
Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato*

» EMANUELA NAVARRETTA**

RESUMEN: El trabajo examina el impacto de las recientes directivas europeas relativas al principio de no discriminación en el derecho contractual. En particular, se analiza la incidencia de este principio sobre el contenido del contrato y sobre las elecciones contractuales. Adicionalmente, se valora si este principio puede ser aplicado a los contratos individuales más allá del ámbito de la oferta al público. El análisis se encuadra al interior de una reflexión más amplia sobre la influencia que tienen tanto el principio de igualdad como el principio de dignidad en la disciplina del contrato.

PALABRAS CLAVE: principio de no discriminación; derecho contractual; oferta al público; principio de igualdad; principio de dignidad.

* Este trabajo reelabora la ponencia presentada en el XXII Incontro nazionale del Coordinamento Dottorati di ricerca in Diritto privato, celebrado en la ciudad de Trieste, Italia, del 30 de enero al 1 de febrero 2014, y dedicado al Prof. GIOVANNI IUDICA. El trabajo fue publicado en E. NAVARRETTA, “Principio di ugualianza, principio di non discriminazione e contratto”, en *Rivista di diritto civile*, 3, 2014, pp. 547-565.

Trad. del italiano, INDIRA DÍAZ LINDAO.

Fecha de recepción: 29 de julio de 2014. Fecha de aceptación: 8 de septiembre de 2014.

Para citar el artículo: E. NAVARRETTA. “Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, julio-diciembre de 2014, pp. 129-154.

** Profesora ordinaria de Derecho Privado y de Derecho Privado Europeo en la Universidad de Pisa, Italia. Contacto: navaretta@gmail.com

Principle of equality, principle of non discrimination and contract

ABSTRACT: The essay examines the impact of recent European Directives concerning the non discrimination principle on contractual law. In particular, it considers the influence of such a principle on the content of the contract and on the contractual choice. In addition, it analyses if the principle can be applied only to the offer to the public or also to individual contracts. The essay in general makes a reflection on the influence of the principles of equality and of dignity on the contract.

KEYWORDS: principle of non discrimination, contractual law, offer to the public, principle of equality, principle of dignity.

SUMARIO: 1. El principio de igualdad y su proyección vertical sobre el contrato. 2. La prohibición de no discriminación: de la *ratio* de las intervenciones normativas al dilema del contrato individual. 3. Principio de no discriminación, responsabilidad precontractual y control sobre el contenido del contrato individual. 4. La *ratio* de la prohibición de discriminación en la oferta al público: la proyección vertical del principio de igualdad formal en concreto y la perspectiva sistemática. 5. Prohibición de discriminación y proyección horizontal del principio de igualdad. 6. Contrato y principio de igualdad. Bibliografía.

1. El principio de igualdad y su proyección vertical sobre el contrato

La relación entre principio de igualdad y autonomía privada acompaña la génesis y la evolución de la institución jurídica del contrato.

El conceptualismo de la pandectística y las codificaciones del siglo XIX, reflejo más o menos consciente¹ del liberalismo burgués y del liberalismo económico, habían plasmado la categoría del contrato bajo el presupuesto de la igualdad formal y abstracta de los contratantes², premisa de aquella justicia “postulada”³ del acuerdo que había abandonado las reflexiones grocianas de la justicia contractual⁴.

1 WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano, 1980, p. 140.

2 “La libertad de contratación y la igualdad formal de los contratantes se presentaban [cuando prevalecían las teorías económicas del *laisser-faire*, *laissez-passer*] no solo como presupuestos de la consecución de los intereses particulares [de los contratantes], sino también de los intereses generales de la sociedad”: ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, 34.

3 El conocido aforismo “*qui dit contractuel dit juste*”.

4 GROZIO, *De iure belli ac pacis. Libri tres*, Amsterdam, 1625, cap. XII, par. XI, 159, sensible a la filosofía aristotélico-tomista, concebía el contrato como fundado en una necesaria equivalencia sinalagmática: “*In ipso actu principali haec desideratur aequalitas, ne plus exigatur quam par est. [...]*”

Solo en los albores del siglo XX, ilustres sociólogos y filósofos comienzan a advertir que el acuerdo se basa en una “igualdad de hecho que en realidad con frecuencia no existe”⁵, y que los contratos, aunque “formalmente [...] al alcance de todos, en realidad no son accesibles a muchos”⁶.

Pero la constatación terminó por ser solo de hecho, y para que el derecho reaccionara a la distorsión entre la realidad y el modelo hubo de esperarse, ya no al renacimiento de corrientes sensibles al hecho real⁷ y dirigidas a verter sobre el contrato solo un poco más que “pequeñas gotas de aceite”⁸, sino a las intervenciones normativas de matriz europea inspiradas en el pensamiento ordoliberal.

La labor le correspondió en consecuencia a la Unión Europea, guiada por impulsos solo aparentemente antitéticos. El objetivo del mercado único y la tutela de las libertades fundamentales postuladas por el Tratado de la Unión reforzaron la autonomía contractual⁹, pero al mismo tiempo la condicionaron fuertemente¹⁰, conscientes de lo ilusorio de la mano invisible y de la exigencia de construir normativamente los presupuestos de una libre competencia real. En este contexto se llegó a delinear la doble exigencia de igualdad de oportunidades de acceso al mercado y de ejercicio efectivo del poder de autonomía.

Paralelamente, el objetivo de remover todos los obstáculos al mercado interno y de promover las libertades fundamentales puso en realce la exigencia de combatir todo tratamiento discriminatorio entre contratantes de diversa nacio-

Quod enim promittunt aut dant, credendi sunt promittere aut dare tamquam aequale ei quod accepturi sunt, utque ejus aequalitatis ratione debitum”.

- 5 BRECCIA, *Che cosa è “giusto” nella prospettiva del diritto privato?*, en *Interrogativi sul diritto giusto*, RIPEPE (COORD.), Pisa, 2001, 99.
- 6 La observación es de nuevo de BRECCIA, *Causa*, en *Il contratto in generale*, t. III, ALPA-BRECCIA-LISERRE (COORD.), Torino, 1999, 190 s., donde recuerda tanto el pensamiento de MAX WEBER, según el cual “los contratos –aunque formalmente están al alcance de todos– de hecho son solo accesibles a pocos”, como el de JÜRGEN HABERMAS, según el cual “la autonomía privada [...] implica un derecho universal de igualdad, es decir, un derecho a la igualdad de tratamiento según normas que garanticen una igualdad jurídica sustancial” (cursiva nuestra).
- 7 En la fase –entre los años 60 y 70– en que prevalecía la tendencia, a través de principios constitucionales, de dar funcionalidad a los institutos del derecho privado, no faltó la propuesta –pero se trató solo de una construcción doctrinaria (NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 8)– dirigida a utilizar el paradigma de la utilidad social, a la cual hace referencia el segundo párrafo del artículo 41 Const. (norma en la cual se reconocía el fundamento de la autonomía contractual), como instrumento para afirmar “el progreso de todos en condición de igualdad” sustancial (NUZZO, *op. cit.*, p. 43). El objetivo de la propuesta era el de un control sustancial y no solo formal sobre las cláusulas vejatorias en los contratos predispuestos unilateralmente (ibid., 106 ss.).
- 8 WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., 412.
- 9 LEIBLE, *Fundamental Freedoms and European Contract Law*, en *Constitutional Values and European Contract Law*, ed. by GRUNDMANN, KLUWER, The Nederland, 2008, 65 ss.
- 10 WAGNER, *Zwingendes Vertragsrecht*, en *Die Revision des Verbraucher-Acquis*, EIDENMÜLLER et al. (COORD.), Tübingen, 2011, 3, habla incluso de una “petrificación” de la autonomía privada. Cfr. sobre este punto PATTI, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, en *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, 105.

nalidad, dando origen a un proceso de progresiva incidencia del principio de no discriminación sobre el contrato¹¹. Este principio, liberándose poco a poco de su génesis mercantilista y adquiriendo un valor propiamente axiológico, se ha convertido prácticamente en paradigma de los nuevos objetivos constitucionales de la Unión Europea¹² que, después de haber acogido en su interior las tradiciones constitucionales comunes, se ha transformado en sí misma en defensora del personalismo, con una específica vocación para gobernar una sociedad siempre más compleja, multiétnica y multicultural.

En esencia, por una parte, la nueva visión económica y el objetivo de un mercado competitivo determinaron una especie de funcionalización de la autonomía contractual¹³, que para esos efectos sufrió inmediatamente limitaciones y controles.

Por otro lado, la afirmación del personalismo como ulterior sustrato constitutivo de la Unión Europea ha favorecido el redescubrimiento de la capacidad del contrato para promover también valores de la persona¹⁴, y del derecho civil para combatir fenómenos de racismo y de discriminación¹⁵.

Con el impacto de los citados fenómenos, el eje de referencia del contrato comenzó a cambiar de la igualdad puramente formal entre los contratantes a la igualdad sustancial, abriendo el amplio y complejo capítulo de los contratos asimétricos y del control sobre la justicia contractual. Indicio normativo de

11 La existencia o la ausencia de una discriminación en la disciplina de los contratos transfronterizos respecto a aquellos nacionales es el parámetro más común por medio del cual se valora el contraste de una ley o de un contrato con las libertades fundamentales. Cfr. los siguientes casos de la Corte de Justicia: *Société Générale Alsacienne c. Koestler*, causa 15/78 del 24 de octubre de 1978; *Alstom Atlantique SA y/ Compagnie de Construction Mécanique Sulzer SA e a.*, causa C-339/89 del 24 de enero de 1991; *Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano*, causa C 281/98 del 6 de junio de 2000.

12 El ápice de este proceso está marcado por el Tratado de Lisboa y por su inclusión en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pero además, por la adhesión prevista de la Unión a la Convención Europea de Derechos del Hombre.

13 Habla de “definición ‘funcional’ de la autonomía contractual” ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, en *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, 16.

14 Cfr. COLOMBI CIACCHI, *The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice*, en *Eur. Review of Contract Law*, 2006, 167 ss.; ID., *Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union*, en *Eur. Review of Contract Law*, 2006, 303 ss.; CHEREDNYCHENKO, *The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?*, en *Electronic Journal of Comparative Law*, 2004, 1 ss.; GRUNDMANN, *Constitutional Values and European Contract Law: An Overview*, en *Constitutional Values and European Contract Law*, cit., 3 ss.; KOSTA, *Internal Market Legislation and the Private Law of the Member States – The Impact of Fundamental Rights*, en *ERCL*, 2010, 409 ss.; MAK, *The Constitutional Momentum of European Contract Law. On the Interpretation of the DCFR in the Light of Fundamental Rights*, en *European Review of Private Law*, 2009, 513 ss.; ID., *Fundamental Rights in European Contract Law*, KLUWER, The Netherlands, 2008.

15 Cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, en *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, MOROZZO DELLA ROCCA (coord.), Napoli, 2002, 23. En general, cfr. SCHULZE (coord.), *Non-Discrimination in European Private Law*, Tubinga, 2011, *passim*.

esta tendencia son todas las disposiciones que afectan los acuerdos inicuos: de la disciplina sobre cláusulas vejatorias en los contratos de los consumidores¹⁶ a la normativa sobre el abuso de dependencia económica¹⁷; de la disposición sobre los retardos en los pagos¹⁸ a la normativa sobre la cesión de productos agrícolas y agroalimentarios¹⁹, hasta llegar al abuso de posición dominante²⁰ que se concreta en una explotación abusiva, y a las hipótesis de los contratos “*a valle*”^{* 21}. Tampoco falta una atención privilegiada al tema de las denominadas asimetrías microeconómicas²², primero, bajo la influencia de fuentes de hecho o fuentes *extra-ordinem*, y luego, con su atracción al ámbito de la disciplina de la Unión, en virtud del proyecto de *Common Frame of Reference* (CFR), posteriormente confluído en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) y, más recientemente, en la Propuesta de *Common European Sales Law* (CESL).

16 Arts. 33 ss. C. del Consumo.

17 Art. 3, párrafo 2, de la ley n.º 192 del 18 junio 1998, que establece: “El abuso puede también consistir en la negativa de vender o en la negativa de comprar, en la imposición de condiciones injustificadamente *gravosas o discriminatorias*, en la interrupción arbitraria de las relaciones comerciales en acto” (cursiva nuestra).

18 Art. 7 del d.l. n.º 231 del 9 de octubre de 2002, modificado por el d.l. n.º 192 del 9 de noviembre de 2012, según el cual: “1. El acuerdo sobre la fecha de pago, o sobre la consecuencia de la mora, es nulo si, teniendo en cuenta la correcta práctica comercial, la naturaleza de la mercancía o de los servicios objeto del contrato, la condición de los contratantes y las relaciones comerciales entre los mismos, así como cualquier otra circunstancia, resultan *gravemente inicuos en daño del acreedor*”. [La cursiva es adicionada].

19 Art. 62, párr. 2, lit. a), del d.l. n.º 1 del 24 de enero de 2012, *convertito** con la l. n.º 27 del 24 de marzo de 2012 y modificado por el art. 36-*bis* del d.l. n.º 179 del 18 de octubre de 2012, *convertito* a su vez con la l. n.º 221 del 17 de diciembre de 2012.

* La *conversione* de un *decreto ley* es el procedimiento establecido por el artículo 77 de la Constitución italiana, a efectos de que el Parlamento otorgue fuerza de ley a un decreto legislativo adoptado por el Gobierno sin delegación de las cámaras y en casos de extraordinaria necesidad y urgencia (nota del trad.).

20 Art. 102, c. 2, let. a) y d) TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), según el cual: “Tales prácticas abusivas pueden consistir en particular: a) en imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción *no equitativas*; [...] d) en subordinar la conclusión de los contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos comerciales, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos” (cursiva nuestra). Del mismo tenor es el art. 3 de la l. n.º 287 del 10 de octubre de 1990.

* En el ámbito del derecho de la competencia, los contratos *a valle* son identificados con aquellos que, con posterioridad y conforme al contenido de un acuerdo anticompetitivo, son celebrados entre la empresa que participó en el acuerdo y sus clientes (nota del trad.).

21 Plantea una aplicación a los contratos *a valle* de la disciplina relativa a los contratos asimétricos y, específicamente, de la disciplina relativa al abuso de dependencia económica, LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti ‘antitrust’*, II, en *Danno e resp.*, 2005, 251. Sobre este punto permítasenos remitir a nuestro *Abuso del diritto e contratti asimmetrici*, en *Annuario del contratto*. 2011, Torino, 2012, 87.

22 Véase en el DCFR la disciplina de los arts. II.-7:101, II.-7:207 y IVH.-2:104 en materia de *unfair exploitation*, y en la Propuesta de CESL el art. 51 de la ley, Anexo I.

Paralelamente, el eje del contrato comenzó a inclinarse levemente de la igualdad formal en abstracto a la igualdad formal en concreto.

Así debe entenderse el sentido que subyace a las prohibiciones de contemplar cláusulas discriminatorias que afecten la competencia, previstas en el ámbito del abuso de dependencia económica²³, del abuso de posición dominante²⁴ y de la cesión de productos agrícolas y agroalimentarios²⁵.

Y este es también –como luego se dirá– el sentido de la prohibición de discriminación por razones relativas a las condiciones personales del contratante: la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones o las prácticas religiosas (art. 43, párr. 2, d. lgs., n.º 289 del 25 de julio de 1998); la raza o el origen racial (directiva 2000/43/CE, implementada en el ordenamiento italiano con el d. lgs. n.º 215 del 9 de julio de 2003); el sexo (directiva 2000/113/CE, implementada en el ordenamiento italiano con el d. lgs. n.º 196 del 6 de noviembre de 2007); la discapacidad (l. n.º 67 del 1.º de marzo de 2006); la religión o las convicciones personales, la discapacidad, la edad o la orientación sexual (propuesta de directiva del 2 de julio del 2008 COM [2008] 426).

Ante una evolución de este tipo, el intérprete ya no puede limitarse a justificar las limitaciones a la autonomía privada bajo el presupuesto de la excepcionalidad de las previsiones que derogan el modelo tradicional²⁶. Al contrario, la tendencia de la nueva disciplina a la formación de un nuevo modelo y, al mismo tiempo, su actuar a través de intervenciones de tipo sectorial imponen al intérprete una tarea decididamente más ardua: reconducir estas disposiciones a la disciplina general del contrato en una perspectiva sistémica, pero sin la ilusión de un “sistema” monolítico²⁷ y sin llegar a la destrucción del contrato. Si bien es evidente que las desigualdades deben ser combatidas, es también cierto que, roto el velo de la igualdad formal, son tales y tantas las posibles diversidades reales que, de secundarlas todas, se corre el riesgo de poner en constante discusión la obligatoriedad del acuerdo. Análogamente, si el objetivo de la igualdad en con-

23 V. *supra* nota 16.

24 El art. 102, c. 2, lit. c) TFUE dispone: “Tales prácticas abusivas pueden consistir en particular: [...] c) en aplicar a terceros contratantes *condiciones desiguales para prestaciones equivalentes*, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva” (cursiva nuestra). Idéntico a la norma del tratado es el texto del art. 3, lit. c) de la l. n.º 287 del 10 de octubre de 1990.

25 El art. 62, párr. 2, lit. b), del d.l. n.º 1 del 24 de enero de 2012, *convertito* con la l. n.º 27, del 24 de marzo de 2012, modificado por el art. 36-*bis* del d.l. n.º 179 del 18 de octubre de 2012, convertido con la l. n.º 221 del 17 de diciembre de 2012, establece: “En las relaciones comerciales entre operadores económicos, incluidos los contratos que tienen como objeto la cesión de los bienes a los cuales hace referencia el párrafo 1, es prohibido: [...] b) aplicar condiciones objetivamente desiguales *para prestaciones equivalentes*” (cursiva nuestra).

26 “Los límites de la autonomía privada no constituyen [más] normas excepcionales”: SACCO, *Il contratto*, t. II, SACCO-DE NOVA, en *Tratt. di diritto civile*, SACCO (coord.), 3.ª ed., Torino, 2004, 309.

27 Habla de “una pluralidad de modelos, o mejor, de puntos de referencia” P. BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, en *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 493.

creto en el acceso al contrato debe inducir a un juicio sobre la elección negocial, realizar un control muy amplio e invasivo podría amenazar la misma autonomía que es el fundamento del contrato.

2. La prohibición de no discriminación: de la “ratio” de las intervenciones normativas al dilema sobre el contrato individual

De las tres áreas que resienten la tensión hacia la igualdad sustancial o hacia la igualdad formal en concreto, en su proyección vertical sobre el contrato, la más difícil de reconducir a la disciplina general de los contratos en una lógica sistémica, es la relativa a la prohibición de discriminación por razones relacionadas con la calidad del contratante, en cuanto la misma hace entrar en el ámbito de ejercicio de la autonomía un valor que fundamenta el sistema: la dignidad humana²⁸.

La participación de un valor de este rango ha hecho imprescindible una reflexión en clave sistemática sobre la *ratio* que sirve de fundamento a la prohibición de discriminación. En efecto, la normatividad y las mismas fuentes *extra ordinem* vinculan dichas prohibiciones, a veces, a la mera oferta al público –como en la directiva 2004/113/CE y en la respectiva norma de implementación en el ordenamiento jurídico italiano, así como en los Principios *Acquis*²⁹ y en el *Draft Common Frame of Reference*³⁰–, otras veces, a aquellas que se dirigen al público en el ejercicio de una “actividad comercial o profesional” –como en el art. 3 de la Propuesta de directiva del 2 de julio de 2008 COM (2008) 426–, y en otras ocasiones, en fin, a la oferta genérica de bienes y servicios –como en la directiva 2000/43 y en la respectiva normativa de incorporación al ordenamiento jurídico italiano–. En consecuencia, es necesario disolver las perplejidades planteadas por el diverso contenido de los textos normativos, especialmente, de aquellos que

28 Es ampliamente reconocido que la prohibición de discriminación por motivos relacionados con la persona del contratante se vinculan al valor de la dignidad. Cfr., entre otros, C. M. BIANCA, *Il problema dei limiti all'autonomia contrattuale in ragione del principio di non discriminazione*, en *Discriminazione razziale e autonomia privata. Atti del Convegno di Napoli del 22 marzo de 2006*, Roma, 2006, 64 ss.; GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 228 ss.; MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, 44 s.; MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 87 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, en *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, MOROZZO DELLA ROCCA (coord.), Napoli, 2002, 38; STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Padova, 2008, 258 ss.

29 MAFFEIS, *Il divieto di discriminazione*, en *I "principi" del diritto comunitario dei contratti*, en *Acquis communautaire" e diritto privato europeo*, DE CRISTOFARO (coord.), Torino, 2009, 265 ss.

30 TOMMASI, *La non discriminazione nel "Draft Common Frame of Reference"*, en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2011, 119 ss. El *DCFR* dedica a la prohibición de discriminación el capítulo II del libro II, arts. 2:101-2:105. En particular, el art. II- 2:101 establece: “*A person has a right not to be discriminated against on the grounds of sex or ethnic or racial origin in relation to a contract or other juridical act the object of which is to provide access to, or supply, goods, other assets or services which are available to the public*”.

guardan silencio en el supuesto de la oferta al público –a pesar de que la mayoría atribuye dicho silencio a un mero error en la traducción³¹⁻³²– y medir, en general, el potencial expansivo de un principio cargado de un fuerte valor axiológico.

Ahora bien, si en las diferentes reconstrucciones doctrinales es común la referencia a la dignidad humana, cuyo rango y valor aparentemente no justifica la limitación de la prohibición de discriminación al ámbito de la oferta al público³³, fueron tres las *rationes* principales reconocidas como fundamento de la restricción de la prohibición, precisamente, al campo de la negociación abierta al público.

La primera, acogiendo como presupuesto del razonamiento la regla general de que las elecciones contractuales son incuestionables, sostiene que la referencia a la oferta al público se debe a la necesidad de evitar que el área del mercado sea aprovechada por el contrayente que se sirve de la solicitud al público, si el mismo sujeto obstaculiza el mercado con barreras contrarias a los valores del ordenamiento³⁴. Esta primera tesis, por un lado, presupone la demostración del postulado de base –la regla general de que las elecciones contractuales son incuestionables– y, por otro lado, debe superar la fácil objeción a la idea de que solo el acceso al mercado valore un aspecto primario de la persona, como es la dignidad³⁵.

La segunda justificación de la limitación de la prohibición al ámbito de la oferta al público es que, en tal caso, la ofensa a la dignidad sería explícita y no relegada a un ámbito protegido por la esfera privada de la persona (“*privacy*”): “la *privacy*

31 MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 409, nota 33, retomado por GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 213.

32 Contraria a una lectura restrictiva de la directiva, motivada por el argumento de la existencia de un error en la traducción, B. CHECCHINI, *Divieto di discriminazione e libertà negoziale*, en *Diritto civile e principi costituzionali*, SALVI (coord.), Torino, 2012, 264 s.

33 Pero no es así, como diremos enseguida, porque la tutela de la dignidad no puede extenderse hasta el punto de aniquilar la libertad contractual. En sentido contrario, cfr. B. CHECCHINI, *op. cit.*, 268, según la cual: “si [...] está en juego la lesión de la dignidad humana de la persona [...], no existe una razón por la cual tal prohibición no pueda aplicarse también a las relaciones contractuales denominadas individuales”. Propone también la aplicación de la prohibición más allá de la oferta al público, CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013, 201.

34 Esta tesis zigzaguea en el pensamiento de MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 42 s. quien escribe: “el derecho contractual antidiscriminatorio [...] se inspira en la *equal opportunity*, según el modelo importado de los Estados Unidos de América [...] dirigido a garantizar la máxima eficiencia del sistema de los intercambios constitutivos del mercado”, y precisamente sobre este punto es criticado por Gentili: cfr. nota siguiente. Se debe resaltar además que el autor, inmediatamente después, resalta que el objetivo de la prohibición es la igualdad de trato digno (Id., *op. cit.*, 44-45) y la exigencia de involucrar a los particulares en la “realización de una medida de tutela de derechos fundamentales”. Pero la referencia a la dignidad por sí sola no es suficiente, para justificar la operatividad de la prohibición solo en la oferta al público, lo que –a juicio del autor– es un postulado de base (p. 215), utilizado también para justificar la atenuación de la fricción entre la prohibición y la libertad contractual (p. 53 ss.).

35 La objeción es claramente planteada por GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 225 donde señala que “una tesis que reduce la prohibición de una grave humillación de la dignidad de la persona al hecho de que tal humillación no contribuye al mercado, genera algo más que perplejidad”.

[deja de] constituir un ámbito protegido [...] cuando el mismo autor de la elección discriminatoria decide compartirla con otros, renunciando así a su propia esfera de privacidad”³⁶. Por el contrario, en la negociación individual resurgiría la relevancia de la *privacy* y su capacidad de prevalecer sobre la dignidad en el equilibrio de intereses. Esta segunda motivación no es extraña al debate europeo³⁷, sin embargo, se debe todavía justificar cómo es que la prohibición de discriminación ha sido extendida –por la doctrina³⁸ y por la misma jurisprudencia, a partir del conocido caso milanés del año 2000^[39]– a la oferta al público que consista en una mera invitación a presentar propuesta seguida de un rechazo discriminatorio, ya que en esta hipótesis la razón discriminatoria no es expuesta al público y no es exhibida más de lo que pueda serlo en una negociación individual que haga explícita la discriminación.

Por último, la tercera motivación que se aduce como respaldo del control de la elección contractual discriminatoria, pero solo en el ámbito de la oferta al público, es la exigencia de que recorran los presupuestos lógicos para una proyección horizontal del principio de igualdad. En efecto, si en la oferta al público puede operar aquel juicio comparativo inherente al concepto de disparidad de trato⁴⁰ que permite –como ha sido magistralmente expuesto⁴¹– una proyección horizontal del principio de igualdad, por el contrario, en la contratación individual una comparación similar no es posible o no se justifica. “Un caso individual por definición [...] no es el lugar de reglas generales”⁴². En otros términos, no se pueden comparar dos regulaciones de intereses individuales, cuando la única conexión entre ellas radica en el campo de los motivos, o dicho de otra manera, no se puede realizar una comparación de los motivos subyacentes a dos negociaciones: un escenario que la ley no va a indagar ni siquiera en la hipótesis de ilicitud, si esta no recae sobre el contenido o sobre los elementos esenciales del contrato.

Pero este tercer argumento debe, a su vez, confrontarse con el caso en el cual, en una negociación individual, la parte se niegue explícitamente a contratar declarando una razón discriminatoria y revelando así la comparación virtual⁴³ entre el tratamiento reservado al contratante discriminado y aquel que habría

36 MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, cit., p. 43.

37 Cfr. PINTO OLIVIERA y MAC CRORIE, *Anti-discrimination Rules in European Contract Law*, en *Constitutional Values and European Contract Law*, GRUNDMANN, WOLTERS KLUWER, The Netherlands, 2008, 115 ss. quienes distinguen entre “public and private spheres of the individual”.

38 SACCO, *Il contratto*, t. II, cit., 307 s.

39 Trib. Milano, 30 de marzo del 2000, en *Foro it.*, 2000, I, 2040 ss.

40 Esta motivación se debe a GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 221.

41 P. RESCIGNO, *Il principio di uguaglianza nel diritto privato*, en *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, 346 ss. En términos análogos cfr. CARUSI, *Principio di uguaglianza, immunità e privilegio: il punto di vista del privatista*, en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1988, 227 ss.

42 GENTILI, *op. cit.*, 223.

43 GENTILI, *op. cit.*, 222, no se aleja de la hipótesis de la comparación virtual, pero la considera imposible; sin embargo, una imposibilidad no parece subsistir frente a una declaración explícita.

sido reservado a los terceros o a la misma contraparte, si no hubiese tenido la particular connotación personal que suscita la discriminación.

En este último caso no queda más que preguntarse sobre la razonabilidad de una eventual distinción entre la discriminación declarada, en la cual se haga explícita la comparación virtual, y la discriminación subsistente, pero oculta.

Ahora bien, más allá de la obvia incidencia que la declaración puede tener en el plano probatorio –incidencia que sin embargo no tiene un valor absoluto–, un tratamiento diferenciado entre la discriminación declarada, considerada por hipótesis como fuente de responsabilidad, y la discriminación no declarada, considerada –siempre por hipótesis– exenta de la misma, implicaría, en el plano sustancial, una solución hipócrita⁴⁴, pero sobre todo una solución irrazonable, ya que, en condiciones de igualdad, un tratamiento diferenciado perjudicaría a quien negocia con transparencia respecto de quien se vale del silencio.

Pero entonces, una de dos. O bien decimos que el silencio sobre los motivos de la elección contractual es considerado legítimo, y entonces la declaración de los motivos de la elección, incluida aquella discriminatoria, debe ser considerada irrelevante, por lo menos respecto al ejercicio de la autonomía contractual; o bien decimos que la elección discriminatoria declarada debe estar controlada judicialmente, pero entonces, puesto que también el silencio podría ocultarla, tendría que imponerse constantemente una motivación del rechazo. En otras palabras, para evitar que el silencio oculte la discriminación se debería solicitar siempre y *ab initio* la motivación de las propias elecciones contractuales.

Solo que esta última hipótesis, esto es, un vínculo de originaria y generalizada motivación de la elección que guía el interés individual, significa convertir la libertad contractual en el ejercicio de una actividad constantemente sujeta a un control de la discrecionalidad, lo que no equivale a una pura limitación, sino a una alteración conceptual radical de la autonomía, es decir, a su negación⁴⁵.

Una conclusión similar es inaceptable si se comparte la tesis de que la autonomía contractual tiene fundamento constitucional⁴⁶, lo que resulta válido ya sea porque se reconozca su fundamento en el derecho a la autodeterminación

44 El mismo MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 44, reconoce que sería hipócrita diferenciar la discriminación declarada de la oculta, aunque considera tal hipocresía tolerable en términos de equilibrio de intereses.

45 Este es el resultado al que conduce tanto la tesis de CHECCHINI (*op. cit.*, 268) como el enfoque adoptado por CARAPEZZA FIGLIA (*Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013, 235), quien habla de una mera limitación (*ibíd.*, 195) cuando, por el contrario, se determina una negación sustancial.

46 V. *infra*, nota 47. Considera en cambio deseable la presencia de una regla constitucional “de garantía de la autonomía privada”, CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, en *Contratto e Costituzione in Europa*, VETTORI (coord.), Padova, 2005, 48 s.; por el contrario, a favor de una relevancia constitucional de la autonomía contractual, pero solo indirecta, cfr. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, en *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, 1 ss.

y en el libre desarrollo de la personalidad⁴⁷, *ex art. 2* de la Constitución, ya sea porque se identifique –como parece más apropiado– en la iniciativa económica privada⁴⁸. Y, de hecho, tanto el derecho inviolable, en sede de equilibrio, como el derecho protegido por la garantía del instituto en sede de limitación, no pueden ser simplemente negados por una ley o por una interpretación de la ley.

A este punto, la consecuencia es que, al no ser posible imponer un deber generalizado de motivación de las elecciones contractuales, la eventual declaración, aunque sea discriminatoria, no es cuestionable respecto al ejercicio de la autonomía contractual, siempre que se siga considerando legítimo el silencio. Obviamente, otro problema es si la declaración de la elección discriminatoria puede adquirir relevancia como expresión del pensamiento ofensivo de la dignidad de la persona, con las respectivas consecuencias en el ámbito de la indemnización.

En otros términos, no se puede generalizar en nombre de la dignidad humana un constante control de las elecciones contractuales, comprendidas aquellas individuales, porque el objetivo de tutelar tales valores no puede llegar al punto de permitir una interpretación sustancialmente derogatoria de la libertad contractual.

3. Principio de no discriminación, responsabilidad precontractual y control del contenido del contrato individual

El razonamiento que induce a excluir la posibilidad de generalizar un control sobre las elecciones individuales que subyacen al contrato no equivale a negar que puedan existir contextos y motivaciones que, por el contrario, justifiquen una valoración del ejercicio de la autonomía privada, ni que estos ámbitos deban concebirse en términos estrictamente excepcionales.

Incluso antes de volver a la reflexión sobre las previsiones dictadas en materia de oferta al público, debe tenerse en cuenta que una razón general que induce al ordenamiento a someter a la autonomía contractual a un control de tal

47 Se trata de la tesis predominante en Alemania y Portugal. Cfr. FLUME, *Allgemeiner Teil del Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1992, 17 ss., y PINTO OLIVEIRA y MACCRORIE, *Anti-discrimination Rules en European Contract Law*, en *Constitutional Values and European Contract Law*, cit., 113. Sobre el punto, en sentido crítico respecto a la orientación alemana, cfr. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 139 ss.

48 Ven en el art. 41 Const. la fuente de reconocimiento directo de la autonomía contractual, G. BENEDETTI, *Negozió giuridico e iniziativa economica privata*, en *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, 97 s.; ID., *Appunti e osservazioni sul seminario*, en *Persona e mercato*, Milano, 1996, 139; MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea*, en *Eur. Dir. Priv.*, 2005, p. 54, y en *Contratto e Costituzione in Europa*, cit., 96; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 31 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, en *Annuario del contratto*. 2010, D'ANGELO E ROPPO (coords.), Torino, 2011, 27. Permisitasenos remitir a nuestro *Diritto civile e diritto costituzionale*, en *Riv. dir. civ.*, 2012, 666 ss.

entidad que coloca su ejercicio en términos discrecionales, es el hecho de que en las relaciones precontractuales una parte haya generado una confianza en la otra. Esta circunstancia refuerza el vínculo entre las dos partes, al someter el ejercicio de la libertad al control de la corrección, la cual ciertamente no puede reputarse impermeable al principio de dignidad.

No vale tampoco objetar que el rechazo discriminatorio no añade nada al rechazo injustificado *tout court*, porque mientras este último es suficiente para dar lugar a una responsabilidad precontractual, pero limitada a la indemnización por concepto de daño patrimonial, viceversa, el rechazo o, más en general, la conducta precontractual discriminatoria legitiman también la reclamación del resarcimiento del daño no patrimonial. Tampoco debe temerse el riesgo de que a través de la responsabilidad precontractual por la celebración de un contrato válido pero desventajoso se pueda pretender un constante control sobre la elección contractual, porque *ab imis* es necesario excluir una generalización *tout court* de este tipo de casos. La responsabilidad precontractual por la celebración de un contrato válido, pero desventajoso⁴⁹, antes de producir efectos sobre la disciplina del contrato discriminatorio, conduciría, de hecho, al inaceptable resultado de abrogar la disciplina sobre los vicios del consentimiento, allí donde cualquier vicio incompleto –incluso un simple error en los motivos– permitiría obtener, con la prueba de la conducta incorrecta y a través del resarcimiento del daño, una suerte de corrección del contrato, que es más lo que concede el remedio de la anulación.

Si, posteriormente, de la responsabilidad precontractual se procede hacia el contrato, el objeto de reproche a la luz de los valores constitucionales, específicamente, del principio de no discriminación y del valor de la dignidad, no es ya la elección contractual en sí misma, sino aquella porción de elección que las partes quieren que se convierta en “ley privada”, y que por ello no puede de ninguna manera ponerse en contradicción con los principios del ordenamiento.

Esta progresión de la elección en sí a la porción de elección llamada a convertirse en “ley privada” explica la discontinuidad –defendida con autoridad⁵⁰ y al mismo tiempo criticada con autoridad en doctrina⁵¹– entre límites relativos a

49 El tema –como es bien sabido– ha animado el debate de la doctrina especialmente después de las siguientes sentencias: Cas. del 29 de septiembre de 2005, n. 19024, en *Foro it.*, 2006, c. 1105 ss., con comentario de SCODITTI; S.U. del 19 de diciembre del 2007, nn. 26724 e 26725, en *Danno e resp.* 2008, 525 ss., con comentario de ROPPO y de BONACCORSI; así como Cas. del 8 de octubre de 2008 n. 24795, en *Foro it.*, 2009, I, c. 440 ss., con comentario de SCODITTI. En posición crítica, especialmente frente a la generalización de la responsabilidad precontractual por la conclusión de contrato válido, pero desventajoso, D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, en *Trattato del contratto*, ROPPO (coord.), V, *Rimedi*, Milano, 2006, 1132 ss.

50 RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 18 ss.

51 P. BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, en *Enc. dir.*, XXIV, cit., 491, según el cual “la distinción entre límites relativos al poder privado de autodeterminación y límites relativos a la estructura del contrato deja cierta perplejidad, ya que el contenido de la disciplina sobre la estructura no

las elecciones subyacentes a la autonomía privada y límites relativos a la estructura y al contenido del contrato: una discontinuidad que es lógica y no axiológica.

De esta premisa deriva un imprescindible y constante control del contenido del contrato, incluso del individual, a la luz del principio de no discriminación.

Piénsese en el caso en el cual el contrato contenga una condición discriminatoria, por ejemplo, que el arrendatario no profese una particular religión o que el conviviente del arrendatario no sea del mismo sexo. Una cláusula de este tipo debe reputarse nula: una nulidad que repercute en el contrato, ya sea que la otra parte no se encuentre entre los sujetos discriminados –lo cual es señal de la sanción en términos de ilicitud del contenido–, ya sea que la otra parte se encuentre entre los sujetos discriminados, caso en el cual al remedio de la nulidad se acompaña el resarcimiento del daño, incluso el no patrimonial.

Se puede llegar a las mismas conclusiones respecto de otras posibles cláusulas discriminatorias. Piénsese en la cláusula que autoriza el subarriendo, pero lo prohíbe para los extranjeros que no pertenecen a la comunidad europea o que en tales hipótesis prevé un incremento del canon de arrendamiento. Una cláusula de este tipo podrá, aplicando el primer párrafo del art. 1419 C.C., determinar la nulidad de todo el contrato, y entonces a la persona discriminada le quedará el remedio del resarcimiento del daño patrimonial; o podrá determinar la nulidad de la cláusula singular, y en este último caso bastará remover la cláusula del contrato o, si es necesario, integrarlo con la correspondiente cláusula no discriminatoria que se infiera del mismo acto⁵².

La perspectiva de control del contenido del contrato, si la atención se desplaza del contrato en general a las múltiples posibles tipologías negociales, abre dos frentes problemáticos respecto al principio de no discriminación: el ámbito de los contratos asociativos, por una parte, y el de los actos de liberalidad y el de los actos *mortis causa*, por otra.

En relación con los primeros, su misma estructura implica la previsión de reglas de ingreso de nuevos asociados o socios, de modo que sigue el interrogativo sobre la compatibilidad entre el principio de no discriminación y la cláusula de agrado o de mero agrado. Sin embargo, la latitud de estas previsiones no permite

puede no reflejarse sobre el modo de ser del poder privado y viceversa”. La observación es ciertamente perspicaz, pero debe considerarse asimismo que el modo de ser del poder privado encuentra sus propias razones en una multiplicidad de elecciones y en aquella esfera nutrida por los motivos y por los intereses perseguidos por las partes que el legislador por regla general no indaga ni siquiera en la hipótesis de ilicitud; viceversa, la estructura y el contenido del contrato se refieren a aquella parte de la elección que los particulares tienen la intención de traducir en un vínculo obligatorio y que, por tanto, no pueden contrariar los valores del ordenamiento sobre el cual se pretenden legítimar.

52 Tampoco cabe excluir que en una negociación individual puedan igualmente concurrir los presupuestos de un contrato asimétrico, caso en el cual resultaría excluida la nulidad de todo el contrato, mientras no se debe ceder –como luego se dirá– a la tentación engañosa e injustificada de considerar automáticamente a la persona discriminada como contratante débil.

realizar un juicio apriorístico de ilicitud, sino que introduce ciertamente la exigencia –respaldada por el empalme entre la regla de corrección y el principio de la dignidad– de someter su aplicación al tamiz de la no discriminación.

Aún más complicado es abordar el ámbito de la liberalidad y de los actos *mortis causa*, respecto a los cuales la orientación prevalente excluye –incluso en el caso de la oferta al público– la aplicabilidad de las leyes antidiscriminatorias bajo el presupuesto de que el espíritu de liberalidad es inatacable⁵³. Ahora bien, si esa deducción es aceptable en el ámbito de la elección negocial, no parece colocarse en los mismos términos el control inherente al contenido del acto que, vale la pena reiterarlo, tiene la capacidad de traducir el reglamento de intereses en ley privada, lo que está subordinado al respeto de la licitud. Por ello debe recordarse que, en los actos en examen, el régimen operante en caso de ilicitud de la carga, del motivo especificado o de la condición, salvo una que otra duda relativa a esta última⁵⁴, es el de la no incidencia de los mismos sobre el acto, a menos que el factor ilícito haya sido, además de especificado en el acto, el que haya determinado al disponente a ponerlo en marcha. Pero entonces, donde se presente esta circunstancia, corresponde preguntarse por qué razón la ofensa a la dignidad que opera a través de una disposición discriminatoria deba tener menor valor respecto a otras causas de ilicitud de la cláusula⁵⁵.

Por último, que el reglamento contractual en cuanto “ley privada” deba ser compatible con los valores del ordenamiento y, en consecuencia, con el valor de la dignidad que subyace a la prohibición de discriminación, aparece confirmado en una reciente sentencia de la Corte de Apelación de Milán, que somete un contrato particular a una interpretación *ex fide bona* inspirada en el principio de no discriminación. Se trata del caso decidido por la sentencia del 29 de marzo de 2012^[56] que, a la luz del principio de no discriminación, interpretó que la

53 SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, en *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, 823.

54 También a la condición parecería más razonable aplicarle la misma regla dictada para las cargas y para los motivos.

55 Es claro que posteriormente el punto será el de establecer la naturaleza efectivamente ilícita de la cláusula a la luz de la razonabilidad o no razonabilidad del trato desigual en comparación con el contenido del acto. Imaginemos el caso en el cual una comunidad étnico-religiosa decida efectuar una donación con una precisa cláusula de destinación del bien a sujetos pertenecientes a aquella etnia o religión. En tales circunstancias la necesidad –que subyace a la cláusula– de garantizar la continuidad de pertenencia de determinados bienes a una comunidad cultural, ciertamente no evidencia ninguna ofensa contra la dignidad de la persona. Diferente sería el caso en el que un empleador ofrezca un regalo a sus trabajadores, con la explícita cláusula de que no debe tratarse de trabajadores extranjeros que no pertenecen a la comunidad europea (“extracomunitarios”), o aquel en el que una abuela disponga un legado para su nieto, con la condición de que este no se vaya a vivir con una persona del mismo sexo. Tampoco debe temerse que la nulidad perjudique a la persona discriminada, porque tal remedio va siempre acompañado del resarcimiento del daño no patrimonial.

56 La sentencia es inédita.

cláusula de un contrato de trabajo relativa al seguro de salud privado pagado con una contribución retenida del sueldo era también extensiva al conviviente *more uxorio* del mismo sexo.

En definitiva, la primera conclusión a la que se puede llegar es que, siendo el fundamento de la discriminación la ofensa a la dignidad humana, el contrato individual no resulta impermeable a esta.

Sin embargo, una cosa es hacer depender del respeto al valor de la dignidad aquella porción de la elección que las partes quieren traducir en ley individual, o sea el contenido del contrato, y otra cosa es controlar la elección contractual en sí misma, lo cual, si no se quiere anular la misma autonomía, es admisible solo en particulares contextos y por particulares razones.

4. La “ratio” de la prohibición de discriminación en la oferta al público: la proyección vertical del principio de igualdad formal en concreto y la prospectiva sistemática

Pasando del control sobre la licitud del contrato a la revisión de la elección contractual, corresponde verificar cuáles razones, más allá de aquellas que subyacen a la disciplina general sobre la responsabilidad precontractual, justifican un control de mérito a la luz de la prohibición de discriminación.

Esta reflexión conduce de nuevo a la pregunta inicial sobre el significado y sobre la *ratio* de la prohibición de discriminación en el ámbito de la oferta al público.

Come dijimos en su oportunidad, para justificar la operatividad de la prohibición únicamente en la oferta al público no basta aducir la presencia en este ámbito de un término de comparación, ya que aun en una negociación individual la discriminación declarada hace explícita una comparación virtual. Del mismo modo, no es suficiente plantear el argumento que invoca la cobertura de la *privacy* en la negociación individual y la ve diluirse en la oferta al público, porque de lo contrario no podría formar parte del radio operativo de la prohibición una invitación a presentar oferta no discriminatoria, que postergue la evidencia de la discriminación al momento de la presentación de la oferta; viceversa, tendría que ponerse en duda la posibilidad de sustraer de la prohibición una negociación individual que haga explícita, tal vez incluso en presencia de terceros, la razón discriminatoria, ya que en este caso resultaría arduo invocar la protección de la *privacy*.

Reaparece entonces la tercera motivación, aquella que justifica el control de la elección contractual –que tutela el debido respeto a la dignidad– en la ventaja que obtiene el sujeto que explota el área del mercado a través de la oferta al público. Pero es totalmente evidente la estridencia⁵⁷ de una lógica mercantilista,

57 GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 225.

que en todo caso no es completamente ajena a las tendencias originarias de la Unión Europea⁵⁸, respecto a un valor tan alto como el de la dignidad.

Ahora bien, la lectura del fenómeno, a la luz de las directivas y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no reside en ese tipo de lógica mercantilista, sino en el equilibrio de los intereses que el legislador ha realizado entre la autonomía contractual del particular que explota la ventaja de la oferta al público con la cual puede contactar a una pluralidad de contratantes, y la igualdad de oportunidades de acceso al mercado de una pluralidad de sujetos que de otro modo quedarían excluidos. Por lo tanto, el sacrificio de las mayorías respecto del interés del particular en el ejercicio de la autonomía contractual es la razón que induce al legislador a infringir el vínculo de la regla general que dicta que las elecciones contractuales son inatacables, lo que resalta inmediatamente la participación de la dignidad y da voz a la igualdad de trato digno⁵⁹ en el acceso a la autonomía, realizando –a través de la prohibición– una acción positiva en beneficio de la igualdad formal en concreto.

Si esta es la *ratio* de las previsiones normativas relativas a la oferta al público, es a partir de ella que debe valorarse la cuestión sistemática sobre la posible proyección del control por fuera del perímetro normativo.

Ahora bien, como es claro, el equilibrio de intereses entre la libertad del particular y la igualdad de oportunidades de ejercicio de la autonomía de una pluralidad de sujetos no puede trasladarse fuera de la oferta al público, porque proyectado sobre el conflicto individual desaparece precisamente el elemento de la pluralidad de las personas excluidas. Por otro lado, tampoco es posible invocar en modo automático la lesión de la libertad contractual del particular respecto a un comportamiento discriminatorio aislado, ya que esto en sí mismo no descarta la posibilidad de negociar con terceros⁶⁰.

Esta misma razón impide proyectar *tout court* por fuera de la previsión normativa la prohibición de discriminación prevista en relación con el acceso al contrato de trabajo, ya que si la intervención normativa se justifica como acción positiva –pero no imprescindible– a favor del acceso a un valor de rango constitucional, también es cierto que la discriminación individual no perjudica en absoluto el derecho del sujeto a dirigirse a otros contratantes y, por tanto, el

58 Sobre la relación entre libertades económicas fundamentales y la prohibición de discriminación por razones ligadas a la nacionalidad véase el originario art. 1-4, denominado “Libertades fundamentales y no discriminación”, del Título I del Tratado que pretendía instituir una Constitución para Europa. El texto se puede leer en *Contratto e Costituzione in Europa*, cit., 275. Véase también *supra* nota 11, sobre la jurisprudencia de la Corte de Justicia en materia de prohibición y libertades fundamentales.

59 MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., esp. 44.

60 Esta es la razón por la cual no convence la tesis de CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., esp. 194 ss., según la cual el fundamento de la prohibición de discriminación sería precisamente el ejercicio igualitario de la libertad contractual, relevante, de acuerdo con su sentir, incluso de cara a una discriminación singular y aislada.

modelo normativo no es suficiente para soportar una proyección sistemática por fuera del campo operativo de la ley.

Estas consideraciones, si bien impiden la proyección automática de la prohibición más allá de su campo operativo, no obstruyen sin embargo sus posibles implicaciones sistemáticas.

Por el contrario, en primer término inducen a reflexionar sobre la aplicación de las leyes antidiscriminatorias a la oferta al público, sobre el tratamiento que se debe dar en los casos en que la discriminación desplegada a través de tales ofertas sea tan difundida en una determinada área o en un mercado particular que impida en concreto el ejercicio de la autonomía privada del particular que se encuentra sin alternativas en el mercado. Ahora bien, de cara a la prueba de una efectiva difusión del comportamiento discriminatorio en un ámbito relevante del mercado, no se debe excluir la posibilidad de invocar mecanismos de tutela establecidos a favor de la libertad contractual, partiendo de la obligación a contratar⁶¹, remedio tal vez mucho más eficaz que la simple indemnización del daño.

En segundo término, regresa el dilema sobre la capacidad expansiva de la *ratio* de la ley y de los principios, respecto a las hipótesis en las cuales negociaciones individuales produzcan como resultado la exclusión del acceso del particular a un bien. La hipótesis es tendencialmente más teórica que práctica, allí donde pudiera imaginarse la imposibilidad de acceso a un bien que se origine en la conducta de uno o más particulares que no se valen de la oferta al público. Sin embargo, de la teoría se puede llegar fácilmente a la práctica si se pasa de un concepto de imposibilidad absoluta a uno más relativo. Un tránsito de este tipo no puede justificarse de manera general, sino solo cuando el ejercicio de la autonomía privada está en función de acceder a un bien de valor fundamental, como por ejemplo la vivienda⁶². Imaginemos el caso de un sujeto que identifica un área caracterizada por su accesibilidad razonable al puesto de trabajo, pero encuentra negado el acceso al bien vivienda por una misma conducta discriminatoria de todos los propietarios de casas que arriendan sus inmuebles a través de negociaciones individuales o por la conducta del único propietario de casas arrendadas en la zona a título individual. En tal hipótesis, no puede decirse que la autonomía privada es absolutamente negada respecto al acceso al bien “vivienda”, ya que el sujeto podría trasladarse a otra zona; pero precisamente la relevancia fundamental del bien puede legitimar un juicio más relativo, que claramente no debe

61 Sobre la posible aplicación de este remedio incluso fuera de las expresas disposiciones normativas, y específicamente en el ámbito de la normativa *antitrust*, cfr. C. OSTI, *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, en *Contratto e antitrust*, cit., 34 ss. y MELI, *Diritto “antitrust” e libertà contrattuale: l'obbligo di contrarre e il problema dell'eterodeterminazione del prezzo*, en *Contratto e antitrust*, cit., 55 ss.

62 Sobre el derecho a la vivienda cfr. fundamentalmente BRECCIA, *Diritto all'abitazione*, Milano, 1980, *passim*; ID., *Diritto all'abitare*, en *Immagini del diritto privato*, 1, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, 539 ss.; ID., *Itinerari del diritto all'abitazione*, ibíd., 559 ss.

traducirse en favorecer la elección más cómoda, sino que debe juzgar la objetiva imposibilidad relativa de acceder al bien fundamental.

Ahora bien, de llegar a verificarse tales condiciones extremas, se deberá entender que el intérprete, bajo la lógica de la *ratio* normativa y de los principios, puede efectivamente reconocer una ulterior justificación para un control sobre el ejercicio de la autonomía privada incluso fuera del ámbito de la oferta al público. Y de hecho, en caso de conflicto entre dos libertades contractuales no negadas, la ofensa a la dignidad que se concreta en el ejercicio de una de las dos no puede llevarse hasta la negación de la misma autonomía privada; por el contrario, ante una libertad objetivamente negada, en términos absolutos o en términos menos absolutos, pero objetiva y razonablemente relevantes, no puede invocarse precisamente el valor de la autonomía que en relación con la contraparte resulta radicalmente negado. En consecuencia, se vuelve a abrir la exigencia de un control sobre su ejercicio.

5. Prohibición de discriminación y proyección horizontal del principio de igualdad

Si la *ratio* de la prohibición de discriminación en el ámbito de la oferta al público ha sido identificada en la necesidad de preservar la misma dignidad de acceso de una pluralidad de sujetos al ejercicio de la autonomía contractual y, en consecuencia, en la proyección vertical de la igualdad formal en concreto sobre el ejercicio de la autonomía privada, hay que señalar, además, que la misma prohibición se orienta igualmente a evocar una proyección en sentido horizontal del principio de igualdad.

Cuando las previsiones normativas disponen un trato igualitario en coordinación con la prohibición de discriminación, no se refieren en realidad a un banal deber de aplicación de una misma condición contractual, sino que concretan precisamente una proyección horizontal del principio de igualdad, pero solo en los límites de su adaptación al contexto contractual y solo en los límites de la prohibición de discriminación.

Esta última afirmación puede parecer singular si se considera que, en su valor vertical, principio de igualdad y principio de no discriminación⁶³ son el uno derivación del otro, y que ambos están sometidos al control de razonabilidad. El legislador no puede efectuar tratamientos irrazonablemente diferenciados ni

63 Los dos principios están contemplados de manera unitaria en el artículo 3 Const., mientras fueron articulados en dos normas diversas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: arts. 20 y 21. Cfr. GHERA, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, 20 ss.; MILITELLO, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, WP C.SD.L.E. "Massimo D'Antona". INT, 77/2010, 1 ss.

equiparar irrazonablemente situaciones diferentes⁶⁴. De ello se desprende que la violación de las prohibiciones a las cuales hace referencia el art. 3 Const. viola el principio de igualdad, a no ser que la diferencia de trato se demuestre razonable, así como las diferencias de trato irrazonables pueden resultar discriminatorias y lesivas de la igualdad, incluso por fuera de las explícitas prohibiciones del artículo 3 Const.⁶⁵, hoy integradas por aquellas previstas en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Sin embargo, el tránsito del valor vertical al valor horizontal del principio de igualdad implica evidentemente algunos ajustes.

En primer lugar, las diferentes perspectivas conducen a que el escrutinio sobre la razonabilidad deba estructurarse no en relación con la ley, sino en relación con el contenido del contrato: piénsese en la prohibición de acceder a alguna prestación por parte de personas con una discapacidad específica dondequiera que para ellas pueda reflejarse en problemas de salud.

En segundo lugar, en su proyección horizontal el principio de no discriminación no opera en toda la latitud que proviene de la exigencia de evitar tratos desiguales injustificados respecto de la ley, precisamente porque, en relación con el contrato, el principio de igualdad no incide más allá de la prohibición de discriminación. Entonces, si bien se puede estar de acuerdo sobre la oportunidad de extender las razones de discriminación más allá de las indicadas por leyes especiales y por las directivas⁶⁶, es dudoso, por el contrario, que aquellas puedan sobrepasar las especificadas por el artículo 3 Const. y por el más detallado artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, únicamente sobre la base de una presunta falta de razonabilidad del tratamiento contractual, porque una deducción similar corre el riesgo de superponer a las razones de las partes las razones del intérprete. Una diferencia de tratamiento que no pueda ser reconducida a los paradigmas normativos dictados por los principios constitucionales puede tener relevancia en el campo contractual, pero no con fundamento en una falta de razonabilidad *tour court*, sino sobre el presupuesto de una ofensa contra la dignidad⁶⁷.

64 Cfr. BARBERA, *Discriminazioni e eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, 34 ss.

65 Esta posición fue afirmada a partir de la sentencia Corte cost., 29 marzo 1960, n.º 15, en *Giur. Cost.*, 1960, p. 147, con comentario de PALADIN.

66 El caso C-303/6 *S. Coleman v. Attridge Law*, decidido por la Corte de Justicia el 10 julio de 2006, en *European Antidiscrimination Law Review*, 2007, 51, ha planteado recientemente el problema de la discriminación perpetrada contra un sujeto que no es directamente el portador del elemento que suscita la discriminación; en el caso concreto se trataba de la discapacidad, pero en estricto sentido se trataba de un pariente cercano al discapacitado, su madre. Sobre el tema cfr. WADDINGTON, *Protection for Family and Friends: Discrimination by Association*, *ibid.*, 13 ss. El problema ya había surgido en el caso *Six complainants v. A public house*, decidido por el *Equality Tribunal*, del 27 de enero de 2004, DEC-S/2004/009-014, de Dublín, que se había ocupado de la exclusión del acceso a un *pub* de un grupo de clientes, entre los cuales estaba incluida una persona con alguna discapacidad.

67 Diferente es solo el caso de los contratos con la administración pública, en cuya fase de celebración se reflexiona precisamente sobre la perspectiva pública de la tutela de los intereses

6. Contrato y principio de igualdad

El breve análisis del principio de no discriminación muestra su valor emblemático, no solamente con miras a evidenciar en qué términos y límites es admisible una proyección del principio de igualdad, sino sobre todo con el fin de poner en evidencia algunos aspectos peculiares de la proyección vertical del principio de igualdad en su desprendimiento gradual de una concepción puramente abstracta y formal.

El primer elemento de relevancia es el sistemático-institucional. El principio de no discriminación demuestra cómo la superación del monopolio del legislador en las intervenciones limitadoras de la autonomía privada no puede conducir a un nuevo monopolio, esta vez del intérprete, quien corre el riesgo –atraído por la justicia del caso concreto– de poner constantemente en tela de juicio los fundamentos del contrato. Por el contrario, es necesario alcanzar una sinergia entre el legislador y el intérprete, que llene el vacío del enfoque normativo sectorial, evitando tratos desiguales irrazonables, pero sin llegar a una destrucción del modelo. El mismo problema metodológico surge también fuera de la prohibición de discriminación en lo que respecta tanto a las previsiones normativas a favor de la igualdad sustancial⁶⁸ como a aquellas a favor de la igualdad formal en concreto

generales y de la defensa del principio de igualdad, tanto así que el artículo 2 del Código de los Contratos Públicos prevé, en el primer inciso, II parte, que la “confianza [...] de obras y trabajos públicos, servicios y suministro debe [...] respetar los principios de libre competencia, *igualdad de tratamiento, no discriminación*, transparencia, proporcionalidad, así como el de publicidad con las modalidades indicadas en el [...] código” (cursivas nuestras).

68 Permitásenos remitir a nuestro *Abuso del diritto e contratti asimmetrici*, en *Annuario del contratto*. 2011, D'ANGELO y ROPPO (coords.), Torino, 2012, 85 ss. (antes Íd., *Causa e giustizia contrattuale a confronto*, en *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 419 ss.), donde pusimos de presente que el tratamiento de los contratos asimétricos debe ser de naturaleza tipológica; vale decir, es necesario extraer de los datos normativos los tipos de asimetrías jurídicamente relevantes –la asimetría de información, sola o combinada con la falta de poder de negociación, la falta de alternativas en el mercado– y los tipos de intervenciones y de controles sobre el contrato que ellas requieren, con la consciencia de los roles que juegan estas intervenciones sobre el mercado y de los diversos roles entre empresarios y consumidores, pero sin que eso deba determinar una tajante diferencia entre roles del empresario y roles del consumidor, y la imposibilidad de que estos puedan compartir algunos tipos de debilidades y algunos tipos de protección. En efecto, puede encontrarse en una situación de falta de alternativa en el mercado no solo el empresario, cuya disciplina relativa a las relaciones de provisión subordinada (“*subfornitura*”) fue aplicada recientemente en una perspectiva general por Cas., S.U. n.º 24906 del 25 de noviembre de 2011, en *Foro it.*, 2012, I, c. 805 ss., sino también el consumidor que actúe bajo acuerdos *antitrust* (así, LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, II, en *Danno e resp.*, 2005, 251); además, la falta de poder de negociación puede referirse no solo al consumidor sino también al empresario que adquiera a condiciones generales de contratación; e incluso la asimetría de información se puede referir no solo al consumidor sino también al pequeño empresario, a quien, de hecho, le han sido extendidos algunos mecanismos de tutela previstos para el consumidor, ya por vía de algunas directivas recientes, ya por la legislación que les aplicó a ellos la disciplina sobre las prácticas comerciales desleales (cfr. l. n.º 27 del 24 de marzo de 2012, implementada por el d.l. n.º 1 del 24 de enero de 2012).

atada al mercado competitivo, ámbitos que necesitan ser abordados con un enfoque tipológico⁶⁹, puesto solo aparentemente en crisis por la introducción del artículo 62 de la l. n.º 27 del 24 de marzo de 2012^[70]. Tales disciplinas, en efecto –como la de los retardos en el pago–, al omitir el presupuesto de la asimetría de poder, no tienen la intención de introducir un control puro y generalizado del ejercicio de la autonomía, ni adquieren un carácter excepcional, sino que identifican áreas en las cuales subsiste, fuera de los acuerdos o posiciones dominantes, un comportamiento anticompetitivo tan extendido que justifica la introducción de un control sobre el ejercicio de la autonomía privada. Estas hipótesis, en consecuencia, no necesitan de la demostración de una dependencia económica, y tampoco se pueden trasladar automáticamente fuera de su campo aplicativo, pero pueden convertirse en modelos de ulteriores intervenciones sobre la autonomía privada en los casos en que la difusión de ciertos comportamientos –p. ej., del mismo comportamiento discriminatorio– llegue a alterar el ejercicio de la autonomía contractual y a justificar un control sobre las elecciones respectivas.

Además del perfil sistemático-institucional, el principio de no discriminación es igualmente paradigmático en una segunda medida: en señalar la relevancia que actualmente demuestra el reconocimiento constitucional de la autonomía contractual. Si en la sociedad de estirpe liberal el valor ontológicamente fundamental de la autonomía estaba tan radicado, al punto de hacer que se considerara inútil una búsqueda de su fundamento en la Constitución⁷¹, la superación de este modelo, por el contrario, da un importante significado a dicha reflexión⁷², permitiéndole al contrato, reforzado además por las libertades fundamentales de la Unión, resistir al impacto de los valores personales.

La referencia a la Constitución, sin embargo, no debe ser manipulada, no debe convertirse en la ruta directa para hacer recaer sobre el contrato funciones de justicia social, como en parte se ha verificado en la jurisprudencia alemana a partir de los casos *Handelsvertreter* de 1990^[73] y *Bürgerschaft* de 1993^[74], que utilizaron la Constitución para infundir valores personalistas reforzadores de la libertad contractual de una parte económica o socialmente débil⁷⁵, con miras a

69 V. nota anterior.

70 V. *supra*, notas 18 y 24.

71 Cfr., en especial, MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 1 ss., así como las consideraciones de MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, de próxima publicación en los *Annali dell'Enciclopedia del diritto*.

72 Pierde vigor la observación de SCHLECHTRIEM, *Grundgesetz und Vertragsordnung*, en *40 Jahre Grundgesetz*, HEIDELBERG, 1990, 39, según el cual el tema de la relevancia constitucional de la autonomía contractual sería “un tema ingrato y poco fructífero”.

73 *BVerfG*, 7.2.1990, en *BVerfGE* 81, 242.

74 *BVerfG*, 19.10.1993, en *BVerfGE* 89, 214.

75 Cfr. COLOMBI CIACCHI, *The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice*, cit., 167 ss.; ID., *Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union*,

hacerla valer frente a la contraparte⁷⁶. Una operación hermenéutica semejante corre el riesgo de trasladar al contrato todos los problemas de desigualdad y de injusticia social, que por el contrario deben ser distribuidos equitativamente en el sistema; además, este modelo termina por atribuir al juez, de manera exclusiva, la delicada tarea de decidir cuáles son las diferencias y las asimetrías de poder jurídicamente relevantes. Por esta razón, no se puede caer en la tentación de considerar automáticamente al sujeto discriminado como sujeto débil: lo será solamente si se presentan razones de efectiva debilidad contractual, relacionadas con la falta de alternativas en el mercado o con factores contingentes que afectan su plena autonomía, de acuerdo con el modelo de la *unfair exploitation*⁷⁷.

Estas últimas observaciones conducen a la tercera razón que hace que sea importante la reflexión sobre el principio de no discriminación. El contrato no solo no debe entrar en conflicto con los valores de la persona, sino que puede ser también instrumento de promoción de tales valores, siempre y cuando ello se presente dentro del límite del equilibrio de valores que no pueden eliminar o alterar en su esencia la autonomía, sino que deben preservar el contrato, siendo el mismo funcional al bienestar de la persona. Una clave de lectura similar vuelve el contrato perfectamente coherente con la lógica de la economía social de mercado⁷⁸, es decir, con la idea de que el mercado regulado produce bienestar y puede también promover a la persona, pero está ontológicamente limitado, es decir que no está en la posición de garantizar toda la justicia necesaria y, sobre todo, no puede sustituir las intervenciones de política social que deben ser necesariamente realizadas, pero que son de competencia de la justicia distributiva.

Bibliografía

BIANCA, C. M., *Il problema dei limiti all'autonomia contrattuale in ragione del principio di non discriminazione*, en *Discriminazione razziale e autonomia privata. Atti del Convegno di Napoli del 22 marzo de 2006*, Roma, 2006.

BARCELONA, P., *Libertà contrattuale*, en *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974.

.....

cit., 303 ss.; CHEREDNYCHENKO, *Subordinating Contract Law to Fundamental Rights*, en *Constitutional Values and European Contract Law*, cit., 47; LURGER, *Grundfragen des Vertragsrecht in der Europäischen Union*, Wien-New York, 2002, 242. En tiempos menos recientes cfr. GRUNSKY, *Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht*, Berlin-New York, 1995, 12 ss.

76 Observaba oportunamente MENGONI, *op. cit.*, 20: “Me permito solamente manifestar la impresión de que la enucleación a partir del artículo 2 GG de una garantía constitucional directa de la libertad contractual solo sirvió al BvG para fundamentar el recurso constitucional del contratante perjudicado, mientras no parece indispensable para llegar a la premisa mayor de la argumentación al respecto”.

77 Permítasenos remitir a nuestro *Causa e giustizia contrattuale a confronto*, cit., 419 ss.

78 Cfr., por todos, LIBERTINI, *A “highly competitive social market economy” as a founding element of the European Economic Constitution*, en *Concorrenza e mercato*, 2011, 498 s.

- BENEDETTI, G., *Negoziio giuridico e iniziativa economica privata*, en *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997.
- BENEDETTI, G., *Appunti e osservazioni sul seminario*, en *Persona e mercato*, Milano, 1996.
- BARBERA, M., *Discriminazioni e eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991,
- BRECCIA, U., *Diritto all'abitare*, en *Immagini del diritto privato*, 1, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013.
- BRECCIA, U., *Itinerari del diritto all'abitazione*, en *Immagini del diritto privato*, 1, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013.
- BRECCIA, U., *Che cosa è "giusto" nella prospettiva del diritto privato?*, in *Interrogativi sul diritto giusto*, a cura di Ripepe, Pisa, 2001, p. 99.
- BRECCIA, U., *Causa*, en *Il contratto in generale*, t. III, ALPA-BRECCIA-LISERRE (coord.), Torino, 1999.
- BRECCIA, U., *Diritto all'abitazione*, Milano, 1980.
- CARAPEZZA FIGLIA, G., *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013.
- CARUSI, D., *Principio di uguaglianza, immunità e privilegio: il punto di vista del privatista*, en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1988.
- CASTRONOVO, C., *Autonomia privata e Costituzione europea*, en *Contratto e Costituzione en Europa*, VETTORI (coord.), Padova, 2005.
- CHECCHINI, B., *Divieto di discriminazione e libertà negoziale*, en *Diritto civile e principi costituzionali*, SALVI (coord.), Torino, 2012.
- CHEREDNYCHENKO, O., *The Constitutionalitation of Contract Law: Something New under the Sun?*, en *Electronic Journal of Comparative Law*, 2004.
- COLOMBI CIACCHI, *The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice*, en *Eur. Review of Contract Law*, 2006.

- COLOMBI CIACCHI, A., *Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union*, en *Eur. Review of Contract Law*, 2006.
- D'AMICO, G., *La responsabilità precontrattuale*, en *Trattato del contratto*, ROPPO (coord.), V, *Rimedi*, Milano, 2006.
- FLUME, W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1992.
- GENTILI, A., *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2009.
- GHERRA, F., *Il principio di uguaglianza nella Costituzione e nel diritto comunitario*, Padova, 2003.
- GROZIO, H., *De iure belli ac pacis. Libri tres*, Amsterdam, 1625.
- GRUNSKY, W., *Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht*, Berlin-New York, 1995.
- KOSTA, V., *Internal Market Legislation and the Private Law of the Member States – The Impact of Fundamental Rights*, en *ERCL*, 2010.
- LEIBLE, S., *Fundamental Freedoms and European Contract Law*, en *Constitutional Values and European Contract Law*, ed. by GRUNDMANN, KLUWER, The Netherlands, 2008.
- LIBERTINI, M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, II, en *Danno e resp.*, 2005.
- LIBERTINI, M., *A “highly competitive social market economy” as a founding element of the European Economic Constitution*, en *Concorrenza e mercato*, 2011.
- LURGER, B., *Grundfragen des Vertragsrecht in der Europäischen Union*, Wien-New York, 2002.
- MACARIO, F., *Autonomia privata (profili costituzionali)*, de proxima publicación en *Annali dell'Enciclopedia del diritto*.
- MAFFEIS, D., *Il divieto di discriminazione*, en *I “principi” del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, DE CRISTOFARO (coord.), Torino, 2009.

- MAFFEIS, D., *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007.
- MAK, C., *The Constitutional Momentum of European Contract Law. On the Interpretation of the DCFR in the Light of Fundamental Rights*, en *European Review of Private Law*, 2009.
- MAK, C., *Fundamental Rights in European Contract Law*, KLUWER, The Netherlands, 2008.
- MARELLA, M., *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2007.
- MAZZAMUTO, S., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea*, en *Eur. Dir. Priv.*, 2005.
- MENGGONI, L., *Autonomia privata e Costituzione*, en *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997.
- MELLI, V., *Diritto "antitrust" e libertà contrattuale: l'obbligo di contrarre e il problema dell'eterodeterminazione del prezzo*, en *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008.
- MILITELLO, M., *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, WP C.SD.L.E. "Massimo D'Antona". INT, 77/2010.
- MOROZZO DELLA ROCCA, P., *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, en *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, MOROZZO DELLA ROCCA (coord.), Napoli, 2002.
- NAVARRETTA, E., *Abuso del diritto e contratti asimmetrici*, en *Annuario del contratto 2011*. D'ANGELO y ROPPO (coords.), Torino, 2012.
- NAVARRETTA, E., *Diritto civile e diritto costituzionale*, en *Riv. dir. civ.*, 2012.
- NAVARRETTA, E., *Causa e giustizia contrattuale a confronto*, en *Riv. Dir. Civ.*, 2006.
- NUZZO, M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975.
- OSTI, C., *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, en *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008.
- PATTI, S., *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, en *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013.

- PINTO OLIVIERA y MAC CRORIE, *Anti-discrimination Rules in European Contract Law*, en *Constitutional Values and European Contract Law*, GRUNDMANN, WOLTERS KLUWER, The Netherland, 2008.
- RESCIGNO, P., *Il principio di uguaglianza nel diritto privato*, en *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966.
- RODOTÀ, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.
- ROPPO, V., *Il contratto*, Bologna, 1977.
- SACCO, R., *Il contratto*, t. II, SACCO-DE NOVA, en *Tratt. di diritto civile*, SACCO (Coord.), 3ª ed., Torino, 2004.
- SCARSELLI, G., *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, en *Riv. Dir. Civ.*, I, 2001.
- SCHLECHTRIEM, P., *Grundgesetz und Vertragsordnung*, en *40 Jahre Grundgesetz*, HEIDELBERG, 1990.
- SCOGNAMIGLIO, C., *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, en *Annuario del contratto*. 2010, D'ANGELO e ROPPO (Coords.), Torino, 2011.
- SCHULZE, R. (coord.), *Non-discrimination in European Private Law*, Tübingen, 2011.
- STRAZZARI, D., *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Padova, 2008.
- TOMMASI, S., *La non discriminazione nel "Draft Common Frame of Reference"*, en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2011.
- WADDINGTON, L., *Protection for Family and Friends: Discrimination by Association*, *European Antidiscrimination Law Review*, 2007.
- WAGNER, G., *Zwingendes Vertragsrecht*, en *Die Revision des Verbraucher-Acquis*, EIDENMÜLLER *et al.* (coords.), Tübingen, 2011.
- WIEACKER, F., *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano, 1980.
- ZOPPINI, A., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, en *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008.