18.

⁴⁷ *Palandt-Grüneberg*, 67.ed., 2007 § 19 AGG, n°2 y *Palandt-Heinrichs*, § 2 AGG, n°8.

reembolsables por los seguros médicos o no. Lo determinante es que se trate de un contrato sobre un servicio que de alguna manera sea apto para mantener o reestablecer la salud física o psíquica, influir positivamente en el desarrollo de una enfermedad o realizar el deseado cambio de la apariencia externa. No estarían incluidos los contratos sobre formas de curación con las manos, con oraciones de salud, o magia oculta⁴⁸. La exigencia de tratamiento igual aquí tiene exclusivamente como finalidad asegurar que nadie por causa de raza u origen étnico recibirá un tratamiento médico peor que otros.

También estarían incluidos bajo la prohibición de discriminación los contratos en el sector de la formación expresamente mencionados en el parágrafo 2.1.núm. 7, como los contratos privados con colegios, academias, u otras organizaciones de formación o perfeccionamiento.

Por último se incluiría asimismo a los contratos sobre protección social, seguridad social y promoción social expresamente mencionados en el parágrafo 2.1 núms. 5 y 6. Ahora bien como normalmente se trata de servicios públicos caería bajo el ámbito directo del principio constitucional de igualdad – en Alemania, art. 3.3 GG – por lo que en el tráfico real esta especificación tiene poca virtualidad práctica con respecto a la prohibición de discriminación civil⁴⁹.

3.4 Exclusiones o excepciones al principio de prohibición según el parágrafo 19 AGG

El propio parágrafo 19 AGG establece determinadas excepciones a su aplicación, es decir, determina determinados

⁴⁸ Gaier, R./Wendland, H., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, op. cit., pp.18-19.

⁴⁹ En este sentido Gaier, R./Wendland, H., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, op. cit., p. 19.

ámbitos en los que no será aplicable la prohibición civil de discriminación analizada. Así la interdicción de discriminación en los términos estudiados no será aplicable, sin embargo, a las relaciones familiares y sucesorias según establece el párrafo 5 del precepto mencionado. Como ha señalado la doctrina, los materiales de preparación de la ley ponen de manifiesto que para la introducción de este precepto se tomó en consideración que las relaciones jurídicas familiares y sucesorias se diferencian de forma fundamental de las demás relaciones obligatorias⁵⁰.

Más relevante es sin duda la exclusión de las relaciones sucesorias que la de las familiares, puesto que es difícil de imaginar las relaciones jurídicas familiares que se lleven a cabo sin tener en cuenta la persona en sí o en las que la persona tiene una importancia mínima⁵¹.

Por lo que se respecta a las relaciones sucesorias, la exclusión que hace el párrafo 19.4 AGG significa que el testador puede hacer uso de su libertad de testar, que es simplemente expresión de su propia libertad personal después de su muerte, sin limitación por parte de la prohibición civil de discriminación, y de esta forma poder disponer de su legado, sin que sea necesario ajustar la sucesión de su patrimonio a las convicciones sociales generales o a los valores de la mayoría. Tampoco se encuentra compelido a un tratamiento igualitario entre sus descendientes. Se entiende por tanto sin restricción la libertad de testamento, ahora bien el ordenamiento jurídico tampoco permite que la libertad de testar sea sin límite ninguno. Así un testamento o contrato de herencia, en casos muy especiales, pueden ser nulos por ser contrarios a la

⁵⁰ Däubler/Bertzbach, *AGG*, par. 19 n° 56 haciendo referencia a la motivación del legislador, BT-Drucks. 16/1780, n° 44.

⁵¹ Gaier, R./Wendtland, H., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, op. cit., pp. 21-22.

moral según el parágrafo 138 BGB, y para decidir lo que es contrario a la moral hay que aplicar los valores constitucionales fundamentales⁵². Esta regla que acabamos de expresar no puede ser suprimida por el 19.4 puesto que la AGG no tiene como objetivo bajar un escalón en el nivel de protección existente.

Asimismo la AGG en el párrafo 5 del parágrafo 19 establece otra excepción a la aplicación de la prohibición de discriminación, y es que establece que el mencionado precepto no encuentra aplicación a las relaciones civiles obligatorias que estén fundadas en especiales relaciones de cercanía o de confianza entre las mismas partes o sus parientes.

Con estas especiales relaciones de cercanía es introducida una nueva categoría de relaciones obligatorias en el derecho alemán. Tras la introducción de esta norma subyace la idea que junto con la libertad de asociación es también importante la protección de la esfera privada y de la vida familiar así como los negocios existentes en ese contexto. Con la referencia a la esfera privada, que incluye la vida familiar pero que va más allá, se está respetando un ámbito en el que cada persona queda libre de la observación pública y puede comportarse así mismo libremente. Es ese ámbito de refugio en el que uno puede “dejarse ir”. Este planteamiento es que el que explica el porqué en este ámbito, y sólo en este, pueden llevarse a cabo comportamientos discriminatorios. La ley, por tanto, acepta sin limitación discriminaciones en el estrecho ámbito vital de cada persona.

Las relaciones especiales de cercanía deben existir entre las partes de la relación obligatoria o sus parientes. Lo que se debe

⁵² Casos muy discutidos, por ejemplo, son los llamados “testamentos de amantes”, en las cuales el hombre deja todo o gran parte de su patrimonio a su amante, mientras su esposa, quien ha vivido con el durante muchos años, se queda sin herencia.

entender por partes es algo determinable de acuerdo con las reglas jurídicas civiles. Más problemática es la cuestión de la ampliación del privilegio a los parientes de las partes. De acuerdo con la doctrina alemana, de los materiales preparatorios de la ley la determinación de la cuestión debe orientarse mediante las reglas sobre los parientes del parágrafo 573.1 Nr.2 BGB. Así, un determinado grado de parentesco no es necesario, decisivo es mucho más la existencia de esas relaciones familiares. Padres, hijos e hijastros serán normalmente tenidos como parientes. Sin embargo, primos y cuñados no serán vistos de tal modo como regla general.

No obstante, el hecho de que exista una relación de cercanía entre un pariente y un tercero no significa que automáticamente aquí nos encontremos siempre en una esfera en que la parte pueda hacer cualquier diferenciación basándose en el parágrafo 19.5 AGG. El dueño de la casa no tiene justificación para discriminar a un inquilino, sólo porque en ese edificio vive su hijo⁵³.

Ahora bien, la cercanía, ya sea entre la parte y el tercero o entre los familiares de la parte y el tercero no siempre exige un lazo familiar estrecho. Puede existir así esta relación de cercanía entre la persona que cuida a la esposa o novia enferma de la parte y la parte, por lo cual es posible elegir quien cuida a la esposa o la novia sin estar restringido a las reglas de la AGG.

Por lo que se refiere a la vivienda hay también una regla específica⁵⁴, la cual determina que en lo que respecta al alquiler de viviendas está permitido un tratamiento desigual con vistas a la creación y mantenimiento de una estructura vecinal social

⁵³ Däubler/Bertzbach, *AGG*, par. 19, n° 59.

⁵⁴ La doctrina ha puesto de manifiesto su sorpresa ante la ubicación de este apartado, puesto que le correspondería mejor el parágrafo 20 que como veremos regula los tratamientos diferenciados permitidos.

estable y unas relaciones económicas, sociales y culturales armoniosas y equilibradas. A nuestro entender se quiere evitar ante todo la creación de gettos, asegurando que no haya barrios donde vive solamente gente de una nación, en definitiva, se quiere evitar la creación de una cultura “paralela”, con los problemas que ello puede originar, y sino piénsese en los problemas y disturbios que tuvieron lugar en Paris en 2006.

El primer requisito que ha de darse es que exista un tratamiento diferenciado en el alquiler de viviendas. Esto es, el arrendador, por lo que respecta a un determinado arrendamiento, con su decisión ha infringido la prohibición de discriminación. Y para que se pueda existir justificación a tal actuación es necesario que el arrendador haya tenido con dicha actuación la intención de mantener una estructura vecinal estable, así como de unas relaciones económicas, sociales y culturales armoniosas. Para la determinación de este objetivo no pueden ser utilizados los criterios subjetivos del arrendador⁵⁵, mucho más decisivo es la consideración objetiva de qué pautas de organización son recomendables para la integración de los diferentes grupos sociales⁵⁶. Una vez demostrado este examen, la conducta, y a pesar de su carácter discriminatorio, estaría justificada de acuerdo con la ley alemana.

Ahora bien no se puede simplificar tampoco demasiado este examen, ya que se requiere de un análisis estricto siempre en interés de la protección contra la discriminación. Así se podrían permitir

⁵⁵ Es discutido por ejemplo si el dueño puede decir que no alquila a una persona, porque los demás inquilinos no quieren a esta persona por lo motivos que sean, y amenazan con dejar la casa. A nuestro juicio en este caso el dueño no puede estar obligado a alquilar a alguien que al final provoca la disolución del contrato de los demás. En esta misma línea: *Derleder/Sabetta*, Die Umsetzung eines Diskriminierungsverbot im Wohnraummietrecht, WM 2005, p. 3 ss, en contra: *Börstinghaus*, ZAP 2006, Fach 4, p. 1042.

⁵⁶ *Palandt-Grüneberg*, 67.ed., 2007 § 19 AGG, n°2

ciertos comportamientos discriminatorios, aunque ellos estén ligados a la religión, que impidieran que se creara un getto musulmán o cristiano. Por el contrario, si en una zona habitacional hubiera un claro predominio de una religión u otra, ello no sería suficiente para tal comportamiento. Pero lo cierto es que la ley no especifica más que lo que aquí hemos señalado, lo cual introduce un cierto peligro, ya que dicho párrafo podría ser interpretado en sentido contrario, y ser utilizado por tanto para fomentar la creación de gettos, y la separación cada vez más intensa de etnias, culturas, razas, lo cual sería absolutamente desaconsejable y contrario al principio de igualdad y a la propio espíritu de esta ley.

De acuerdo con la literalidad del párrafo 19.3 AGG está permitido llevar a cabo tratamientos diferenciados por cualquiera de los motivos de discriminación, esto es, no establece excepción alguna entre las causas de discriminación. Y esto plantea problemas por lo que se refiere a la raza y el origen étnico, ya que la directiva antirracismo 2000/43/CE no establece ninguna excepción a la prohibición de discriminación, por lo que un tratamiento diferenciado por motivo de raza u origen étnico no puede ser en ningún caso justificado⁵⁷. Y por esta misma razón la AGG en su párrafo 20, que contempla los demás supuestos de tratamientos diferenciados permitidos, excluye, entre los motivos de discriminación, la raza y el origen étnico.

Aunque el párrafo 19.3 no ha tenido en cuenta dichas reservas, una parte de la doctrina alemana ha afirmado que dicho precepto debe ser interpretado conforme con la Directiva comunitaria, por lo que una discriminación motivada por la raza u origen étnico no puede ser justificada en ningún caso⁵⁸. En

⁵⁷ *Däubler/Bertzbach*, AGG, par. 19, n° 45, n° 59.

⁵⁸ *Däubler/Bertzbach*, AGG, par. 19, n° 45, n° 59.

cualquier caso, es evidente que valoraciones racistas no pueden fundar la construcción de la mencionada estructura habitacional o vecinal. Y la Directiva como se ve ha considerado igualmente que una discriminación teniendo en consideración el origen étnico tampoco puede justificarse.

Por último, en este tema hay que tener también en cuenta la especificación que introduce el precepto en su apartado 5, en el sentido de que el alquiler de viviendas no se considera contrato de masa, cuando el arrendador en total no alquila más de 50 viviendas⁵⁹.

3.5 Casos admisibles de discriminación según el párrafo 20

La ley seguidamente, párrafo 20, contempla casos en los que el tratamiento discriminatorio está permitido. Específicamente señala que no hay infracción de la prohibición de discriminación cuando exista una justificación objetiva para un tratamiento diferenciado a causa de la religión o la concepción del mundo, incapacidad, edad, identidad sexual, o sexo. Como sabemos, el propósito de la AGG, y en concreto de sus párrafos 19 y ss., es evitar las discriminaciones en el ámbito civil cuyo único objetivo sea desacreditar a la persona con motivo de alguna de las características ya conocidas. Ahora bien, también es cierto que en el tráfico jurídico diario son imaginables casos de tratamientos que tengan en consideración dichas características intrínsecas al ser humano, pero que a causa de motivos objetivos y razonables se entiende que no va unido a ello un descrédito de la persona o grupo de personas.

⁵⁹ Con la consecuencia de que una empresa que alquila más de 50 pisos no podría discriminar en ninguno de los casos mencionados por la ley, mientras una empresa que alquila menos de 50 pisos sólo tendría prohibido por el AGG de discriminar en el caso de raza o origen étnico, vea al respecto: *Horst, R.*, "Mietrechtliche Auswirkungen des AGG", MDR 2007, p. 1266.

En definitiva, se entiende que la prohibición de discriminación no se puede aplicar con carácter absoluto. Y por ello el párrafo 20 establece excepciones a la regla general de prohibición civil de discriminación. No se trata sin embargo de un listado taxativo y cerrado, esto es, habrá que analizar cada supuesto concreto para decidir si existe o no discriminación⁶⁰

En cuanto a las características mencionadas hay que hacer varias precisiones: En primer lugar que la mención a la concepción del mundo se debe simplemente a un fallo en la redacción⁶¹. La prohibición de discriminación debía aplicarse en principio a todas las características mencionadas en el párrafo 1 de la AGG. Ahora bien, como el legislador quería evitar el peligro de que los militantes de concepciones políticas radicales, amparándose en la protección de discriminación, pudieran intentar la entrada a negocios a los que normalmente serían rechazados por motivos reconocidos, por ello fue excluida la concepción del mundo como causa de discriminación del listado en el ámbito civil.⁶² Y por tanto tampoco tiene sentido incluirlo en las excepciones del párrafo 20. Simplemente durante la tramitación parlamentaria, una vez que fue suprimido del 19 se olvidó suprimirlo del 20. Este error evidente tiene escasas consecuencias. Porque si las discriminaciones por la concepción del mundo no caen bajo la prohibición de la discriminación, es también superfluo señalar que puedan ser justificadas⁶³.

Y como ya señalamos, no se contemplan entre las excepciones, la posibilidad de que un comportamiento discriminatorio por razón de raza u origen étnico quede justificado⁶⁴. Por tanto, en el ámbito

⁶⁰ Así lo ha entendido el legislador, BT-Drucks. 16/1780, p.43.

⁶¹ Bauer/Göpfert/Krieger, *AGG*, par. 20, n° 3.

⁶² BT-Ausschuß – Drs 16 (11) 410 v. 17.10.2006.

⁶³ Gaier, R./Wendtlund, H., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, op. cit., p. 47.

⁶⁴ Bauer/Göpfert/Krieger, *AGG*, par. 20, n° 2.

de los apartados 1 y 2 del párrafo 19 no es imaginable justificación objetiva alguna a través de la cual se pudiera aceptar, por ejemplo, que un panadero no quisiera vender su pan o un vendedor de coches que no quisiera vender automóviles a extranjeros o inmigrantes⁶⁵. En tercer y último lugar, una cuestión meramente sistemática, y es que por lo que se refiere a las relaciones que tienen por objeto un seguro privado, como a ellas se refiere el apartado 2 del párrafo 20, entonces el 20.1 sólo será de aplicación al primer párrafo del primer apartado del párrafo 19, esto es, a los negocios en masa y a los asimilables a éstos.

Pues bien, en especial⁶⁶ y según la AGG, puede existir una justificación objetiva cuando un tratamiento desigual:

⁶⁵ Ejemplos extraídos de la doctrina alemana, *Gaier, R./Wendtland, H.*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG, op. cit., pp. 47-48. Los autores afirman que no sucede lo mismo en el ámbito de las relaciones laborales, párrafos 6 y ss. de la AGG, donde por ejemplo el explotador de un restaurante asiático puede tener un interés razonable en que sus empleados tengan aspecto asiático.

A nuestro juicio, esta regla resultaría demasiado restrictiva, ya que también podrían imaginarse y plantearse casos en los cuales sean tenidas en cuenta en el ámbito civil o de la contratación la raza o el origen étnico pero no con carácter denigratorio. P. e. piénsese en el dueño de un edificio que no quiere alquilarlo a extranjeros por el miedo de que hagan uso de su derecho de poner antenas parabólicas y con ello dañen la imagen, el diseño, en definitiva, la calidad del propio edificio. Consideramos que en último caso el juicio que determina la existencia de discriminación o no ha de ser el carácter denigratorio de la medida en sí, pero como vemos pueden existir casos en que la exclusión de los extranjeros está lejos de atentar contra la dignidad personal. Evidentemente hay que ser muy cauto y riguroso a la hora de analizar estos supuestos ya que como ha señalado la doctrina alemana (*Horst, R.*; „Mietrechtliche Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes”, MDR 2006) puede tratarse de auténticas discriminaciones indirectas. Esto es, existiría el riesgo de utilizar ese argumento cuando lo que subyace bajo la medida en sí son auténticos motivos racistas.

⁶⁶ Como precisamos, los grupos de casos que contemplaremos ahora solamente son ejemplos legales. Cabe la posibilidad que no se trate de un supuesto legalmente recogido, pero que igualmente pueda entenderse que existe justificación objetiva; *Bauer/Göpfert/Krieger, AGG*, par. 20, nº 6; *Maier-Reimer, NJW* 2006, p. 2597 y ss.

1) es útil para impedir otros peligros, prevenir otros daños, u otros objetivos similares.

De los amplios términos del apartado se deduce que son incluidas todo tipo de medidas de defensa ante peligros existentes para bienes jurídicos de cualquier clase, y por tanto, es independiente si se trata de bienes jurídicos de los perjudicados, de terceros o de la colectividad. Únicamente entrará en juego esta posibilidad cuando para la consecución de dichos objetivos sea necesario y adecuado el tratamiento diferenciado.

2) es necesario para la protección de la esfera íntima o la seguridad personal.

Este supuesto pone de manifiesto que en ocasiones son necesarias, especialmente diferenciaciones en cuanto al sexo, teniendo en cuenta la necesidad de protección de la esfera íntima y la preocupación por la seguridad personal.

Por ejemplo, serían supuestos aquí incluidos los distintos horarios de apertura para hombres y mujeres de piscinas y saunas con la finalidad de proteger la esfera personal, o la reserva de determinados aparcamientos para mujeres durante la noche en los parkings por razones de seguridad⁶⁷. Naturalmente este apartado incluirá solo las diferenciaciones que sean por motivos comprensibles y razonables, y siempre que las medidas adoptadas sean adecuadas para ese objetivo. Por ejemplo, en una piscina privada es necesario para proteger la esfera personal que haya vestidores separados por sexos, ahora bien sería una exageración y por tanto no estaría ya justificado el que por ejemplo a un niño de dos años que va con su madre no se le permitiera entrar en el vestidor de mujeres acompañando a su madre⁶⁸.

⁶⁷ *Bauer/Göpfert/Krieger, AGG*, par. 20, n° 8

⁶⁸ Ejemplo extraído de *Gaier, R./Wendtland, H., Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, op. cit., p. 52.

Igualmente las diferenciaciones por motivos de seguridad personal deben basarse en verdaderas necesidades de seguridad objetiva y razonable. Esto no quiere decir, sin embargo, según ha detallado la doctrina alemana⁶⁹, que sea necesaria la existencia de amenazas. La existencia de un peligro general objetivo del que se derive una preocupación comprensible para la seguridad personal es suficiente. Estaría justificada, por ejemplo, que en el aparcamiento de un centro comercial, que hasta el momento ha sido seguro, adoptar medidas de protección, como reservar determinados aparcamientos para mujeres, sobre todo en las horas de la noche, porque las mujeres generalmente tienen un mayor peligro de ser víctimas de delitos, especialmente sexuales. Ahora bien, teniendo en cuenta dicho peligro, no estaría justificada por ejemplo la medida que prohibiera a todos los hombres entrar en dicho centro comercial.

3) cuando ofrece especiales ventajas, y falta un interés en el establecimiento del tratamiento igual.

En este caso están recogidos aquellos supuestos en los cuales personas que tienen una de las características que reciben una especial protección frente a discriminaciones, precisamente a causa de esa característica, les son ofrecidas especiales ventajas. Se trataría por tanto también de las llamadas medidas positivas del parágrafo 5. Bajo este concepto están recogidos especialmente los descuentos económicos, pero también otras condiciones especiales ofrecidas para la conclusión, el desarrollo o el término de negocios en masa.

4) cuando se basa en la religión de una persona y se refiere al ejercicio de la libertad de religión o el derecho de autodeterminación de las asociaciones religiosas. Estarían recogidos aquí todos los casos en que el tratamiento discriminatorio trajera su causa de la

⁶⁹ *Bauer/Göpfert/Krieger, AGG*, par. 20, n° 8; *Däubler/Bertzbach, AGG*, par. 20, n° 126.

religión del discriminado o discriminados. Se incluye este apartado dentro los límites o fronteras del ámbito de protección ofrecido por la libertad general de comportamiento, y en concreto la libertad religiosa. Están incluidos bajo este apartado no solo los comportamientos “estrictamente” religiosos como ir a misa por ejemplo, sino que hay que entenderlo de manera amplia, por lo que también se aplica a cualquier trabajo caritativo, o relativo a la administración de la iglesia etc.⁷⁰

Ahora bien ello no significa que cualquiera pueda alegar motivos religiosos para justificar un tratamiento diferenciado. Es necesaria la existencia de un conflicto concreto y objetivo de conciencia como consecuencia de la presión de violar o contravenir determinados convencimientos personales. Solamente en este caso estaría justificado el tratamiento diferenciado, teniendo en cuenta que en dicho caso, una presión para el mantenimiento de la prohibición de discriminación civil, sería dañina⁷¹.

La representación de la existencia de un conflicto concreto y objetivo corresponde y obliga a la parte que discrimina. La justificación a que hace referencia este artículo no se extiende sólo a las diferenciaciones que por motivos religiosos son realizadas por personas naturales, sino también a los negocios de comunidades y asociaciones religiosas.

5) Por último el parágrafo 20.2 establece una justificación especial, en el campo de los seguros privados, para tratamientos diferenciados a causa del sexo de la persona, y determina que en este caso un tratamiento de este tipo, en cuanto a primas y prestaciones, estaría permitido, únicamente si el sexo constituye un factor determinante en la consideración de la valoración del

⁷⁰ Palandt-Grüneberg, 67. ed., 2007, § 20 AGG, n° 6.

⁷¹ Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, par. 20, n° 11.

riesgo basada en datos estadísticos y matemáticos precisos y relevantes. Señala específicamente que costes en relación con el embarazo o con la maternidad no pueden en ningún caso llevar a primas o prestaciones desiguales⁷². También las diferenciaciones por motivos de religión, incapacidad, la edad o la identidad sexual estarían permitidas si se basan en estos principios de cálculo adecuado del riesgo.

Como vemos, en concordancia con la Directiva europea, en este supuesto sí que se ha excluido la posible justificación por motivo de raza u origen étnico del ámbito de los contratos de seguros. La inclusión de todos los contratos de seguros en el ámbito de protección de la prohibición civil de discriminación está dirigida a la protección contra la arbitrariedad en interés de los asegurados, lo que pertenece a los principios fundamentales del seguro privado. Ahora bien según este precepto estaría justificado un tratamiento diferenciado, exclusivamente cuando dicho tratamiento no se base en consideraciones subjetivas ni en el arbitrio de los aseguradores, sino en un análisis de riesgo basándose en principios generalmente reconocidos.

La ley habla de que se trate de un factor determinante en el análisis del riesgo, es decir no puede ser un criterio más entre otros, sino que debe ser relevante, aunque no necesariamente el único⁷³. Ahora bien la consideración de este factor tampoco puede ser arbitraria sino que debe basarse en datos estadísticos y matemáticos relevantes y exactos. Han de ser datos que sean fiables y seguros, que sean actualizados y que sean públicos o que estén disponibles para el público⁷⁴. También quedan regulados los

⁷² Véase al respecto: motivo nº 20 de la directiva 2004/113/EG.

⁷³ Gaier; R./Wendtlund, H., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, op. cit., p. 57.

⁷⁴ Véase art. 5 de la directiva 2004/113/CE y *Bauer/Göpfert/Krieger, AGG*, par. 20, nº 13.

requisitos para que la consideración o el recurso a características como religión, incapacidad, edad o identidad sexual como factores de riesgo en la determinación de las primas o prestaciones de seguros estén justificados. El uso de estas características como medio de diferenciación sólo está permitido cuando las mismas se basan en principios reconocidos de cálculo de riesgo adecuado y en especial en un análisis del riesgo matemático bajo la consideración de datos estadísticos⁷⁵.

3.6 Consecuencias jurídicas de una infracción en el ámbito civil

Recordaremos que las consecuencias jurídicas de una infracción de la ley en el ámbito laboral están reguladas en los párrafos 13 y siguientes del AGG. Así mismo, la ley en el ámbito civil también se ocupa no sólo de las cuestiones materiales del problema sino también de sus consecuencias jurídicas, y en este sentido el párrafo 21 regula dichas consecuencias en el ámbito civil.

En concreto el párrafo 21 AGG establece las exigencias impuestas por los arts 15 de la Directiva antirracismo y el 14 de la Directiva de igualdad de trato a causa del sexo. Las sanciones deben ser eficaces, proporcionadas y disuasorias⁷⁶. El párrafo primero de dicho artículo regula la acción de eliminación y omisión del perjuicio causado, como acción primera y básica en beneficio de los perjudicados. El párrafo segundo contempla la acción de indemnización de daños y perjuicios. Y los párrafos 3º y 4º aclaran que acciones basadas en los preceptos del BGB quedan intactas, y que acuerdos que intenten evadir la prohibición de discriminación no pueden hacerse valer por parte de los discriminadores.

⁷⁵ Gaier, R./Wendtland, H., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, op. cit., p. 57.

⁷⁶ Bauer/Göpfert/Krieger, *AGG*, par. 20, nº 13.

De acuerdo con el parágrafo 21 AGG pueden los perjudicados, en caso de infracción de la prohibición de discriminación, exigir dentro del plazo de dos meses (§ 21.5 AGG) la eliminación del perjuicio causado. La ley sin embargo no prevé una obligación de contratar, para el caso en que la discriminación haya tenido como resultado una negativa a contratar. Aunque ello no quiere decir que sea excluida en todo caso, como sucede en el ámbito del Derecho laboral, ya que puede entenderse que ha de ser aplicada teniendo en cuenta las circunstancias de hecho bajo la consideración de la ley. Además ésta puede ser derivada del deber de restitución natural⁷⁷.

4 REGLAS PROCESALES

Mientras el legislador de la AGG ha regulado las consecuencias jurídicas materiales de manera separada para el ámbito laboral (§ 13 ss.) y para el ámbito civil (§ 21 AGG), existen reglas de carácter procesal que tienen validez para cualquier forma de discriminación, independientemente de que sea laboral o civil.

El parágrafo 22 AGG regula concretamente la valoración de la prueba, y esta es sin duda una de las cuestiones procesales más destacables y que fueron en la elaboración legal más duramente discutidas. Así, en el proyecto de ley se preveía que la parte que interpusiera la demanda debía aportar hechos creíbles para que pudiera suponerse una discriminación de las prohibidas por la ley. Posteriormente el Bundesrat exigió que este precepto fuera reformado para reforzar las cláusulas relativas a la prueba, en el sentido de que no solamente se exigieran hechos creíbles, sino que se fundamentara en hechos demostrados. Por su parte el art.

⁷⁷ Eisenschmid, N., "Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz", *Juris-Praxis Report (Sonderausgabe zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz)*, 2006, p. 24

10 de la Directiva 2000/78/CE establece que cuando una persona se siente perjudicada por una discriminación debe aportar hechos creíbles que dejen suponer la existencia de dicha discriminación. Por lo tanto la redacción definitiva de la ley alemana no se corresponde con la letra de la Directiva europea, puesto que el parágrafo 22 de la ley alemana exige que las partes que interpone la demanda “demuestren” indicios de los cuales se pueda derivar la existencia de una discriminación de las prohibidas por la ley⁷⁸. Esto es, se ha seguido la línea de exigir hechos demostrados.

Es destacable, sin embargo, que en cualquier caso esta regulación supone una regla especial en materia de prueba, ya que la parte que reclama la infracción no tiene obligación de demostrar la misma, sino únicamente indicios de los cuales se pueda suponer la existencia de una discriminación, y será la otra parte, esto es, la que supuestamente ha cometido la discriminación quien tiene que probar en su caso que no hay infracción de la prohibición de discriminación en el sentido de la ley⁷⁹ ⁸⁰. Reglas tan laxas en materia de prueba únicamente las encontramos en el Derecho alemán en determinados ámbitos jurídicos en los que se otorga una especial protección, así en el derecho del consumidor en materia de responsabilidad por productos defectuosos, y también en el ámbito de la responsabilidad de los médicos.

⁷⁸ Véase al respecto: *Hoentzsch, S.*; “Europarechtskonformität und Auslegung der Beweislastregel in § 22 AGG”, *Betrieb* 2006, p. 2631 ss.

⁷⁹ Así p.e. la jurisprudencia alemana ha deducido del hecho de que un anuncio de trabajo en una revista no se ajusta a las exigencias de la AGG, que la empresa que ha publicado el anuncio a la hora de tomar la decisión sobre a quién otorgar el puesto también va a discriminar, Sentencia BAG, 5.2.2004 – 8 AZR 112/03.

⁸⁰ Según la doctrina este derecho solamente se da a los trabajadores individuales, y no a los comités de empresa; *Besgen, N.*; “Die Auswirkungen des AGG auf das Betriebsverfassungsrecht”, *Betriebsberater*, 2007, p. 214.

Por último también es destacable la especialidad introducida por el parágrafo 23 AGG, que establece un reconocimiento específico a las llamadas asociaciones antidiscriminatorias, que son aquellas asociaciones de personas que, de acuerdo con sus estatutos, de forma profesional, y no sólo provisionalmente, protegen los intereses de personas o grupos de personas perjudicadas. Pues bien, estas asociaciones tienen permitido intervenir como apoyo o asistencia de la parte perjudicada en las negociaciones en aquellos procesos en los que no hay obligación legal de representación por abogado⁸¹.

5 CONCLUSIÓN

Es innegable el carácter novedoso de esta ley alemana, que positiviza, por primera vez en Alemania, en una normativa general el principio de no discriminación en el ámbito de las relaciones jurídico privadas. La repercusión práctica de la misma es así mismo indudable, dado el alcance general y amplio contenido de la misma. Ello, sin embargo, no significa que la hasta ahora aplicada doctrina de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales vaya a perder en Alemania su justificación, ya que ciertos ámbitos no quedan regulados por la AGG, como por ejemplo, muchos contratos civiles individuales, esto es, aquellos que no sean considerados contratos en masa o asimilables a éstos.

Por lo que respecta a las consecuencias para nuestro ámbito nacional, a nuestro juicio, sería deseable que se tuviera en cuenta la iniciativa alemana con vistas a la preparación, elaboración e

⁸¹ No existe obligación legal de representación por abogado en el derecho alemán delante de los tribunales civiles de primera instancia (§ 78 ZPO – código de enjuiciamiento civil) y delante de los tribunales laborales de primera instancia (§ 11 ArbGG – código de enjuiciamiento laboral).

CARMEN MARÍA CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE

introducción de una normativa similar que regulara la prohibición de discriminación en los diferentes ámbitos privados. Eso sí, moderando el espíritu y el celo, excesivamente proteccionista a nuestro juicio, que ha inspirado a la normativa alemana, es decir, sin subestimar la primacía que en el ámbito civil tienen los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación.