

Capítulo 4

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA

Dra. María Dolores Cervilla Garzón

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Cádiz

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO. II. HASTA DONDE Y POR QUÉ EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA. III. EL MARCO NORMATIVO. III.1 La Ley 15/2022, de 12 de julio integral para la igualdad de trato y no discriminación. III.1.1. El artículo 20 de la Ley 15/2022, de 12 de julio y su constitucionalidad tras la STC de 89/2024 de 5 de junio. III.1.2. Consecuencias civiles de la vulneración del principio de igualdad y no discriminación en la contratación privada en la Ley 15/2022, de 12 de julio Hi.2. El artículo 6 de la Ley 12/2023 de 4 de mayo por el derecho a la vivienda. III. 3. Ley de Arrendamientos Urbanos. IV. LA OFERTA DISCRIMINATORIA DE ALQUILERES DE VIVIENDAS. V. LA DISCRIMINACIÓN COMO FÁCTOR DE RUPTURA DE LOS TRATOS PRELIMINARES PREVIOS AL CONTRATO DE ALQUILER DE VIVIENDA. VI. LA INEFICACIA DEL CONTRATO DE ALQUILER DE VIVIENDA CON CONTENIDO DISCRIMINATORIO: FORMAS DE PROTEGER A LA VÍCTIMA. VII. LA EJECUCIÓN DISCRIMINATORIA DE UN CONTRATO DE ALQUILER DE VIVIENDA VÁLIDO: LA TENSIÓN ENTRE LIBERTAD E IGUALDAD VIII. REFLEXIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

Comienzo este discurso dedicando las primeras líneas a contextualizar el tema en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio. Antes de descender a los detalles o llevar a cabo precisiones sobre la actuación de nuestro legislador estableciendo límites a la libertad del sujeto cuando entabla relaciones jurídicas con otro en el marco del contrato de arrendamiento de vivienda, debemos partir de los principios que lo informan, así como de las normas que, con carácter general, lo integran.

Teniendo presente también la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la eficacia horizontal o entre particulares de los derechos fundamentales (*Dritt-wirkung der Grundrechte*), que de modo reiterado se ha decantado por el reco-

nocimiento de la eficacia directa de tales derechos en el ámbito de las relaciones privadas¹, sin dejar de observar al mismo tiempo las peculiaridades que en dicha órbita suscita su aplicación. Llama la atención la doctrina sobre el hecho de que no se trata aquí simplemente de un problema de eficacia mediata o inmediata de los derechos fundamentales, sino de un supuesto de colisión de derechos, por cuanto el principio de autonomía de la voluntad ostenta una posición prevalente en el Derecho privado y cuenta asimismo con reconocimiento constitucional por virtud del artículo 10.1 de nuestra Carta Magna, como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad². Es preciso contar, pues, con criterios que midan la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, como pueda ser la existencia de una situación de desigualdad entre los sujetos o el hecho de verse comprometida de forma directa la propia dignidad de la persona³.

La progresión en el reconocimiento de los efectos del principio de igualdad en las relaciones entre particulares encuentra, no obstante, sus raíces en postulados ajenos al Derecho de nuestro continente, trayendo causa del Derecho antidiscriminatorio⁴ surgido de distintas enmiendas a la Constitución estadounidense⁵.

En nuestro Derecho, el punto de referencia al que debemos dirigir nuestra mirada al objeto de este análisis no es otro que el artículo 14 de la Constitución Española, no solo faro del principio de igualdad en nuestro ordenamiento, sino que alberga asimismo una expresa prohibición de discriminación por razones diversas y concretas, que en modo alguno deben considerarse exhaustivas. Bajo el paraguas de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» pueden cobijarse otros posibles factores de discriminación que ha ido reconociendo

1. Entre otras muchas, puede observarse su evolución, en distintas esferas y derechos, en las SSTS 78/1982 de 20 de diciembre; 22/1984 de 17 de febrero; 114/1984 de 29 de diciembre; 19/1985 de 13 de febrero; 177/1988 de 10 de octubre; 99/1994 de 11 de abril o 140/2014 de 11 de septiembre.

2. Así lo explica LLORENTE SAN SEGUNDO, I.: *La discriminación de personas con discapacidad y otros colectivos vulnerables en la contratación entre particulares*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2018, pp. 31-32.

3. Véanse DÍAZ REVOIRO, A.J.: *Discriminación en las relaciones entre particulares*, Ed. Tirant Lo Blanch, Méjico DF, 2015, pp. 115 y ss; y ALFARO ÁGUILA-REAL J.: «Autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 108-112.

4. Rama emergente del Derecho, REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho antidiscriminatorio*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, definido por BARBA, V.: *Principio de no discriminación y contrato*, Ed. Colex, A Coruña, 2023, p. 16. en como todo un conjunto de normas y principios en cuya virtud «el Estado se compromete a garantizar la misma dignidad social a todas las personas, tratando de remover todos los obstáculos de carácter económico o social que impidan la realización de la igualdad sustancial».

5. Resulta de especial relevancia para nuestro objeto de estudio la *Fair Housing Act* de 1968, que proscribe la discriminación en el acceso a la vivienda, prohibiendo cualquier tipo de prácticas en la venta, alquiler y financiación de viviendas que sean discriminatorias por razón de raza, religión, sexo o nacionalidad; esta norma, aprobada en la Cámara de Representantes en los días posteriores al asesinato de Martin Luther King, es considerada como el último gran logro legislativo de la era de los derechos civiles en Estados Unidos.

el propio Tribunal Constitucional bajo determinadas circunstancias, como la edad, la discapacidad, la enfermedad o la orientación sexual⁶.

Los conceptos característicos del derecho antidiscriminatorio de discriminación directa⁷ e indirecta⁸ se han ido recogiendo progresivamente en la legislación, primero en normas comunitarias y, posteriormente, en el Derecho español, afectando a la globalidad del ordenamiento jurídico⁹. El deber de no discriminación, como se ha señalado doctrinalmente, es un principio-valor de todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos, trascendente tanto en las relaciones verticales como en las horizontales¹⁰. En realidad, con independencia de las normas específicas o sectoriales que lo alberguen, el principio de no discriminación se configura como un principio normativo, que bebe de la fuente del ordenamiento jurídico en su conjunto, confirmando así su aplicación directa incluso sin la preexistencia de una norma reguladora expresa¹¹. Y justamente por configurarse como tal principio normativo, la interdicción de la discriminación, como norma imperativa, se aplica a las relaciones jurídicas entre particulares y atañe a todas las fases por las que puede devenir un contrato¹².

Actualmente, el principio de no discriminación es elevado a la categoría de principio de derecho contractual europeo¹³. Por ello, el Derecho comunitario asume un papel relevante en la integración del Derecho antidiscriminatorio en el ordenamiento español que se traduce en la transposición de diferentes Directivas europeas referentes a la prohibición de la discriminación en distintos ámbitos jurídicos. Si bien las primeras disposiciones se refieren a la esfera laboral —

6. Sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional en la materia, véase REY MARTÍNEZ, F.: «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», *Revista de Derecho Político*, UNED (100), 2017, pp. 138-140.

7. La discriminación directa, también llamada «de trato», tendría lugar cuando una persona es tratada de forma menos favorable que otra en una situación análoga por razón de algún rasgo, característica o circunstancia personal, tales como género, orientación sexual, origen étnico, discapacidad, edad, enfermedad, etc. En este marco, el acoso discriminatorio es considerado una modalidad de discriminación directa, en tanto se identifica con toda conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación antedichas, con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

8. La discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica en apariencia neutrales crea una desventaja concreta a una persona por causa de algún factor de riesgo en comparación con otras, salvo que aquellas actuaciones puedan justificarse por una finalidad legítima y los medios para conseguirla sean apropiados o necesarios.

9. Sobre discriminación directa e indirecta en los contratos que posibilitan el acceso a una vivienda, LLORENTE SAN SEGUNDO, I.: «El principio de autonomía de la voluntad y las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias en el acceso a la vivienda», *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 296-298.

10. BARBA, V., ob. cit., p. 26.

11. En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.P.: «La eficacia *inter privatos* (*Drittewirkung*) de los derechos fundamentales», *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. I, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, p. 304.

12. BARBA, V., ob. cit., p. 40.

13. CARAPEZZA FIGLIA, G.: «El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (10), 2019, pp. 282-315, así lo considera en pp. 287 y ss.

por motivos competenciales—, deben resaltarse especialmente tres Directivas emitidas a partir de la modificación en 1997 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea: Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación; y Directiva 2004/113/CE, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de los bienes y servicios y su suministro¹⁴.

La transposición de las directrices comunitarias al ordenamiento español se realizó por medio de distintas normas que vinieron a afectar a diferentes ramas del Derecho, tanto en el marco del Derecho público como del Derecho privado. Las dos normas que derivan de las mencionadas directivas, ocupándose de acoger en el Derecho interno el principio de no discriminación, son la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden fiscal, y, con posterioridad, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Con posterioridad a estas leyes, la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, introdujo varias modificaciones en distintas normas incluyendo precisiones sobre la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios para dar cumplimiento al principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de la misma.

Se observa que las respuestas del legislador español a las directrices comunitarias sobre la protección del principio de igualdad de trato fueron escalonadas, además de parciales o sectoriales, lo que propiciaba que, a pesar del reconocimiento generalizado de la necesidad de interdicción de la discriminación, no se contemplara el Derecho antidiscriminatorio con una visión o vocación de conjunto dentro de nuestro ordenamiento.

Ello se alcanzó finalmente con la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, que se presenta, como expone su preámbulo, con la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del Derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas.

14. Estas normas comunitarias parten del concepto del principio de igualdad de trato como «la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta» y distinguen entre discriminación directa e indirecta, dando entrada no solo a actuaciones reales ya producidas sino a situaciones hipotéticas de discriminación, al referirse expresamente a la situación en que una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable.

II. HASTA DONDE Y POR QUÉ EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA

Antes de dirigir nuestro discurso a la realidad normativa y social para detectar los posibles conflictos que pudieran suscitarse, alumbrando las respuestas que mejor se acomoden a los parámetros constitucionales, es del todo necesario detenernos en diseñar el triángulo sobre el que van a pivotar nuestros argumentos. Pues, tal y como iremos viendo, las reglas o criterios que apuntemos se sustentarán en la prevalencia en uno u otro caso de los derechos que en este delicado tema confluyen buscando el equilibrio más adecuado. Así pues, los límites en la aplicación (o no aplicación) del principio de no discriminación en las relaciones entre los particulares, con carácter general, vendrán marcados por la tensión entre igualdad/libertad. Quiere esto decir que no siempre el principio de no discriminación impondrá restricciones a la libertad negocial, ya que, esta última también debe de disponer de un espacio para su implementación.

Ahora bien, cuando nos referimos a la libertad, valor constitucionalmente protegido, no debemos considerarla, únicamente y por encontrarnos en sede contractual, en su manifestación de autonomía de la voluntad que encuentra su justificación en el artículo 10 de nuestra Carta Magna, ya que no es esta la única expresión del derecho a la libertad de todo ciudadano. Nuestra Constitución, en sus artículos 16 y 20, se dedica a la libertad ideológica y de pensamiento¹⁵ que nos permite, no solo expresar y comunicar nuestras ideas o posicionamientos, sino también elegir las personas con quienes deseamos tener relaciones privadas, con o sin transcendencia jurídica, según nuestra forma de pensar o actuar o de acuerdo con nuestros parámetros morales. Optar, simplemente, por alquilar mi vivienda a una persona por ser su ideología afín a la mía o excluir a otra por no compartirla (o mis creencias o, incluso, mi raza o mi sexo), entra dentro de ese espacio de libertad y, no necesariamente y en todo caso, de ello se deriva una infracción del artículo 14.

Asimismo, en esta materia no debemos soslayar la incidencia de los alquileres de vivienda en la economía de nuestro país. Ello nos conduce a otro espacio de libertad garantizado en el artículo 38 de la Constitución: la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Este principio vertebrador de la llamada «constitución económica», que «implica límites estrictos a la intervención estatal»¹⁶ y que se erige en motor de la economía de mercado en la que nos encontramos inmersos, precisa que los sujetos dispongan de un amplio espacio

15. En palabras de PERALTA MARTÍNEZ, R.:«Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, nº 16, 2012, p. 254: «Nos encontramos ante una libertad fundamental de la persona cuyo objeto son las ideas y creencias personales, ideas y creencias que pueden denominarse convicciones; ideas y creencias que pueden conformar en la conciencia individual un sistema general —ideología— como anclaje personal explicativo del universo».

16. HERRERO DE MIÑÓN, M.: «La constitución económica: Desde la ambigüedad a la integración *Revista española de derecho constitucional*, nº 19, Nº 57, 1999, p. 15.

para contratar a fin de que los bienes y servicios circulen con fluidez. El debate sobre las restricciones a los alquileres de vivienda no es en modo alguno novedoso y se genera siempre que el legislador decide intervenir de alguna forma en su mercado. Sin entrar en el tema, basta con aludir al actual cruce de argumentos sobre la constitucionalidad de la ley por el derecho a la vivienda de 25 de mayo 2023 por este motivo.

En consecuencia, para poder alcanzar el equilibrio en la ponderación de los derechos en conflicto y valorar la pertinencia de las limitaciones a la contratación, es preciso establecer controles y criterios que permitan medir el alcance de estos en relación a la posible vulneración de la libertad del sujeto en los ámbitos aludidos. De este modo, solo cuando en la preterición de un sujeto frente a otro se observen determinadas circunstancias o tenga lugar en concretas fases del periodo de contratación o ejecución del contrato, podremos hablar de discriminación y entrará en juego las medidas establecidas en nuestras leyes para corregir dicha disfuncionalidad. En cualquier caso, este análisis tiene que tener lugar de forma comparativa, ya que solo se discrimina «en relación a otro»¹⁷, lo que demanda otro elemento (u otros) que permitan establecer la diferencia de trato. A no ser que concurran causas objetivas, razonables y proporcionadas y que, efectivamente, avalen la existencia de justificación de dicho tratamiento desigual.

No obstante, cuando la discriminación se refiere a contratos que posibilitan al sujeto potencialmente discriminado el acceso a una vivienda, como es el caso del contrato de alquiler de vivienda, entra en juego un tercer elemento que es el que justifica el establecimiento de medidas por parte del legislador con la finalidad de ser mas cuidadosos o vigilantes en estas relaciones contractuales: el derecho a una vivienda digna¹⁸. La conexión con la exclusión social que comporta impedir el acceso a la vivienda o su habitabilidad es, probablemente, la causa de que la vivienda haya estado siempre presente en los textos jurídicos (legales o jurisprudenciales¹⁹) que se han ocupado²⁰ y se ocupan de limitar la autonomía de la voluntad en los contratos que a ella le afectan.

17. No vamos a referirnos al principio de igualdad, pues cuando este se proyecta en la contratación se traduce en la cláusula de no discriminación; que es la sede en la que la vulneración de la igualdad se manifiesta. No se tiene derecho, en vía contractual, a ser tratado de forma igualitaria sino a no ser discriminado sin causa que lo justifique. Vid. ZUBERO QUINTANILLA, S.: «Límites a la autonomía de la voluntad en las asociaciones privadas», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXXI, fasc. II, 2018, pp. 267-337, concretamente la cita es a las pp. 312-313.

18. El hecho de que el derecho a la vivienda lleve aparejada la calificación de «digna» (es decir, que reúna requisitos de habitabilidad suficientes para cumplir el fin que persigue la norma) implica que, para su salvaguarda, este aspecto deba ser objeto de protección por las normas que regulan el ejercicio del derecho. En este sentido, el legislador debe establecer controles encaminados a asegurar la calidad y las condiciones de habitabilidad del inmueble.

19. La sentencia de la *Cour de Cassation, Chambre criminelle*, de 7 junio 2005, (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007609194>) que falla apreciando discriminación por razón de origen etnia y nacionalidad como consecuencia de las instrucciones que el propietario le había dirigido a la agencia inmobiliaria excluyendo al colectivo de extranjeros como posibles inquilinos.

20. Así, por ejemplo, en EE.UU. cuna del derecho antidiscriminatorio, se promulga el 11 de abril 1968 la ley para la vivienda justa (*Fair housing*) cuyo objetivo era facilitar la igualdad de los

A pesar de no encontrarse en el elenco de los derechos fundamentales como la libertad y la igualdad, el derecho a una vivienda digna²¹ se perfila como uno de los derechos-pilares del estado social que demanda una regulación acorde con las necesidades de una ciudadanía que, cada vez más, interioriza que esta es una obligación asistencial que debe asumir el Estado moderno²².

El hecho de que estemos abordando la discriminación en el acceso a la vivienda en el ámbito del contrato de arrendamiento nos obliga a plantearnos como salvar un tradicional escollo que pudiera afectarle. Así, comúnmente es aceptado que el principio de no discriminación no opera en el ámbito de las relaciones *intuitu personae*, caracterizadas, precisamente, por ser las cualidades del deudor las que son tenidas en cuenta por el contratante a la hora de concertar la relación jurídica. En este ámbito, la confianza que ese sujeto despierta en la otra parte del contrato es la que justifica su elección. Ciertamente, las cualidades del inquilino son determinantes a la hora de celebrar un contrato de arrendamiento. Ahora bien, dado el carácter de «bien esencial para la vida ordinaria de los ciudadanos»²³, las razones subjetivas que se encuentran tras la elección del inquilino no pueden alinearse con los factores de riesgo que denotan, por sí mismos, la existencia de discriminación si puede apreciarse la diferencia de trato por tener otro elemento de comparación.

estadounidenses en el acceso a la vivienda. En este sentido, prohíbe la discriminación por motivos de raza color, religión, sexo (que puede incluir orientación sexual o identidad de género), discapacidad o situación familiar (tener hijos) y/o nacionalidad. Enumera una serie de acciones y prácticas ilegales cuando se considera que discriminan: negarse a vender o alquilar una propiedad a una persona por pertenecer a una clase protegida; discriminar en los términos, condiciones y/o privilegios de venta o alquiler por pertenecer a una clase protegida; discriminar en la publicidad, en particular, efectuar, imprimir, publicar o hacer que se efectúe, publique o imprima, cualquier aviso, declaración o anuncio que indique algún tipo de preferencia, limitación o discriminación por pertenecer a una clase protegida; distorsionar la disponibilidad de viviendas por el hecho de que la persona pertenece a una clase protegida; organizar acoso inmobiliario (*blockbusting*) o maniobras de redireccionamiento (*steering*); negarse a aceptar personas con discapacidades al no permitirles realizar adaptaciones razonables en la vivienda; discriminar a la hora de conceder préstamos para transacciones inmobiliarias, incluyendo la compra, construcción, mejora, reparación y/o mantenimiento de una vivienda; coaccionar, intimidar, amenazar o interferir con el ejercicio o goce del derecho a una vivienda justa de cualquier persona o de otros individuos que hayan colaborado o fomentado el ejercicio o goce de este derecho.

21. MANERO SALVADOR, A.: «El derecho a la vivienda desde la perspectiva del Derecho internacional. Análisis del caso español», *Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miseria*, coordinada por Ribotta, S. y Rosetti, A., Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 333-364; y FERRANDO NICOLAU, E.: «El derecho a una vivienda digna y adecuada», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1992, (IX), pp. 305-322.

22. Artículo 47 CE: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.»

23. AGUILERA RULL, A.: «Prohibición de discriminación y libertad de contratación», *InDret*, (1), 2009, pp. 1-30, concretamente en la p. 10.

En otras palabras, si la elección, o la redacción del clausulado o una actuación en el marco del contrato, se fundamentara en la presencia en el sujeto afectado de un factor de riesgo del artículo 14 de la Constitución («por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social») o de los factores de riesgo enunciados en la lista abierta del art. 2.1 de la Ley 15/2022, de manera que tenga lugar una diferencia de trato con otros sujetos en los que dicha circunstancia o cualidad no concurre, se vulneraría el principio de no discriminación con las consecuencias jurídicas que ello acarrearía. Cualquier otro motivo subjetivo que concomitara en la celebración, redacción o actuación contractual (como la solvencia económica, el hecho de ser fumador o tener mascotas), no infringiría la prohibición de discriminación y, por consiguiente, gozaría de plena eficacia jurídica al estar respaldada por la autonomía negocial de los sujetos. Pues dicha autonomía nos permite y nos legitima para elegir a la persona que, por los motivos que sea consideramos apropiada para realizar un contrato²⁴.

III. EL MARCO NORMATIVO

III.1. La Ley 15/2022, de 12 de julio integral para la igualdad de trato y no discriminación

La Ley 15/2022, por diseñar el régimen jurídico integral para la igualdad de trato y no discriminación en nuestro ordenamiento, constituye el marco general del que se debe partir para cualquier análisis de la incidencia del principio de discriminación en nuestro Derecho. Además de ocuparse, particularmente, de la contratación que posibilita el acceso a la vivienda²⁵.

Dos son las principales aportaciones de esta norma en orden al juicio sobre la eficacia del principio de no discriminación en las relaciones entre particulares en el marco del contrato de arrendamiento de viviendas. En primer lugar, la especial consideración de los contratos por los que se accede a la vivienda, con mención expresa al contrato de arrendamiento, en el artículo 20 de la ley. En segundo lugar, el régimen jurídico de ineficacia y sus consecuencias, sobre cuyos postulados construiremos nuestro discurso en los siguientes epígrafes de este trabajo.

24. JIMÉNEZ HORWITZ, M.: ob. cit., pp. 475-515; p. 500.

25. Artículo 3, k) k) relativo al ámbito objeto de aplicación así lo expresa: «Acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda, que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar»

III.1.1. El artículo 20.2 de la ley 15/2022, de 12 de julio y su constitucionalidad tras la STC de 89/2024 de 5 de junio

Inmerso en el capítulo II que se enuncia «El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados ámbitos de la vida política, económica, cultural y social» el legislador dedica el artículo 20 al «Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso a la vivienda». Su ámbito objetivo, no obstante, se presenta más amplio de lo que pudiera desprenderse de estos términos, ya que la protección que dispensa va más allá del mero «acceso a la vivienda», extendiéndose al periodo de vigencia del contrato en el que tiene causa el uso del inmueble, además de incluir a los locales de negocio²⁶.

Tras un primer párrafo dirigido a la Administración pública estatal, autonómica o municipal, el segundo de los párrafos²⁷ contiene un mandato explícito dirigido a un grupo de sujetos muy variopintos («prestadores de servicios de venta, arrendamiento, intermediación inmobiliaria, portales de anuncio²⁸ o cualquier otra persona física o jurídica»)²⁹, en relación a una concreta actividad: la oferta pública. El concepto «oferta pública», eje vertebrador de la protección otorgada por la ley, debe ser interpretado de forma amplia, abrazando a la «invitación a ofrecer»; técnica de frecuente recurso en los portales de anuncio en los que se publicitan la oferta de alquileres.

Pues bien, a esos sujetos concernidos, en el ámbito de la oferta pública (en sentido amplio) de inmuebles para operaciones de compraventa o alquiler, el artículo 20.2 les comina a «respetar en sus operaciones comerciales el derecho a la igualdad de trato y no discriminación». Las «operaciones comerciales» a las que alude la norma comprenden a todas aquellas que tienen lugar a causa de la

26. «3. Lo previsto en los párrafos anteriores será de aplicación también a los locales de negocio».

27. «2. Los prestadores de servicios de venta, arrendamiento, intermediación inmobiliaria, portales de anuncios, o cualquier otra persona física o jurídica que haga una oferta disponible para el público, estarán igualmente obligados a respetar en sus operaciones comerciales el derecho a la igualdad de trato y no discriminación».

28. Como quiera que estas personas obligadas lo son en la medida que realicen una oferta pública, se justifica la mención expresa a los «portales de anuncio» en la norma pues en ellos solo tiene lugar la publicitación de la oferta.

29. La redacción es confusa, con una deficiente técnica jurídica que puede generar problemas interpretativos. A fin de aclarar el sentido, podemos identificar a los «prestadores de servicios de venta, arrendamiento e intermediación inmobiliaria» con las agencias inmobiliarias; los «portales de anuncio», con las páginas webs en las que se publicitan los anuncios inmobiliarios y los terceros mencionados de forma genérica («cualquier otra persona física o jurídica») con los titulares de derechos sobre inmuebles que le posibiliten para ceder, bien la titularidad, bien el uso, este último, por medio de un contrato de alquiler o cualquier otra modalidad contractual que así lo posibilite. La dicción del precepto, no obstante, nos invita a calificar como personas físicas o jurídicas, titulares de derechos y obligaciones y, en consecuencia, destinatarios naturales de las normas jurídicas, a los sujetos que denomina «prestadores» y «cualquier otra persona». Pero, ¿qué son los «portales de anuncios» desde un punto de vista jurídico? Un interpretación lógica y sistemática nos conduce a corregir el texto, considerando que los llamados a respetar el principio de igualdad de trato serían los titulares de dicho dominio web (persona física o jurídica) que se beneficia del mismo como medio para publicitar la oferta inmobiliaria.

aceptación de la oferta pública o del contrato que se formalice tras las negociaciones establecidas como consecuencia de la respuesta a la invitación pública a ofrecer.

Establecido como queda el supuesto de hecho regulado, a continuación, el legislador prohíbe dos conductas relativas a los contratos de arrendamiento o de compraventa de vivienda. La primera prohibición³⁰ consiste en «rehusar la oferta», frase que debemos interpretar como que no puede rechazar la aceptación de la oferta, pues la oferta pública ya se ha realizado y, como hemos indicado, constituye el presupuesto de aplicación del precepto. Obviamente, la mecánica oferta-aceptación-perfección del contrato así lo imposibilita por lo que los términos «rehusar la oferta» son inadecuados por baladíes. Pues, conforme a dicha mecánica, formulada cualquier oferta pública (en sentido estricto), una vez que esta es aceptada, el contrato se ha perfeccionado, por lo que el oferente queda obligado y carece de legitimidad para «rehusar» o «impedir» nada (como, expresamente, indica el precepto). Pero, en caso de que «rehusara» o «impidiera», al haberse producido la perfección del contrato, se generaría un incumplimiento contractual, con las consecuencias jurídicas que ello acarrearía y la protección al contratante leal frente al incumplidor que dispensa nuestro Derecho privado³¹.

También se dice que queda prohibido «rehusar el inicio de las negociaciones o de cualquier otra forma de impedir o denegar la compra o arrendamiento de una vivienda por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la ley»; texto de difícil interpretación ya que, en el ámbito de la oferta pública (interpretada en sentido estricto, excluyendo la invitación a ofrecer), no existen tratos preliminares ni tampoco cabe impedir o denegar la actividad ofertada si esta es aceptada por los destinatarios.

La segunda prohibición³² se incardina en la obligación enunciada en la regla general con la que comienza este segundo párrafo, dirigida a los sujetos que realicen una oferta pública, que quedan obligados en sus operaciones comerciales a respetar la igualdad y no discriminación (lo que, por cierto, es de todos sabido). Pues bien, en este escenario, el legislador, de forma redundante, reitera en la letra b) que está prohibido discriminar en los contratos de arrendamiento (y también en los de compraventa) con fundamento en las causas del artículo 2.1 de la Ley 15/2022. Es cierto que no se alude al requisito de la «oferta pública», lo que pudiera ampliar el ámbito de aplicación del precepto a cualquier contrato en el que se incluyan cláusulas discriminatorias a sujetos en los que concurra un

30. «a) Rehusar una oferta de compra o arrendamiento, o rehusar el inicio de las negociaciones o de cualquier otra manera de impedir o denegar la compra o arrendamiento de una vivienda, por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la presente ley, cuando se hubiere realizado una oferta pública de venta o arrendamiento».

31. Sobre la imposibilidad de rechazar la aceptación de la oferta y su calificación como incumplimiento contractual en sede de aplicación del principio de no discriminación, BARBA, V. ob. cit. pp. 88-89.

32. «b) Discriminar a una persona en cuanto a los términos o condiciones de la venta o arrendamiento de una vivienda con fundamento en las referidas causas».

factor de riesgo de los descritos. Pero también lo es que la estructura y redacción del texto dificulta mantener esta interpretación más extensa.

Finaliza el artículo 20.2 con una afirmación que, a modo de recordatorio, expande la obligación de no discriminar en el caso de contratos de larga duración (en particular, el arrendamiento) durante toda la vigencia del contrato³³. La operatividad del principio, una vez que existe un contrato carente de condiciones o términos discriminatorios, es de difícil apreciación y prueba, aunque pudiera detectarse en algunas cuestiones puntuales. Nos referiremos a ella expresamente cuando abordemos el epígrafe VI de este trabajo dedicado a «La ejecución discriminatoria de un contrato de alquiler de vivienda válido: la tensión entre libertad e igualdad».

El precepto que nos ocupa ha sido objeto, junto con otros de la Ley 15/2022, de recurso de inconstitucionalidad por considerar que pudiera vulnerar la libertad de contratación que protege el artículo 10 de la Constitución. Dado los pobres argumentos que sustentaban la pretensión, no le ha resultado difícil al Tribunal Constitucional en la sentencia 89/2024 de 5 de junio mantener la constitucionalidad de la norma al estimar que el principio de no discriminación ampara un trato desigual cuando existe criterios razonables, objetivos y proporcionados que justifican tal diferenciación como, expresamente, ha previsto la ley ben los artículos 2.2 y 4.2. De lo que se infiere que el artículo referido no afecta a la libertad de contratación del artículo 10.³⁴

Concluyendo, el artículo 20.2 en el que se regula la aplicación del principio de no discriminación en la vivienda, no es, precisamente, afortunado. Contiene errores de redacción como los apuntados que dificultan su comprensión y enturban su ámbito de aplicación. Pero, quizás sea la referencia a la previa existencia de una oferta pública, como presupuesto de su aplicación, el mayor obstáculo en orden a su implementación. Ello deja fuera de su cobertura todos los contratos en los que existe una oferta privada, incluso aquellos que se realizan por medio de condiciones generales.

33. «La obligación de no discriminación se mantendrá durante todo el periodo posterior de uso de la vivienda, en el caso de los arrendamientos u otras situaciones asimilables».

34. «De acuerdo con lo anterior, los arts. 2.2 y 4.2 de la Ley 15/2002 son fiel reflejo de las «matizaciones» con las que, conforme a la citada doctrina constitucional, se aplica el principio de igualdad y no discriminación a las relaciones privadas. Así, prevén que pueda haber diferencias de trato siempre que obedezcan a criterios razonables y objetivos y se persiga un propósito legítimo respecto del que la diferenciación sea un medio adecuado, necesario y proporcionado. Naturalmente, no bastará que la diferencia de trato tenga formalmente y en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que habrá de verificarse que, en concreto, no encubra o permita encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE —discriminación indirecta— (entre muchas otras, SSTC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 91/2019, de 3 de julio, FJ 4; 71/2020, de 29 de junio, FJ 3, y 153/2021, de 13 de septiembre, FJ 3). En suma, como reconoce la demanda, la tacha formulada contra los arts. 9.1 y 20.2 pierde todo sustento cuando se ponen en relación con los arts. 2.2 y 4.2, los cuales, ubicados en el título preliminar y en las disposiciones generales del título I de la Ley, respectivamente, se aplican a toda ella, sin necesidad de reiterarse en cada precepto.»

III.1.2. Consecuencias civiles de la vulneración del principio de igualdad y no discriminación en la contratación privada en la Ley 15/2022, de 12 de julio

De todos es sabido que la sanción civil que procede cuando tienen lugar las infracciones de mayor entidad del ordenamiento jurídico es la nulidad. En este sentido, la Ley 15/2022 en su artículo 26 así lo prescribe estableciendo su alcance tanto a las disposiciones legales o reglamentarias y a los actos administrativos como a las cláusulas de los negocios jurídicos que atenten al principio de no discriminación³⁵³⁶.

Pese a ello, no se limita el legislador a afirmar su ineeficacia, sino que, también, menciona, muy acertadamente, la obligación de tomar medidas para detectar y prevenir situaciones o actos discriminatorios, y para que estos cesen (artículo 25)³⁷.

Antes de entrar en la nulidad del contrato, es conveniente apuntar que el contenido del artículo 25 alcanza a dos situaciones diferentes con consecuencias jurídicas no homogéneas. En primer lugar, el deber general de detectar y prevenir que se traduce, por obra del artículo 27.2, en una obligación jurídica de contenido indemnizatorio para las personas en él enunciadas (personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios), siempre que la discriminación haya tenido lugar en su ámbito de organización y dirección, que genera, por consiguiente, responsabilidad patrimonial resarcitoria para la víctima a cargo de los sujetos mencionados³⁸. Fuera de estos sujetos nos resulta difícil mantener una obligación para cualquier ciudadano, que no sea la obligación general de denunciar cuando se sospecha la comisión de un delito (si, efectivamente, así pudieran calificarse los actos discriminatorios).

En segundo lugar, y una vez se ha producido la discriminación, se alude a la necesidad de poner en marcha medidas encaminadas a que esta desaparezca.

35. Artículo 26. Nulidad de pleno derecho. «Son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley».

36. De forma semejante, pero con un entorno reducido a los contratos y negocios jurídicos, el artículo 64 de la Ley 14/2023 de 28 de febrero para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, estableciendo que estas cláusulas que atenten a la no discriminación se tendrán por no puestas. Artículo 64. Nulidad de los contratos y negocios jurídicos discriminatorios. «Las cláusulas de los contratos y negocios jurídicos que vulneren el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género o características sexuales serán nulas y se tendrán por no puestas.»

37. Artículo 25. Medidas de protección y reparación frente a la discriminación.» 1. La protección frente a la discriminación obliga a la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias»

38. Artículo 27.2: 2. «Serán igualmente responsables del daño causado las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios cuando la discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección y no hayan cumplido las obligaciones previstas en el apartado 1 del artículo 25.»

Dada la amplitud del concepto «medidas» y la heterogeneidad de los destinarios, no se conectan consecuencias jurídicas a la omisión de estas medidas de forma directa.

Por otro lado, el redactado del artículo 28³⁹, (en conexión con el 27.2), ya en sede procesal, contempla dos tipos de medidas: de carácter definitivo (cesar) y de carácter provisional (cautelares) encaminadas a igual propósito, mostrando, así, una protección más completa que la dispensada en la Ley 3/2007⁴⁰.

Si bien la frase «y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias» del artículo 25.1 nos conduce al contenido del artículo 28 que acabamos de mencionar, nos preguntamos si, dentro de estas medidas, podría incluirse la imposición de la obligación de contratar. Que no esté previsto, expresamente, en la norma no es argumento suficiente para predicar su inoperancia. Es más, la finalidad reparatoria y resarcitoria y, en última instancia, disuasoria, nos legitima para plantearnos esta posibilidad. Además de establecer el segundo párrafo del citado artículo 25⁴¹, que, apreciada la discriminación, las medidas de cese tendrán como objetivo la reparación del perjuicio (además de la indemnización). Nada más alineado con dicha finalidad que obligar a contratar al sujeto infractor con la víctima de la discriminación.

Para analizar la viabilidad de la imposición de una obligación como la descrita, sea por parte del legislador (que no lo ha hecho), sea por el juez, es necesario, con carácter previo, posicionarnos sobre su posible constitucionalidad. En este sentido, la libertad negocial, pilar del Derecho de contratos, como se ha reiterado, se encuentra protegida por el artículo 10 de la Constitución⁴²; respaldada, asimismo, por «la libertad de empresa en el marco de la economía de

39. Artículo 28. «Tutela judicial del derecho a la igualdad de trato y no discriminación. La tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación comprenderá, en los términos establecidos por las leyes procesales, la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal.»

40. GARCÍA RUBIO, M.P.: «Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres», Derecho Privado y Constitución, Nº 21, 2007, pp. 153-154.

41. «2. El incumplimiento de las obligaciones previstas en el apartado anterior dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse, y que podrán incluir tanto la restitución como la indemnización, hasta lograr la reparación plena y efectiva para las víctimas».

42. No opina así, GARCÍA RUBIO, M.P.: «Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres», cit., pp. 131-166, concretamente p. 156, nota al pie 64 que duda de la constitucionalidad de la imposición de contratación a persona discriminada, y considera que dicha posibilidad no estaría bajo el paraguas del art. 10, tal y como se ha afirmado en el texto principal. En esta línea, también BARBA V., ob. cit. 139 y GRAU PINEDA, M. C.: *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 82.

mercado», que proclama el artículo 38.1 de la Carta Magna. Por lo que parece que, de entrada, estaría excluida tal posibilidad. Sin embargo, este supuesto versa, más que sobre la constitucionalidad de la medida, en sentido estricto, sobre el conflicto de dos derechos: la libertad negocial con el derecho a no ser discriminado del artículo 14. Ello nos invita, para su resolución, a establecer criterios dirigidos a priorizar uno u otro derecho.

En el recinto del Derecho privado, donde impera la protección de intereses particulares, la libertad del individuo ocupa un papel predominante. Por consiguiente, cuando tiene lugar la discriminación de un colectivo por un sujeto particular en el ámbito de relaciones contractuales privadas, la causa de la misma se enmarca dentro del espacio protegido por el artículo 16 de la Constitución, básicamente. Circunstancias ideológicas son las que se encuentran detrás de decisiones excluyentes carentes de una causa objetiva y legítima que las justifique. Que dicha libertad, cuando se materializa en comportamientos discriminatorios, no esté amparada por la libertad del artículo 16 de la Constitución, se encuentra detrás de las consecuencias jurídicas establecidas en las normas españolas y extranjeras que regulan la operatividad del principio de no discriminación en las relaciones entre particulares. Es decir, en el mencionado conflicto se da preferencia al artículo 14, al establecer que la persona que discrimina en sus relaciones contractuales a otra, negándose a contratar con ellas, debe indemnizar los daños materiales y morales causados. Lo que impide esgrimir el derecho a la libertad ideológica como escudo protector ante dichas reclamaciones.

Sin que figuren otras circunstancias que introduzcan un interés público en la confrontación, el artículo 10 de la Constitución, pórtico de la enumeración de los derechos fundamentales y sede de los principios interpretadores de los mismos, impide que, además de las consecuencias jurídicas establecidas en las leyes, se le pueda imponer al ciudadano la obligación de contratar. Obligación que implica mantener relaciones jurídicas con un sujeto con el que este no desea hacerlo, fruto de un acto de su voluntad, de la libertad de todo ser humano. Al igual que el Derecho no puede ni debe imponernos relaciones de amistad o de afecto, tampoco está legitimado, con carácter general, a imponernos relaciones jurídico-patrimoniales.

Distinto sería que confluyeran otras circunstancias que justificaran, en aras de la protección de un interés superior, la obligación de contratar con determinados sujetos y en esa concreta coyuntura. Ello sucedería como consecuencia de que se aprecie la protección de otros derechos de carácter colectivo o de un valor superior que fuera prevalente. Así, por ejemplo, en una pandemia la imposición de vender mascarillas, o en una sequía la obligación de vender agua mineral. Fuera de estas circunstancias excepcionales, consideramos que la Constitución no otorga cobertura a la obligación de contratar.

Volviendo a las consecuencias jurídico-privadas, la nulidad como sanción general debe ser interpretada en un sentido amplio. Pues el principio de conservación del contrato y, en su caso, la protección del interés de la víctima demanda que, siempre que la cláusula discriminatoria no contenga un elemento esencial del contrato, se opte por la nulidad parcial del mismo. También tendría cabida,

si los elementos concomitantes así lo posibilitaran, la llamada nulidad parcial coactiva con sustitución del contenido de la cláusula infractora por aquel fijado en la norma⁴³.

En verdad, solo se contempla en la ley la nulidad como consecuencia derivada del incumplimiento. Pero ello no debe interpretarse como exclusión de cualquier otra modalidad de ineffectuación; ya que cualquier otra fórmula o vía de las previstas en nuestro ordenamiento jurídico que provea de una mayor satisfacción al perjudicado deberá ser admitida. En este sentido, la resolución del contrato sería factible si la víctima decidiera ejercitar esta acción en sustitución de la nulidad.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 27, sea cual sea la modalidad de ineffectuación que se ejerza, siempre estará abierta la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, que no exime de la obligación reparatoria (*in natura*), si fuera posible, del daño derivado de la vulneración. Dado que estos conceptos se corresponden con los daños patrimoniales, estos deben acreditarse y cuantificarse por la víctima en la oportuna reclamación, sobre la base de los criterios y reglas comunes a cualquier proceso de este tipo.

Expresamente se refiere la ley a la confluencia de ambas modalidades de daño, consagrando la presunción *iuris et de iure* de existencia de daño moral si se acreditaba la infracción, además de apuntar los parámetros a tener en cuenta para su valoración⁴⁴. La justificación jurídica del daño moral, en este caso, se residencia en la lesión de un derecho fundamental que menoscaba la dignidad como persona que no solo se aprecia en la responsabilidad extracontractual, si bien suele ser lo más frecuente. Aunque la responsabilidad contractual acostumbra a constreñirse al ámbito patrimonial, no excluye que, como consecuencia del incumplimiento, se generen daños morales que, obviamente, deben ser indemnizados. En este caso, es la propia ley la que no deja espacio a la duda, al expresar esta presunción que, parece, no permite su omisión. Y que actúa como un elemento disuasorio al establecer una consecuencia patrimonial (a modo de sanción), siquiera por daño moral, que va a tener lugar siempre que se actúe contrariamente al principio de no discriminación⁴⁵.

43. BARBA, V., ob. cit. p. 165.

44. Artículo 27. Atribución de responsabilidad patrimonial y reparación del daño. «1. La persona física o jurídica que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituviendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido».

45. PEÑA LÓPEZ, R. «Responsabilidad civil por daños derivados de la infracción del derecho a la igualdad y no discriminación: el ilícito generador de responsabilidad, el problema de la discriminación perpetrada por inteligencia artificial y el daño moral derivado del acto de discriminación», *Cuadernos de Derecho Privado*, vol. 5, nº 11, 2025, pp. 63-65 tras considerar que los daños morales a los que alude la norma son los identificados como *pretium doloris*, se muestra muy crítico con la presunción *iure et de iure* establecida en la norma.

Conscientes de la dificultad de la cuantificación del daño moral indemnizable, el precepto indica unos criterios, que en sí mismos no son novedosos, por ser los que, tradicionalmente, se utilizan por los Tribunales para dicha cuantificación.

Por último, expresa la ley una presunción *iuris tantum* de existencia de discriminación y que, como tal, genera una inversión de la carga de la prueba, que se desprende de los indicios que debe aportar la persona que reclama y alega discriminación. Del redactado del artículo se colige que la presunción solo opera si existieran indicios fundados, de manera que la víctima debe acompañar a la demanda un principio de prueba que, a juicio del juez, se estime como suficiente para atisbar un comportamiento negocial discriminatorio. Por ejemplo, podría entenderse como indicio fundado a los efectos del artículo 30, la acreditación de los dos elementos de comparación necesarios para que tenga lugar la discriminación, que avalaría la aplicación de la presunción. Ello facilitaría el alcance de la reparación pecuniaria y, en su caso, *in natura*⁴⁶, al quedar liberada la víctima de probar la existencia de discriminación y recaer en el demandado la carga probatoria de la concurrencia de causa legítima, objetiva y/o proporcionada que justifique la diferencia de trato.

III.2. El artículo 6 de la Ley 12/2023 de 4 de mayo por el derecho a la vivienda

Pese a que la Ley por el derecho a la vivienda poco aporta al régimen jurídico de la incidencia del principio de igualdad y no discriminación en los contratos por los que se accede al uso de una vivienda, en un trabajo como este no podemos evitar referirnos al artículo 6 de este texto legal, sede de las manifestaciones llevadas a cabo por el legislador al respecto.

Tras una declaración general imbricada con el mandato constitucional («todas las personas tienen derecho al uso y disfrute de una vivienda digna y adecuada»), el artículo 6 de la ley 12/2003 relaciona el derecho del uso y disfrute de una vivienda digna y adecuada con el «cumplimiento de los requerimientos legales y contractuales establecidos en la legislación y normativa vigente». Ciertamente, es difícil precisar a qué requerimientos se refiere, sobre todo cuando estos, dice que proceden del contrato. A fin de llevar a cabo una interpretación ajustada a los conceptos mal utilizados por el legislador, podríamos entender que la desafortunada frase alude a los mandatos legales localizados en normas imperativas

46. Artículo 30. Reglas relativas a la carga de la prueba. «1. De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionabilidad.» En igual sentido el artículo 66.1 de la Ley 14/2023 de 28 de febrero para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

(«¿requerimientos legales?») y al contenido obligatorio del concreto contrato que facilita o imposibilita el uso y disfrute de la vivienda, siempre que éste no infrinja norma imperativa alguna («¿requerimientos contractuales?»). Asimismo, de la lectura del precepto puede colegirse (con cierta dificultad) que el principio de igualdad y no discriminación se superpone a los «requerimientos legales» (lo cual es obvio, pues la Constitución, sede del mismo en su artículo 14 es preferente a la ley) y, al mismo tiempo, despliega su eficacia sobre el contrato en el que trae causa el derecho (o no derecho) de uso y disfrute de la vivienda⁴⁷.

Por otra parte, la norma distingue y define los espacios clásicos (discriminación directa e indirecta) en los que pudiera tener lugar situaciones discriminatorias en el ámbito contractual⁴⁸, sin que lleve a cabo aportaciones de interés.

Continúa el artículo ocupándose de una cuestión ya fuera del ámbito contractual, pero que suele generarse en el ámbito de las relaciones arrendatarias, como es el acoso inmobiliario⁴⁹, que, de producirse, genera responsabilidad extracontractual al que lleva a cabo esta conducta. Es evidente que no es posible apreciar una conexión en cualquier supuesto entre contrato de arrendamiento, acoso inmobiliario y discriminación, pues el objetivo del acoso no siempre ampara actitudes discriminatorias; pero sí lo es que dicha relación existe en algunos casos. Sea cual sea el fin al que se encuentren orientadas, el tratamiento jurídico es idéntico y las reglas que permiten obtener una satisfacción pecuniaria a la víctima se residencian en los artículos 1902 y ss. del CC. En la medida que este trabajo se circumscribe al ámbito del contrato de arrendamiento no entraremos a estudiar y/o valorar esta situación.

Finalmente, la norma afronta un supuesto que, en verdad, nada tiene que ver con la eficacia del principio de no discriminación en las relaciones entre los par-

47. «Artículo 6. *Principio de igualdad y no discriminación en la vivienda*. 1. En virtud del principio de igualdad y no discriminación en la vivienda, todas las personas tienen derecho al uso y disfrute de una vivienda digna y adecuada, cumpliendo con los requerimientos legales y contractuales establecidos en la legislación y normativa vigente, sin sufrir discriminación, exclusión, acoso o violencia de ningún tipo».

48. «2. Las Administraciones competentes deberán garantizar el cumplimiento de lo previsto en el apartado 1, adoptando las medidas de protección necesarias para prevenir y hacer frente, de manera específica a las siguientes situaciones que afectan al uso y disfrute de la vivienda:

a) La discriminación directa, que se produce cuando una persona o grupo de personas recibe, en algún aspecto relacionado con la vivienda, un trato diferente del recibido por otra persona en una situación análoga, siempre que la diferencia de trato no tenga una causa legítima que la justifique objetiva y razonablemente, y los medios utilizados sean proporcionados, adecuados y necesarios.

b) La discriminación indirecta, que se produce cuando una disposición normativa, un plan, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral, un criterio o una práctica, aparentemente neutros, producen una desventaja particular para una persona o grupo de personas respecto de otras en el ejercicio del derecho a la vivienda. No existe discriminación indirecta si la actuación tiene una finalidad legítima que la justifica objetiva y razonablemente y los medios utilizados para alcanzar esta finalidad son proporcionados, adecuados y necesarios.»

49. «c) El acoso inmobiliario, entendido como toda acción u omisión con abuso de derecho con el objetivo de perturbar a cualquier persona en el uso pacífico de su vivienda y crearle un entorno hostil, ya sea en el aspecto material, personal o social, con la finalidad última de forzarla a adoptar una decisión no deseada sobre el derecho que le ampara de uso y disfrute de la vivienda».

ticulares, expresando un mandato a la Administración como garante del cumplimiento del derecho a una vivienda digna. Dicho mandato consiste en estar vigilante y tomar las medidas oportunas, incluso, entendemos, sancionar cuando se percate de la existencia de «operaciones de venta, arrendamiento o cesión por cualquier título, completa o parcial, para residencia de una infravivienda, una vivienda sobreocupada y cualquier forma de alojamiento ilegal» (art. 6.2 d)⁵⁰.

III.3. Ley de Arrendamientos Urbanos

En este apunte normativo recabamos en la ley Arrendamientos Urbanos (LAU) que, aunque, ciertamente, carece de ninguna norma que se refiera a la obligación del arrendador de respetar el principio de igualdad y no discriminación en sus relaciones contractuales previa, coetáneas o posteriores a la celebración del contrato, sí diseña un concreto régimen jurídico de los contratos de alquiler de inmuebles para uso de vivienda que debe tenerse en cuenta para llevar a cabo nuestro estudio sobre la aplicación del enunciado principio y sus consecuencias en la relación arrendaticia.

En este epígrafe nos limitaremos a enunciar las particularidades de dicho régimen jurídico y las cuestiones que pudiera suscitar cuya resolución iremos desgranando a lo largo de este ensayo.

En primer lugar, el contrato de arrendamiento para uso de vivienda se caracteriza por el régimen de prórrogas obligatorias, que, una vez finalizado, entra en una fase en la que la prórroga del mismo depende del consentimiento de ambas partes; por lo que la voluntad del arrendador será decisiva para que el contrato finalice (artículo 10 LAU). En el supuesto de que un mismo titular tenga concertados varios contratos de inmuebles de los que tiene capacidad para disponer y entren en prórroga voluntaria, ¿puede decidir libremente el contrato que prorroga, si decide prorrogar alguno o algunos?, ¿se encuentra vinculado por el principio de igualdad y no discriminación debiendo, necesariamente, prorrogar aquel en el que el inquilino presente un factor de riesgo?

50. La regla transcrita continúa diciendo: «o respecto a bienes sobre los que no se ostente un derecho legítimo que faculte al efecto o la representación del mismo». La frase merece ser calificada como de poco afortunada y de difícil comprensión en el marco de nuestro ordenamiento jurídico-privado, pues poco o nada tiene que hacer la Administración si el contrato se ha realizado por una persona que carece de legitimidad para ello (bien porque no es el titular del derecho o carece de legitimidad para disponer de él, sin que ello comporte, necesariamente, mala fe del sujeto). En cuyo caso, la respuesta al conflicto se solventaría por medio de la aplicación de la normativa general del contrato que predica su ineficacia. A no ser que el legislador le esté diciendo «entre líneas» a la Administración que sancione, también, a estos sujetos. Lo cual nos parece del todo improcedente, al no concurrir, a nuestro juicio, un interés digno de protección (como sí en el caso de infravivienda, vivienda sobreocupada y vivienda ilegal) que justifique sancionar al contratante sin derecho legítimo para llevar a cabo el contrato, simplemente, porque este verse sobre la vivienda y, como consecuencia de ello, pudiera ser declarado ineficaz por los Tribunales. Entrar en este campo es, llamémosle, «complicado» e innecesario.

Continuando con la prórroga, el artículo 9.3 LAU contempla la posibilidad de que, si el arrendador necesita recuperar alguno de sus inmuebles por concurrir las circunstancias descritas, puede excepcionar el sistema de prórroga forzosa dando por finalizado el contrato. Ahora bien, ¿puede decidir libremente cual recuperar, suponiendo que tuviera más de uno alquilado de iguales características? ¿o el principio de igualdad y no discriminación le obliga a dirigirse contra un inquilino concreto por no concurrir en los demás algún factor de riesgo?

Por otro lado, la LAU regula la subida del precio referenciada a un determinado índice (artículo 18 LAU), pero el propietario no está obligado a aplicar la subida necesariamente. De nuevo, en un escenario como el enunciado, ¿estaría obligado el arrendador a tratar de igual forma a todos sus inquilinos o, al menos, en aquellos en los que concurre un factor de riesgo por imperativo del artículo 14 de la Constitución, en relación a la aplicación del índice de subida de la renta?

Finalmente, en relación a las obras, con independencia de aquellas de obligatorio cumplimiento, existe un amplio campo (artículo 21 y siguientes LAU) que permite al arrendador tratar de forma diferente a sus inquilinos mejorando unos inmuebles frente a otros. Se suscitan, pues, idénticos interrogantes sobre la libertad de la que dispone el casero en orden a la realización de obras de mejora no necesarias pero que, obviamente, inciden en el inmueble y convierten en más gratificante el uso del mismo que le posibilita el contrato de arrendamiento.

Apuntados las dudas que el particular régimen jurídico del arrendamiento de viviendas plantea en orden a la incidencia del principio de igualdad y no discriminación, como quiera que estas cuestiones se refieren a la ejecución del contrato, las abordaremos en el epígrafe correspondiente. Pido paciencia al lector y me comprometo a ofrecer una respuesta que no le pido comparta.

IV. LA OFERTA DISCRIMINATORIA DE ALQUILERES DE VIVIENDAS

Partimos de la premisa de que, en el proceso de formación del contrato, el mencionado principio limita la libertad del oferente, invalidando cualquier oferta, sea del tipo que sea, que impida concurrir a determinados sujetos o colectivos, sin que dicha exclusión se encuentre justificada. Se evita, de esta forma, que se imposibilite *ab initio* el acceso a la vivienda a colectivos desfavorecidos y en los que se percibe, bien un factor de riesgo, bien una circunstancia subjetiva no protegible.

Dada la relevancia en el tráfico económico de las transacciones sobre la vivienda y los negocios de intermediación a ellas vinculados, y, en particular, de los arrendamientos de inmuebles, es muy común que la oferta se publicite en distintos medios, con el fin de llegar al mayor número de destinatarios. Por ese motivo, la preocupación del legislador en relación a la discriminación en el acceso por medio de contratación privada al uso y disfrute de una vivienda digna se centra en la oferta pública, hasta tal punto que la ha elevado a eje vertebrador del régimen jurídico que expresa en el artículo 20 de la ley 15/2022. Nos remitimos a los comentarios y apreciaciones que, sobre el particular, hemos vertido anteriormente.

Aunque, técnicamente, existen diferencias palpables entre la llamada oferta pública, propiamente dicha, y la invitación a ofrecer⁵¹, sobre todo en orden a las consecuencias jurídicas, utilizaremos el término «oferta pública» en este apartado en un sentido amplio, dado que el principio de no discriminación se proyecta con igual intensidad en ambos actos jurídicos. Solo distinguiremos cuando el discurso jurídico así lo demande.

En verdad, no es difícil detectar el posible contenido discriminatorio de una concreta oferta pública, lo que simplifica la tarea interpretativa previa al establecimiento de consecuencias jurídicas. Basta con que el destinatario no sea universal y que la restricción carezca de causa objetiva y legítima que la justifique. En este sentido, los anuncios públicos de alquiler de vivienda en los que se inserta una limitación en el sentido indicado, evidentemente, vulneran el principio de no discriminación, que llevaría aparejada las consecuencias jurídicas que apuntaremos más adelante. Una oferta pública de alquiler de una vivienda para estudiantes que solo admite a chicas, podría ser un ejemplo de oferta discriminatoria por razón de género.

El ciber espacio se presenta como el escenario más usual en el que se desarrolla la oferta pública de vivienda, proliferando los portales de anuncios, a los que, expresamente, se refiere el artículo 20 de la Ley 15/2022 al enunciar en su párrafo segundo los «sujetos» destinatarios del mandato en dicha norma expresado. Con todo, este medio de difusión universal de la oferta pública de alquiler de viviendas como tal no infiere en la determinación de su carácter discriminatorio (pero sí para la cuantificación del daño moral). En cambio, la incorporación de algoritmos para la selección de los sujetos que aceptan la oferta o la invitación a ofertar introduce un factor que dificulta la apreciación de las causas que excluyen a unos ciudadanos frente a otros, impidiendo analizar la legitimidad de estas.

La falta de transparencia⁵² del algoritmo se erige como el motivo que entorpece el proceso de identificación de las órdenes que conducen al *software* a filtrar a los ciudadanos en función de los criterios que el humano haya preestablecido (sesgo algorítmico). La información para proceder a ello es la que se desprenda de los datos solicitados en los formularios que se cumplimenten. Basta el número de identificación para excluir a ciudadanos extranjeros, por

51. No vamos a entrar a discernir sobre la diferencia entre «oferta pública» e «invitación a ofertar». Remito al lector que desee una mayor información a ZUBERO QUINTANILLA, S.: «La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa», Aranzadi civil mercantil. Revista doctrinal, (6), 2016, pp. 63-92; Las declaraciones publicitarias para contratar, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

52. La falta de transparencia de los procesos que se llevan a cabo por medio de algoritmos es una preocupación/ocupación de los estudiosos del Derecho; sobre todo en el sector público. El contenido de la obligación de transparencia se encuentra determinada por la clasificación del sistema de inteligencia artificial en función del riesgo que comporta. Así figura desde el primer texto de la propuesta de Reglamento Europeo, actualmente en tramitación, y de forma específica en el acuerdo del Consejo y el del Parlamento de 8 de diciembre 2023 sobre el contenido de la ley europea que regulará de Inteligencia Artificial. Por todos, vid. COTINO HUESO, L.: «Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida», *Revista Española de la Transparencia*, (16), Primer semestre, enero-junio, 2023, pp. 17-63

ejemplo⁵³. Esta oscuridad en el procedimiento de selección imposibilita acreditar la existencia de discriminación, pues el ciudadano preterido ni siquiera conoce el motivo de su exclusión.

El marco normativo general sobre el que articular nuestras reflexiones viene establecido en el Reglamento Europeo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. El concreto régimen jurídico aplicable a la protección del ciudadano ante la toma de decisiones automatizadas se localiza en dos preceptos: el artículo 15.1 y el artículo 22. En este sentido, el artículo 15. 1, g) faculta al ciudadano para solicitar información sobre: «la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado en el artículo 22». Y el artículo 22⁵⁴ contiene una prohibición⁵⁵ de la toma de decisiones basadas únicamente en procesos automatizados, sin intervención humana alguna⁵⁶.

Conscientes de la facilidad con que se puede transgredir el principio de no discriminación, por medio del recurso a procesos automatizados en la toma de

53. La discriminación algorítmica se ha estudiado, sobre todo, en el ámbito de los recursos humanos relacionada con los procesos de selección de personal que excluyen, de forma injustificada, a determinados colectivos y de los sesgos que se implementan en el algoritmo a tal fin. Las conclusiones de estos trabajos sobre el particular son trasplantables al ámbito que nos ocupa. A modo de ejemplo, la obra colectiva *Discriminación algorítmica en materia de Derecho laboral*, dirigida por Rivas Vallejo, P. Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2022.

54. «Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles 1. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. 2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado. 3. En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión. 4. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, salvo que se aplique el artículo 9, apartado 2, letra a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado».

55. Comparto la tesis interpretativa más amplia de SARRA, C.: «Il diritto di contestazione delle decisioni automatizzate nel GPD», *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá XII*, 2019, pp. 33-69, concretamente en la, p..45, frente a otra interpretación del precepto que considera que solo reconoce un derecho subjetivo al titular de los datos.

56. Para un mayor detalle del contenido y alcance del precepto, el comentario realizado por SANCHO VILLA, D. en la obra *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Troncoso Reigada, (dir.) Vol. 1, Edit. Aranzadi Thomson Reuterers, 2021, pp. 1725-1745.

decisiones, la ley 15/2022, en su artículo 23⁵⁷, expresa un mandato a la Administración de estar vigilante y, en el párrafo 3, encomienda a las empresas «promover el uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido.»

El hecho de que la discriminación algorítmica verse sobre la oferta en sentido estricto o la invitación a ofrecer en el marco de un proyectado contrato de alquiler, no añade ninguna especialidad al régimen general de ineeficacia. La dificultad estriba en detectar dicha discriminación. La normativa general en esta materia despliega una función preventiva más que resarcitoria, aplicándose, si se detecta la discriminación, las medidas previstas en nuestro ordenamiento en los términos expuestos, lo que conduce a calificar por algún autor como «inútil» las previsiones del referido artículo 22⁵⁸. Nos parece, muy interesante, en orden a evitar estas conductas indeseadas, la implementación de un sello de calidad de los algoritmos, que, como un *desiderátum*, lo menciona el art. 22.4 de la Ley 15/2022.

A pesar de la difícil prueba que comporta, el principio de no discriminación también se despliega en el ámbito de la oferta privada⁵⁹. Para su operatividad el perjudicado debe acreditar que el contenido de la oferta tiene carácter discriminatorio al establecer cláusulas excluyentes o impositivas carentes de justificación. En consecuencia, si se le impone al sujeto alguna condición u obligación ligada a derechos de la personalidad o relacionada con los factores de riesgo, que de *facto* implique una discriminación al sujeto, la oferta se tildaría como tal. Por ejemplo, la oferta de arrendamiento de un inmueble a una pareja conviviente bajo la condición de que contrajera matrimonio, o a una mujer con la prohibición de que en el inmueble mantenga relaciones sexuales con su pareja femenina.

También podría calificarse como discriminatoria una oferta privada en relación a otra emitida por el mismo titular, sobre una vivienda de similares carac-

57. «Inteligencia Artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados.1. En el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial, las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio. 2. Las administraciones públicas, en el marco de sus competencias en el ámbito de los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisiones, priorizarán la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos. 3. Las administraciones públicas y las empresas promoverán el uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido. 4. Se promoverá un sello de calidad de los algoritmos.»

58. PEÑA LÓPEZ, R.: cit. p. 6.

59. Sobre la discriminación algorítmica en la contratación privada, ESPÍN ALBA, I.: «Sesgos discriminatorios en la toma automatizada de decisiones en la contratación y protección de datos», en APDC, *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 149-161.

terísticas, siendo más gravosa en un caso que en el que concurre un factor de riesgo. Siempre, claro está, que dicha diferencia de trato no se sustente en una justificación suficiente, en ~~los términos establecidos~~ en la ley.

Detectada la discriminación en los términos reseñados, procedemos, a continuación, a disertar sobre las consecuencias jurídicas que de esta se dimanan.

En este sentido, si la infracción tuviera lugar en la oferta de la vivienda en alquiler, fuera esta pública o privada, la nulidad como sanción establecida tendría como consecuencia que la oferta se mantendría en todos sus extremos, excepto en aquello que atentara o generara discriminación (si ello fuera posible).

Consideramos que el destinatario (o los destinatarios) de la oferta con contenido discriminatorio  puede optar entre impugnarla, antes de aceptarla, o aceptarla omitiendo *de facto* su preterición. En el primer caso, el juez valorará si la oferta pudiera mantenerse eliminando por ineficaz aquel contenido excluyente sin justificación o, por el contrario, debe retirarse cuando la supresión de aquello que fuera tachado como discriminatorio deja sin sentido la oferta en su conjunto. El oferente, no obstante, podría revocar la oferta si no existiera un plazo fijado en la propia oferta, dado que no se ha producido la aceptación⁶⁰. Pues la reacción del ordenamiento jurídico no puede ir más allá, obligándole a mantener la oferta o, en su caso, a realizar un contrato por encima de su voluntad. Sin embargo, si el oferente retira la oferta al decidir que, al haberse eliminado el contenido discriminatorio, no está interesado en contratar con esa persona o colectivo injustamente preterido, dicha acción, por sí misma, genera una vulneración del derecho a la igualdad de trato indemnizable, incluyéndose en dicha cuantía el daño moral.

En el segundo caso, el contrato se entiende celebrado como consecuencia de la mecánica normal en todo proceso de contratación (artículo 1262.I CC) y si el oferente se negara entraría en un supuesto de incumplimiento contractual con las consecuencias previstas, con carácter general, en el ordenamiento jurídico. Porque la mera aceptación del contratante ilegítimamente excluido, sin necesidad de hacer valer tal consideración, es suficiente para perfeccionar el contrato y generar efectos vinculantes para ambas partes.

Sentadas estas dos premisas, el lector avezado habrá comprobado la restricción interpretativa del término «oferta» a la «oferta en sentido estricto», en clara referencia a la exclusión de la misma de la invitación a ofrecer; ya que, en esta, al no contener los elementos del contrato proyectado, su aceptación no implica perfección de contrato alguno, lo que impide que proceda la segunda de las premisas contempladas.

Así, cuando la invitación a ofertar contraviene el principio de no discriminación, al excluir a un determinado colectivo que no es llamado a esta, el colectivo o la persona lesionada podrá solicitar del juez la indemnización de los perjuicios causados, incluyendo los daños morales por lesión a su dignidad como persona. No estimamos, en cambio, procedente la obligación de mantener la invitación,

60. ALVENTOSA DEL RÍO, J.: «La perfección del contrato en el Código Civil español», *Revista Boliviana de Derecho* (26), julio, 2028, p. 194.

ahora sin los términos discriminatorios, ya que el sujeto que «invita» está legitimado para retirar la invitación si no le resultara conveniente. De todas formas, aun cuando ello sucediere permitiendo al sujeto o sujetos discriminados realizar una oferta, al titular del inmueble le basta con no aceptarla sin tener que alegar causa alguna.

Conviene puntualizar que, cuando la oferta o la invitación a ofertar se publicita en portales inmobiliarios y otros medios de difusión en internet (redes sociales), el criterio de la difusión del medio empleado del artículo 27.1 de la ley 15/2022 otorga un amplio margen al juez para establecer importantes indemnizaciones, con un efecto disuasorio y de control del contenido de los publicado en los portales inmobiliarios y en las redes sociales.

V. LA DISCRIMINACIÓN COMO FÁCTOR DE RUPTURA DE LOS TRATOS PRELIMINARES PREVIOS AL CONTRATO DE ALQUILER DE VIVIENDA

Si bien es cierto que no siempre es posible apreciar, previamente al lanzamiento de la oferta, la existencia de tratos preliminares, no es extraño que tengan lugar entre las personas interesadas en arrendar un inmueble en el ámbito de la oferta privada. Igualmente, cuando estamos frente a una invitación a ofrecer, tan usuales en el alquiler de viviendas.

En este momento, en el que impera la libertad de las futuras partes contractuales para «elegirse» en función del contenido del contrato que negocian, dicha libertad también se encuentra mediatisada por el principio de no discriminación. Si la infracción del principio de buena fe da sustento jurídico a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la ruptura de los tratos preliminares, cuánto más si dicha ruptura se genera porque se prefiere a un contratante frente a otro por concurrir un factor de riesgo o por otra circunstancia carente de justificación. O, simplemente, se decide, por ese motivo, no seguir adelante con la negociación. Por ejemplo, se conculca el principio de no discriminación si se rompen los tratos preliminares porque el titular prefiere alquilar la vivienda a un nacional frente a un extranjero en idénticas condiciones a las que se estaban gestando con el segundo, simplemente por causa de su etnia. También si el motivo de la ruptura no es otro que descubrir que el sujeto es de una ideología distinta o su orientación sexual se dirige a las personas del mismo sexo.

Es importante apuntar que, para que se detecte la lesión, estimamos como necesario que se hayan generado expectativas en el contratante discriminado, ya que el fundamento de la pretensión indemnizatoria se focaliza en la infracción de la buena fe contractual. Y ello no cambia porque, además, se sume otro motivo carente de fundamento jurídico⁶¹. Dicha circunstancia añadida tendrá su reflejo en las consecuencias jurídicas indemnizatorias, a las que nos dedicaremos más adelante.

61. En contra, BARBA, V., ob. cit. pp. 69-72 considera que cuando la ruptura de los tratos preliminares infringe el principio de no discriminación no es preciso que las negociaciones estén

Mantener que la ruptura de tratos preliminares no avanzados genera consecuencias indemnizatorias (¿a qué nos estamos refiriendo? ¿meras conversaciones?) porque uno de los sujetos no desea contratar, sin haber creado expectativas, aun cuando el motivo interno se relacione con un factor de riesgo, es, a mi juicio, excesivo. De todos es sabido que la libertad de las personas también ampara discursos o posiciones ideológicas excluyentes que, lógicamente, marcan sus relaciones sociales⁶². El límite a esta libertad lo define el artículo 16 de la Constitución en el orden público⁶³, así como la confluencia de otros derechos fundamentales que pudieran considerarse prioritarios, en un determinado momento, como los referidos en el artículo 14 de la Constitución. La tensión entre la libertad ideológica del artículo 16 y el derecho a autorregular sus intereses del artículo 10 que implica la libertad de decidir y escoger a los sujetos con los que le agrada relacionarse jurídicamente, con el principio de no discriminación del artículo 14, encuentra su punto de inflexión en el principio de buena fe. Si existe una infracción de este, como consecuencia de haber creado expectativas en el sujeto, surgirá obligación de reparar el daño causado. Si, además, el motivo de ruptura se conecta con un factor de riesgo, el daño generado se aumenta, pues se ha lesionado su dignidad como persona.

Fuera de este escenario, admitir la trasgresión del principio de no discriminación en la ruptura de tratos preliminares, amén de infringir los artículos 1º y 16 de la Constitución, generaría inseguridad jurídica en el tráfico económico.

En relación a la prueba, la dificultad estriba, al igual que en otras fases del proceso de contratación, en acreditar la existencia de discriminación, a los efectos de que proceda la partida indemnizatoria correspondiente a esta lesión (ya que, los daños patrimoniales generados en la buena fe de que el negocio se formalizaría por lo avanzado de las negociaciones, son fácilmente acreditables).

Por tanto, no basta con que confluya un factor de riesgo en alguno de los sujetos con los que el titular de la vivienda negocia su alquiler para que de él se derive la discriminación si fuese, finalmente, preterido. Ni siquiera debe establecerse una presunción a su favor si concurre en uno de los que optan al contrato que se negocia. Pues para que la discriminación pudiera apreciarse en los tratos preliminares debe ir acompañada, en primer lugar, de las circunstancias objeti-

avanzadas, ya que el sustento de la indemnización se ubica en la lesión a la dignidad del discriminado y no en la infracción del principio de buena fe. Entendemos que no es incompatible y que la doble lesión trae como consecuencia la «doble indemnización» (daños morales y patrimoniales) que no convergen cuando se lesiona la dignidad. Tampoco estoy de acuerdo con el profesor Barba no exigir un elemento de comparación para detectar la discriminación, tal y como hemos indicado en el texto principal.

62. Tribunal Constitucional Auto 1227/ 1988: «la libertad ideológica que recoge el artículo 16.1 de la Constitución no constituye, como es obvio, una mera libertad interior sino que dentro de su contenido esencial se incluye la posibilidad de su manifestación externa que (...) no se circunscribe a la oral/escrita, sino que incluye también la adopción de actitudes y conductas».

63. Artículo 16 «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».

vas referidas (negociación avanzada y similitud entre el contrato celebrado y el negociado en un espacio relativamente cercano en el tiempo entre ambos) y, en segundo lugar, que no converja un elemento de entidad que sustente la elección por otro contratante.

Generada, pues, la discriminación en los términos señalados, de acuerdo con la teoría general, se generaría responsabilidad civil patrimonial a cargo del que rompe los tratos de forma injustificada, que alcanza solo a los daños patrimoniales: es decir, los gastos producidos como consecuencia de la expectativa del sujeto en la realización del contrato, excluyendo las posibles ganancias que se pudieran haber derivado del contrato proyectado⁶⁴. Como quiera que hemos considerado que, para que proceda la indemnización por vulneración del principio de no discriminación, es requisito que los tratos estuvieran avanzados y se hubiera generado expectativas negociales en el sujeto preterido, dichos daños patrimoniales siempre procederían, además de los que tengan causa en la existencia de discriminación.

A pesar de que la doctrina se muestra restrictiva sobre las partidas que comprenden el concepto «daño indemnizable» en esta fase precontractual, podríamos preguntarnos si, por haber tenido lugar un atentado a un derecho fundamental, sería posible sostener otra propuesta más extensa. En mi opinión, el tratamiento de los daños indemnizables debe ser idéntico en uno u otro supuesto, ya que el motivo de la preterición no debe influir en la cuantía patrimonial de los debidos por el infractor. La vulneración de un derecho fundamental no es causa para incrementar la indemnización de otras partidas excluidas por la doctrina con argumentos jurídicos solventes, que no se desvanecen por la causa de la ruptura.

Sin embargo, no podemos obviar el hecho de que la causa aludida ha supuesto una lesión de la dignidad de la persona, que ha sido excluida por concurrir un factor de riesgo. La única forma de aumentar el importe indemnizatorio abrazando dicha cuantía es incluyendo la cobertura del daño moral que se ha occasionado. Ello lo permite la generosa redacción del artículo 27.1 Ley 15/2022 en el que se consagra la presunción *iure et de iure* de daño moral cuando se constata la infracción del principio de no discriminación. En consecuencia, la indemnización por ruptura de tratos preliminares con el objeto de discriminar a colectivos por causa de alguno de los factores de riesgo del artículo 2.1, de manera que se le imposibilite el acceso a una vivienda donde residir, obliga al sujeto activo a indemnizar, no solo por los daños patrimoniales, sino también por los daños morales.

De esta forma se penaliza al infractor que rompe los tratos preliminares vulnerando dos principios: el principio de buena fe contractual, que sustenta la indemnización de los daños patrimoniales, y el principio de no discriminación, fundamento de la indemnización por daños morales.

64. ALVENTOSA DEL RÍO, J. ob., cit., p. 183.

VI. LA INEFICACIA DEL CONTRATO DE ALQUILER DE VIVIENDA CON CONTENIDO DISCRIMINATORIO: FORMAS DE PROTEGER A LA VÍCTIMA

Ya en fase de celebración del contrato propiamente dicha, la discriminación puede aparecer bien de forma directa o indirecta y ambas modalidades se identifican, sin dificultad, en el ámbito del alquiler de vivienda. De forma semejante a como acaecía con la oferta contractual, el factor de publicidad se convierte en un instrumento esencial para detectar actitudes discriminatorias. En este sentido, si el contrato se lleva a cabo por medio de condiciones generales basta con analizar su contenido para enjuiciar si encierran una discriminación directa o indirecta para el contratante. No es preciso contar con otro elemento de comparación al estar dirigidas dichas condiciones, por su propia definición, a una colectividad.

En cambio, si el contrato de alquiler por el que se accede a la vivienda es fruto de una negociación individual, la prueba de la discriminación demanda contar con otros de igual o similar índole y contenido. Porque, como ya hemos reiterado, la discriminación necesita la concurrencia de dos términos para la comparación, ya que se discrimina siempre «en relación a otro».

De ello se deduce que, si el titular del inmueble ha realizado varios contratos de alquiler sobre inmuebles de similares características, siendo uno o alguno más gravoso en algún aspecto, la discriminación se desprende con facilidad de la propia realidad. Fuera de este supuesto, es muy difícil concluir que un contrato menoscaba el principio de no discriminación solo porque sea más gravoso que otro, aun cuando exista una homogeneidad en las viviendas afectadas si dicha homogeneidad no se extiende al contenido del contrato y a las circunstancias que lo envuelven. Esta afirmación se conecta con la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38 Constitución), que garantiza la libertad del titular de negociar las condiciones contractuales que, en ese momento, le resulten más beneficiosas (y que, no necesariamente, serán las objetivamente más favorables, porque la urgencia o la necesidad de liquidez justifica contratos por debajo del precio del mercado o la oportunidad por la urgencia del inquilino para ocupar el inmueble de lugar a un precio más elevado).

Pero, como hemos indicado, la discriminación no solo exige una desigualdad de trato, sino que, además, no se perciba una *causa iuris* o «causa legítima» justificativa del trato diferente que pudiera evitar la aplicación del principio normativo de no discriminación.

Es difícil evitar la calificación de contenido discriminatorio del contrato, constatada la desigualdad de trato, cuando se encuentra presente un factor de riesgo en los hechos enjuiciados. «Nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», como prescribe el artículo 14 CE. Si bien el meritado precepto no contiene un enunciado cerrado⁶⁵, podríamos recurrir al artículo 2.1 de la Ley 15/2022, por describir una enumera-

65. STC 75/1983 de 3 de agosto, primer pronunciamiento del Alto Tribunal que califica como lista abierta la del artículo 14 de la Constitución.

ción, también abierta, pero más completa que la del texto constitucional, a la hora de considerar los factores de riesgo⁶⁶.

Aunque «nada hay imposible», y menos en el mundo de Derecho, acreditada la existencia de cualquiera de las circunstancias apuntadas encontrar una causa legítima que actúe como barrera a la aplicación del principio de no discriminación es complicado. Dicha causa debe ser «objetiva», lo que excluye las valoraciones subjetivas, y «razonable». Razonabilidad que debe medirse, obviamente, con parámetros también objetivos.

Distinto recorrido presenta la tarea de calificar como discriminatoria la diferencia de trato fuera del ámbito de los factores de riesgo mencionados en las normas (en concreto, en el artículo 14 de la Constitución y 2.1 de la Ley 15/2022). Para calibrar la «legitimidad» del motivo que la sustenta se han de conjugar los derechos en conflicto: por un lado, el derecho del titular del inmueble de negociar en el marco de la libertad de empresa y su facultad, si fuera propietario, de gozar y disponer del mismo «sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» (art. 348 CC), por otro, el derecho a no ser discriminado del sujeto que quiere acceder a la vivienda.

En este escenario, la eficacia jurídica de la causa que se alega para motivar la diferencia de trato puede depender del análisis del marco normativo; pues, cuando existe una legislación que protege determinados intereses y que nos posiciona, como sociedad, frente a estos, no es defendible una causa que no se alinee con dichos intereses. El marco jurídico la dota de la objetividad y razonabilidad necesaria para que sea operativa e impida la aplicación del principio de no discriminación. Ello nos conduce, por ejemplo, a calificar como «causa legítima» aquella que excluye inquilinos fumadores, bien en fase de oferta o en el propio contrato; o les impone condiciones contractuales más gravosas con efectos disuasorios. También, las relacionadas con temas ambientales o de eficiencia energética, priorizando en la contratación, por medio de medidas directas o indirectas, a los ciudadanos que asuman un compromiso en este sentido como pudiera ser la instalación de paneles solares en la vivienda, la condición de reciclar la basura...

Me genera bastantes dudas⁶⁷ que la inclusión de medidas no justificadas que discriminan a los propietarios de mascotas impidiéndole el acceso y uso de la vivienda, tras la ley 17/2021, trasgreda el principio de no discriminación en las relaciones entre particulares. Con independencia del tratamiento de que se dota a los animales llamados «seres sintientes», pero calificados jurídicamente como «cosas», no podemos obviar que se ha producido un cambio en cuanto a su consideración y, sobre todo, en la valoración y ponderación del bienestar animal,

66. GARCÍA MURCIA, J.: «La Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Foro. Revista de Estudios Jurídicos y Sociales*, vol. 25, num. 2, 2022, pp. 11-22, concretamente pp. 15-16 sobre la valoración de los factores de riesgo del artículo 2.1.

67. Sobre todo, después de leer la nota nº 91 de la obra *El principio de no discriminación y contrato*, cit.

nuevo principio general⁶⁸, que debe ser tenido en cuenta por los tribunales a la hora de decidir sobre el destino de estos seres sintientes.

En nuestra opinión, no se ha instaurado en nuestro ordenamiento jurídico una prohibición de discriminación en el acceso y uso de la vivienda a los tenedores de animales de compañía con los que convive. Básicamente, porque, en relación a los arrendamientos, la LAU no lo contempla⁶⁹. Además, porque, con carácter general, no impera en nuestro ordenamiento jurídico un principio *favor animalis* en virtud del cual se justifique una presunción *iuris tantum* de discriminación, en los términos que hemos mantenido en líneas precedentes cuando se constata una desigualdad de trato como consecuencia de un factor de riesgo de los relacionados en las normas.

En consecuencia, la prohibición de convivencia con animales domésticos en el interior de la vivienda es legítima, objetiva y razonable lo que impide ser considerado como discriminatorio el hecho de que los tenedores de mascotas sean preteridos en el alquiler de vivienda. Siempre, claro está, no converjan otros intereses dignos de protección o factores discriminatorios no justificados. Por ejemplo, si la persona excluida debe convivir con su mascota por ser invidente y asumir la función de perro guía.

Por último, como sucede cuando estamos frente a conceptos jurídicos indeterminados, será el juez, quien, tras llevar a cabo la labor interpretativa y valorativa de los hechos, constatada la desigualdad en el trato, determinará si la causa alegada se considera legítima o los medios empleados gozan de la proporción adecuada. Valgan, pues, estas reflexiones como pautas de las que pudiera valerse a tal fin.

Una vez celebrado el contrato de arrendamiento, ante cualquier cláusula o contenido discriminatorio, la sanción que se predica, con carácter general, es la nulidad, englobando, tal y como hemos ya referido, la nulidad parcial y la nulidad parcial coactiva. Esta premisa, del todo cierta e irrefutable, contextualizada al ámbito de la vivienda pudiera conducirnos a otras reflexiones sobre la actuación del juez integrando el contrato cuando ello lo demandara la protección de la víctima.

A nadie se le escapa que la sede fundamental de la discriminación, una vez celebrado el contrato, es el precio del arrendamiento; o las condiciones más o menos gravosas de plazo o garantía, si bien en este ámbito, entendemos, que es más difícil probar la discriminación, ya que la libertad negocial ampara la diversidad de trato en atención a las circunstancias de las partes contratantes (así, por ejemplo, pactar mayores garantías porque las circunstancias económicas de la

68. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «El bienestar animal como ser sintiente: un «nuevo» principio general para el derecho de animales», *Un nuevo Derecho civil sobre los animales*, Reus, Barcelona, 2022, pp. 111-126.

69. Si el uso del inmueble se cediera en precario, la gratuitud del mismo legitimaría al cedente para incluir condiciones (como la no convivencia con animales en el inmueble) que ni están prohibidas y que, en su caso, quedarían amparadas por la libertad contractual. VIVAS TESÓN, I.: «Si los animales son seres sintientes, ¿es posible prohibir la tenencia de un animal de compañía en una vivienda?». *Revista CESCO de Consumo*, (41), 2022, pp. 1-20, la cita es a la p. 13.

persona no nos ofrecen solvencia suficiente, a pesar de que en dicha persona concurra un factor de riesgo, se considera una causa legítima de la diversidad de trato). Circunstancias que, además, han sido aceptadas, fruto de una negociación individual (pues si se contrata bajo condiciones generales estas son idénticas en este aspecto).

Volviendo al precio, si la víctima consigue acreditar la discriminación en los términos y por medio de los mecanismos apuntados, la nulidad pudiera ser del todo insuficiente, en la medida que se vería privado del inmueble, aun cuando fuera indemnizado por ello, comprendiendo en dicha cantidad una partida en concepto de daños morales por obra del artículo 27.2 de la Ley 15/2022. A fin de servir al objetivo de las normas antidiscriminatorias (minimizar los daños, resarcir a la víctima y reparar el perjuicio causado) entendemos que sería viable otorgar a la víctima, junto a la acción de nulidad del contrato en su integridad (por ser el precio un elemento esencial del mismo), la acción de solicitar del juez la integración del precio, sustituyendo el más elevado y discriminatorio, por aquel que figura en el contrato o contratos alegados como elementos comparativos y referentes sobre los que se detecta la discriminación. La dualidad de acciones propuestas permitiría optar a la víctima por el remedio que mejor se acomodara a sus intereses familiares y personales que no siempre coincidirán con uno u otro. Obviamente, si opta por la conservación del contrato con el precio disminuido, el daño ocasionado sería de menor entidad y pudiera reducirse a los gastos derivados de la reclamación judicial y a la devolución de la parte del precio indebidamente cobrado. Aunque parece que el automatismo del artículo 27.2 de la ley 15/2022 incluye el daño moral, si el sujeto discriminado puede continuar en la vivienda con un precio más ajustado nos resulta difícil apreciar, en este caso concreto, el daño moral al que se alude en dicho precepto.

Como para que se genere la discriminación es imprescindible contar con referentes frente a los que esta se produce, la integración del juez es una tarea fácil y segura, pues basta acoplar el precio al de los demás contratos y, en caso de que entre ellos existan pequeñas variantes, al precio medio. Estimamos, asimismo, que dicha integración es factible y no vulneraría derecho alguno del titular de la vivienda, ya que el contrato está formalizado y la libertad de contratación ya ha sido ejercida y materializada. Tampoco es esta una técnica novedosa ni extraña, pues en materia de reclamación de precio de servicios profesionales impugnados como abusivos, el juez se encuentra legitimado para reducir el precio al medio del mercado, pudiendo valerse de las normas profesionales, si las hubiere, con carácter orientativo (pues si fueran imperativas el juez no integra, sino que impone la norma transgredida).

La nulidad parcial, en cambio, sí es un remedio adecuado cuando la discriminación tiene lugar por la imposición de condiciones en el precio o en cualquier otro aspecto más gravosas; su mera eliminación permite al contrato continuar desplegando sus efectos sin las trabas o gravámenes injustificados.

Si bien la sanción de nulidad prevista en las normas no excluye la posibilidad de ejercitar otras acciones como fuera la resolución del contrato, opinamos que, dado el régimen jurídico establecido que, expresamente, indica la indemnización

de los daños y perjuicios, incluido los morales en los términos expuestos, como consecuencia de la infracción del principio, así como la interpretación amplia de la nulidad propuesta, resulta difícil en materia de alquiler de vivienda encontrar, en la práctica, un espacio para otras fórmulas de ineeficacia contractual. Pues con el régimen jurídico diseñado se protege a los intereses de la víctima, permitiéndole jugar con sus preferencias en orden a alcanzar la solución jurídica más amoldada a su situación personal.

En este sentido, la opción por la nulidad total o parcial, si el contrato contiene cláusulas discriminatorias, sin excluir la indemnización según las consecuencias de una u otra fórmula, ubica a la víctima en una posición jurídica flexible que se amolda a sus intereses y a los de su familia. Asimismo, si la discriminación se detecta en el precio, más elevado o gravoso, el perjudicado puede optar por la nulidad del contrato (por ser el precio elemento esencial) o su reducción, conforme a los postulados expresados en líneas anteriores. Este es el «escenario» al que nos referíamos y que, a nuestro juicio, de hecho, no deja espacio para el ejercicio de otras acciones dirigidas a la reparación de la víctima.

VII. LA EJECUCIÓN DISCRIMINATORIA DE UN CONTRATO DE ALQUILER DE VIVIENDA VÁLIDO: LA TENSIÓN ENTRE LIBERTAD E IGUALDAD

El artículo 20.2 de la ley 15/2022, marco normativo en materia de discriminación en nuestro ordenamiento jurídico se refiere, expresamente, a la discriminación con posterioridad a la celebración del contrato. En este sentido, dice el artículo 20.2: «La obligación de no discriminar se mantendrá durante todo el periodo posterior de uso de la vivienda, en el caso de los arrendamientos u otras situaciones asimilables».

Ciertamente, con bastante dificultad, es posible apreciar una ejecución discriminatoria del contrato si las prestaciones que de él dimanan se exigen por parte del acreedor o se prestan de forma diferente, en función de las circunstancias del deudor. Por ejemplo, el contrato establece como domicilio de pago del arrendamiento el del acreedor, y cuando concurren los deudores el día del pago, el comportamiento del acreedor es diferente con los inquilinos extranjeros que con los nacionales. Con los primeros es más riguroso, no les deja entrar en su vivienda, no le permite hacer pagos por bizum, le recuerda el día antes el cobro.... actitud que no muestra con los inquilinos españoles; o, a los inquilinos españoles les ha autorizado una obra para colocar aire acondicionado y a los extranjeros no, sin que haya causa alguna que fundamente esta decisión; o, a los inquilinos españoles les pinta anualmente la vivienda y atiende a todos sus peticiones, siendo más reticentes con los extranjeros ... En cualquier caso, para apreciar discriminación se debe aportar un elemento, al menos, que nos permita visibilizar la diferencia de trato que tenga causa en una relación arrendaticia similar en la que el arrendador sea el mismo.

Otra cuestión distinta consiste en alegar diferencia de trato en relación a materias sobre las que el arrendador dispone de libertad, bien porque así se haya configurado en la LAU (prórroga del contrato a voluntad del arrendador en el espacio que la ley se lo permite), bien porque se trate de un acto de mera liberalidad que, como tal, entra dentro de la autonomía del sujeto (no elevar la renta o condonar o eximir el pago del alquiler durante un periodo).

En relación a la aplicación de la cláusula de revisión del precio pactada o, en su caso (como ha sucedido como consecuencia del COVID) la limitación de la subida establecida en la norma. ¿Se calificaría como discriminatoria la decisión del arrendador de aplicar la subida en alguno de los contratos y en otros no? La cuestión estriba en dilucidar si el arrendatario, en el que se aprecia un factor de riesgo por su nacionalidad o etnia, por ejemplo, pudiera exigir ante los Tribunales la no aplicación de la subida pactada o la legalmente establecida sobre la base de que no se ha exigido a otros inquilinos, de nacionalidad y etnia distinta, en una situación jurídica, con causa en contratos idénticos o muy similares, semejante a la suya. La respuesta, muy resbalosa, pone en pugna, de nuevo, dos valores esenciales en nuestro ordenamiento jurídico: la igualdad y la libertad. ~~Giertamente~~, si el sujeto arrendador fuera una entidad pública, ni siquiera pudiéramos hablar de conflicto por no existir dos elementos a confluir, pues la libertad es un derecho conectado a la persona privada.

Si bien, aplicando los postulados del Derecho antidiscriminatorio que hemos ido desgranando a lo largo de este discurso, y siendo formalmente consecuentes con ellos, la respuesta debería ser afirmativa, vamos a invitar a lector a mirar el supuesto desde otra perspectiva con el objetivo de que nos acompañe en esa duda jurídica que nos hace cuestionar la respuesta anteriormente expresada.

En nuestro ordenamiento jurídico los sujetos se encuentran obligados, por supuesto, por las normas, y por los contratos que dice el Código tienen «fuerza de ley» entre las partes contratantes. Asimismo, de la causa de los contratos onerosos, como lo es el arrendamiento urbano, se deriva que el arrendador reciba una retribución económica que, a fin de mantener idéntica onerosidad, debe actualizarse periódicamente. Actualización que no es imperativa, porque las partes están legitimadas para excluirla en el contrato o, simplemente, no referirse a ella de lo que la LAU infiere su exclusión (artículo 18.1 LAU). La libertad para determinar el importe de la renta y su actualización no es plena, y se encuentra limitada, que no eliminada, si la vivienda arrendada se protege por la LAU como consecuencia de ser destinada a uso habitacional, con limitaciones mayores si esta se sitúa en zona tensionada en los términos de los epígrafes 6 y 7 del artículo 17 LAU.

Continuando con el argumento, la libertad de contratación garantizada por el artículo 10 de la Constitución, pilar de la economía de mercado y de la libertad de empresa que lo caracteriza (artículo 38 de la Constitución), también comprende la capacidad del individuo de concertar actos jurídicos que, no necesariamente, le reporten un beneficio económico. Condonar deudas, prestar bienes muebles o inmuebles de forma gratuita, donar cosas...son prácticas usuales en el tráfico económico. En este ámbito, el sujeto puede decidir, sea por el motivo que

sea, exigir la subida de la renta pactada, es decir el cumplimiento de un contrato o, en su caso, aplicar el índice de referencia sobre la renta acordada para elevarla en los términos que la normativa dispone, a un determinado inquilino y no hacerlo a otro al que, por mera liberalidad, simpatía o amistad, así lo considera conveniente u oportuno.

El concepto «discriminación» implica un tratamiento negativo o perjudicial sin causa justificada, que debe ser corregido eliminando el contenido discriminatorio, sustituyéndolo, en su caso, por el adecuado, e indemnizando los perjuicios derivados de dicha situación creada. El concepto «perjuicio» es material, e implica un menoscabo. Perjudicar no es equiparable a «no ser beneficiado» cuando no existe obligación legal alguna de atribuir dicho beneficio, y este no es más que una consecuencia de un acto generoso por parte del que lo concede.

Partiendo, pues, de la premisa anterior, y al igual que hemos defendido que, en nuestra opinión, no es jurídicamente ~~defendible~~ imponer la obligación de contratar alegando que no realizar el contrato discrimina a aquel que lo desea, ni siquiera invocando el derecho a una vivienda digna, tampoco lo sería obligar al arrendador a eximir de la elevación de la renta simplemente por haber decidido, en uso de su libertad, renunciar o no ejercitar este derecho ni ser requerido a justificar el motivo de dicha opción, pues ello entra dentro de su libertad como persona que le garantiza el artículo 10 de la Constitución.

Por otro lado, la LAU otorga libertad al arrendador para excepcionar la prórroga del contrato, una vez transcurrido los plazos de duración mínima y prórroga obligatoria, otorgándole un amplio margen de decisión para optar si continúa con la relación jurídica o, por el contrario, sea por el motivo que sea, poner fin a la misma. De nuevo, podría plantearse la operatividad del principio de no discriminación en este ámbito, cuando el arrendador decide prorrogar el contrato de un inquilino o varios frente a otro u otros en los que concurre un factor de riesgo. ¿Está obligado el arrendador a alegar el motivo para evitar que se le obligue a prorrogar? O, lo que es peor, ¿es nula la prórroga por ser discriminatoria para el no prorrogado? La segunda cuestión, obviamente, es insostenible jurídicamente, porque la nulidad como sanción tiene un propósito resarcitorio de la víctima y en este caso no serviría a tal fin (amén de perjudicar a los no prorrogados privándoles de la que, hasta entonces, era su vivienda).

Así como en el supuesto de la no elevación de renta, renunciando al derecho legal o contractualmente reconocido, ha sido calificado como un acto de liberalidad que perjudica al que lo emite y beneficia al receptor, el hecho de no excepcionar la prórroga del contrato no es más que un acto de libertad⁷⁰, propio de la facultad de uso y disfrute que ostenta el arrendador y que lo legitima para asumir dicho rol. Conectado con este planteamiento, parece evidente que no es defendible exigir al arrendador una justificación sobre una decisión sobre la que

70. De entre los escasos pronunciamientos de los tribunales, debemos mencionar la SAP Madrid, 7 noviembre 2016 (ECLI:ES:APM:2016:15661) relativo a un caso de reclamación de un inquilino por no haber sido prorrogado su contrato, y sí el de otro arrendatario, ambos en periodo de prórroga voluntaria. Fallando la AP en un sentido similar al expuesto en el texto principal.

tiene plena potestad; como tampoco lo es obligarle a realizar un acto jurídico, tal cual es prorrogar un contrato, solo porque carece de una justificación objetiva y proporcionada que no sea su mera voluntad, para optar prorrogar un contrato frente a otro y que, por ejemplo, el no prorrogado pertenezca a una etnia distinta del prorrogado y/o de la del arrendador.

VIII. CONCLUSIONES

1. La incidencia del principio de no discriminación en el ámbito del contrato de arrendamiento de vivienda presenta peculiaridades, como consecuencia de la regulación protectora del inquilino sustentada en el derecho a una vivienda digna con refrendo constitucional. No obstante, estas circunstancias no pueden conducir al jurista a una interpretación extensiva de dicho principio fuera de su ámbito natural debiendo ser cuidadoso de no vulnerar otros derechos constitucionales como la libertad ideológica, la libertad de empresa y la libertad de contratación.
2. A fin de ir tejiendo nuestros argumentos de forma ordenada, se han analizado los distintos escenarios o fases del *iter contractual*, desde los tratos preliminares a la ejecución del contrato, proponiendo soluciones a los conflictos que pudieran suscitarse. En este sentido, si acontecieran tratos preliminares en la negociación del arrendamiento, el principio de no discriminación solo tiene consecuencias jurídicas si su ruptura ha generado responsabilidad en el marco del artículo 1902 CC, sumándose, si así acaeciera a la indemnización patrimonial «clásica» la correspondiente por daño moral que presume *iure et de iure* el artículo 20 de la ley 15/2022.
3. Así como detectar discriminación en la oferta pública es relativamente sencillo, en el ámbito privado, si bien no se orilla, el principio goza de un menor predicamento, dada la dificultad probatoria. La oferta pública se perfila como el ámbito más común de apreciar conductas discriminatorias en los alquileres.
4. La existencia de discriminación en la oferta pública requiere que concorra un factor de riesgo en el contenido de la oferta, que legitima al destinatario preferido a aceptarla omitiendo dicha exclusión, lo que daría lugar a la perfección del contrato. También pudiera el destinatario impugnarla previamente, generando una indemnización por daño moral, aunque ello no impide al oferente retirarla, ya que no se ha aceptado.
5. La causa de exclusión de determinados colectivos en una oferta pública no siempre es signo de vulneración, pues se considera válida y legítima cuando en ella se soslayan por otros motivos a posibles inquilinos si no se percibe en dicha exclusión ningún factor de riesgo.
6. La posible incidencia de la discriminación algorítmica, no resuelta por la normativa, goza de gran predicamento en la oferta pública y en la invitación a ofrecer en los portales inmobiliarios muy populares en

nuestra sociedad. Sin embargo, esta circunstancia si bien dificulta su detección, no afecta al régimen jurídico de ineeficacia previsto con carácter general.

7. La contratación por medio de condiciones generales de los contratos de alquiler permite identificar el contenido discriminatorio sin necesidad de ningún elemento de comparación. En otro caso, es preciso se acompañe de elementos de comparación, para, si concurre un factor de riesgo, predicar la discriminación y la nulidad total del contrato o parcial del contenido discriminatorio. Si la discriminación recae en el precio del alquiler, el juez podrá integrarlo acudiendo al precio medio de los otros contratos presentados en los que se sustenta la discriminación.
8. Para constatar la discriminación en la ejecución del contrato se debe considerar aquellas posibilidades que la LAU ofrece al arrendador que puede ejercitar con libertad (prórroga voluntaria o excepción a la prórroga) u otras que entran dentro de la libertad negocial (no aplicar cláusula de revisión del precio o realización de obras no necesarias). En dichos supuestos la diferencia de trato, aun cuando concurra un factor de riesgo, no supone discriminación.
9. Finalmente, todas las reflexiones desgranadas se contextualizan en la inexistencia de una obligación de contratar que solo en la hipótesis de concurrencia de un interés público pudiera originarse. La autonomía de la voluntad actúa como barrera, no solo para evitar que el arrendador sea compelido a mantener relaciones contractuales con alguien que no es de su agrado (sea por los motivos que sea) sino también para aplicar a los inquilinos que decida medidas o actuaciones que dimanan de su voluntad con causa en un espacio de libertad concedido por el legislador.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA RULL, A.: «Prohibición de discriminación y libertad de contratación», *InDret*, (1), 2009
- ALFARO ÁGUILA-REAL J.: «Autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*, 1993
- ALVENTOSA DEL RÍO, J.: «La perfección del contrato en el Código Civil español», *Rev. Boliv. de Derecho* (26), julio, 2028
- AA.VV: *Discriminación algorítmica en materia de Derecho laboral*, dirigida por Rivas Vallejo, P. Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2022
- BARBA, V.: *Principio de no discriminación y contrato*, Ed. Colex, A Coruña, 2023
- CARAPEZZA FIGLIA, G.: «El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (10), 2019
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «El bienestar animal como ser sintiente: un «nuevo» principio general para el derecho de animales», *Un nuevo Derecho civil sobre los animales*, Reus, Barcelona, 2022

- COTINO HUESO, L.: «Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida», *Revista Española de la Transparencia*, (16), Primer semestre, enero-junio, 2023
- DÍAZ REVOIRO, A.J.: *Discriminación en las relaciones entre particulares*, Ed. Tirant Lo Blanch, Méjico DF, 2015
- ESPÍN ALBA, I.: «Sesgos discriminatorios en la toma automatizada de decisiones en la contratación y protección de datos», en APDC, *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2024
- FERRANDO NICOLAU, E.: «El derecho a una vivienda digna y adecuada», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1992
- GARCÍA MURCIA, J.: «La Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Foro. Revista de Estudios Jurídicos y Sociales*, vol. 25, num. 2, 2022
- GARCÍA RUBIO, M.P.: «La eficacia *inter privatos* (*Drittewirkung*) de los derechos fundamentales», *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. I, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2002
- «Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres», *Derecho Privado y Constitución*, N° 21, 2007
- GRAU PINEDA, M. C.: *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014
- HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, «La constitución económica: Desde la ambigüedad a la integración», *Revista española de derecho constitucional*, nº 19, Nº 57, 1999
- JIMÉNEZ HORWITZ, M.: «La protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares: la evolución entre la responsabilidad extracontractual hasta los remedios por incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, fasc. II, 2014
- LLORENTE SAN SEGUNDO, I.: «El principio de autonomía de la voluntad y las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias en el acceso a la vivienda», *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, dirigida por Parra Lucán, M.A., Ed. Comares, Granada, 2017.
- La discriminación de personas con discapacidad y otros colectivos vulnerables en la contratación entre particulares*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2018
- MANERO SALVADOR, A.: «El derecho a la vivienda desde la perspectiva del Derecho internacional. Análisis del caso español», *Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miseria*, coordinada por Ribotta, S. y Rosetti, A., Ed. Dykinson, Madrid, 2015
- PEÑA LÓPEZ, R. «Responsabilidad civil por daños derivados de la infracción del derecho a la igualdad y no discriminación: el ilícito generador de responsabilidad, el problema de la discriminación perpetrada por inteligencia artificial y el daño moral derivado del acto de discriminación», *Cuadernos de Derecho Privado*, vol. 5, n° 11, 2025

- PERALTA MARTÍNEZ, R.: «Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, nº 16, 2012
- REY MARTÍNEZ, F.: «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», *Revista de Derecho Político*, UNED (100), 2017
- Derecho antidiscriminatorio*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020
- SANCHO VILLA, D. en la obra *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, dirigida por Troncoso Reigada, A. vol. 1 *Edit. Aranzadi Thomson Reuters*, 2021
- SARRA, C.: «Il diritto di contestazione delle decisioni automatizzate nel GDP», *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá XII*, 2019
- ZUBERO QUINTANILLA, S.: «La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, (6), 2016,
- Las declaraciones publicitarias para contratar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2017
- «Límites a la autonomía de la voluntad en las asociaciones privadas», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXXI, fasc. II, 2018
- VIVAS TESÓN, I.: «Si los animales son seres sintientes, ¿es posible prohibir la tenencia de un animal de compañía en una vivienda?». *Revista CESCO de Consumo*, (41), 2022

