

Libertad de empresa y prohibición de discriminación en el trabajo por cuenta propia

(Notas a la STJUE de 12 de enero de 2023, J.K; Asunto C-356/21)

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Consejero Permanente de Estado

Entrepreneurial freedom and prohibition of discrimination in self-employment

(Notes on the CJEU of 12 January 2023, J.K; Case C-356/21)

SUMARIO:

1. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA. 2. SOBRE EL CONCEPTO DE TRABAJO POR CUENTA PROPIA. 3. CONDICIONES DE EMPLEO Y TRABAJO Y CESE DE ACTIVIDAD. 4. SOBRE LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LA PARTE CONTRATANTE. 5. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: A raíz de una reciente sentencia del TJUE, este estudio reflexiona sobre la aplicación de la tutela antidiscriminatoria en el empleo a las prestaciones de servicios desarrolladas por cuenta propia. El autor valora positivamente la jurisprudencia comunitaria a la hora de interpretar el alcance de la Directiva 2000/78, así como por declarar que la libertad de empresa no puede implicar una libertad de discriminación en la elección del contratante.

Palabras clave: Libertad de empresa, prohibición de discriminación; normativa de la UE, trabajo por cuenta propia.

ABSTRACT: Following a recent CJEU ruling, this study reflects on the application of protection against discrimination in employment to the provision of services performed on a self-employed basis. The author appreciates the EU case law for interpreting the scope of application of Directive 2000/78, as well as for stating that freedom to conduct a business cannot imply freedom to discriminate in the choice of the contracting party.

Key words: Entrepreneurial freedom of enterprise, prohibition of discrimination; EU law, self-employment.

1. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA

Las nuevas formas de trabajo están debilitando las fronteras tradicionales del Derecho del Trabajo y obligan a plantear si el régimen de tutelas propio del mismo ha de extenderse también a nuevas formas de trabajo excluidas hasta ahora del ámbito de la disciplina.

Ello ha dado lugar a una nueva tendencia del Derecho del Trabajo, mediante una reinterpretación extensiva de la noción de dependencia para incluir en él esas nuevas formas de trabajo. En contraste, en algunos ordenamientos se ha tratado de evitar esa expansión mediante el reconocimiento de ciertas tutelas selectivas, propias hasta ahora del trabajo dependiente, a los trabajadores por cuenta propia. Un caso emblemático ha sido, entre nosotros, el de los TRADE, cuyo régimen jurídico se propone, entre otras cosas, evitar la calificación de esos trabajadores como falsos autónomos incluíbles en el Derecho del Trabajo y, al mismo tiempo, reconocer ciertos derechos sociales a trabajadores no dependientes.

En el trasfondo de esta temática existe el cuestionamiento de la radicalidad del efecto inclusión/exclusión de tutelas que ha originado el trazado riguroso de fronteras (no exento de zonas "grises") entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo o por cuenta propia excluido de la aplicación de la regulación laboral.

La cuestión se ha planteado también en el Derecho de la Unión Europea, donde existen instrumentos "sociales" que tienen prevista su aplicación a trabajadores independientes o por cuenta propia. Tal es el caso de la Directiva UE 2000/78 cuyo objeto es "establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, en el ámbito del empleo y la ocupación con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato".

La Directiva 2000/78 se ha referido para establecer su objeto "al empleo y la ocupación". Ha utilizado así una referencia al título del Convenio núm. 111 OIT, que prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación y que incluye también al trabajo por cuenta propia. Esa Directiva tiene su base en el art. 19 del TFUE y ha encontrado un nuevo apoyo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 21.1).

El ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 está regulado en el art. 3.1 a) de la Directiva que determina su ámbito de aplicación. subjetivo, la misma "se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos", y objetivo, "las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional". Su interpretación está vinculada así a la interpretación del término genérico "trabajo" (personal) sin adjetivos.

Los términos "empleo", "actividad por cuenta propia" y "ejercicio profesional" se vienen entendiendo en sentido extensivo y amplio (STJUE de 23 de abril de 2020, LGTBI, C-507/18), basándose en la comparación de las diversas versiones lingüísti-

cas de la Directiva las cuales emplean términos muy abiertos, genéricos o generales (STJUE de 2 de julio de 2022, HK, C-587/20).

En las conclusiones del asunto HK, el Abogado General ha afirmado que la Directiva 2000/78, por razones de interés tanto social como público, tiene por objeto eliminar las discriminaciones “para el acceso a los medios de subsistencia y a la capacidad de contribuir a la sociedad mediante el trabajo, cualquiera que sea la forma jurídica en cuya virtud este último se presta, incluyendo, por tanto, también a los trabajos por cuenta propia”. En esta línea, la Sentencia HK ha declarado “que el legislador de la Unión no pretendió limitar el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 a los puestos ocupados por un “trabajador” en el sentido del art. 45 TFUE”.

La determinación del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 se ha planteado recientemente de nuevo, esta vez en relación con un trabajo calificado por cuenta propia, en el asunto J.K(C-356/21), que ha dado lugar a la importante STJUE de 12 de enero de 2023. En ella el Tribunal de Justicia ha dado pasos adicionales en relación con la delimitación de los ámbitos de aplicación subjetivo y objetivo de esa Directiva.

Esa Sentencia J.K. ha dado respuesta a la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Distrito de la ciudad de Varsovia en un litigio entre J.K. y una televisión pública. En su demanda, J.K. había solicitado una indemnización por la negativa de esa televisión a renovar un contrato mensual de prestación de servicios que había venido repitiéndose durante varios años, y ha invocado la Directiva 2000/78 por entender que la negativa a su contratación se había basado en su orientación sexual.

Según consta en la Sentencia J.K. había venido celebrando entre 2010 y 2017, en el ejercicio de su actividad profesional por cuenta propia, varios contratos sucesivos civiles de breve duración de forma consecutiva con una cadena pública de televisión. El objeto de esos contratos era la preparación de materiales de edición de programas, avances de programas o programas editoriales para la autopromoción de la cadena. Sus funciones se ejercieron dentro de la organización interna de la cadena televisiva mediante dos turnos semanales cada mes que le asignaba su superior directo. Esos servicios se asignaron luego a una agencia de nueva creación, publicidad y edición de la propia cadena, a la que se incorporó J.K. después de haber superado con éxito la evaluación de sus méritos y capacidades.

El 20 de noviembre de 2017 J.K. concertó un nuevo contrato de arrendamiento de servicios con un mes de duración, recibiendo su calendario de dos turnos de trabajo para diciembre de 2017. El 4 de diciembre de 2017 J.K. y su pareja publicaron en su canal de YouTube un videoclip navideño que promovía la tolerancia hacia las parejas homosexuales. Pocos días más tarde, J.K. recibió un email de la televisión anulando el primer turno de trabajo que debía comenzar el 7 de diciembre y días después le fue comunicado que tampoco debía presentarse para el turno previsto para el 21 de diciembre. Por ello, no realizó ninguno de los turnos de trabajo previstos en el contrato que, además, no le fueron abonados. En enero de 2018, por decisión de los responsables de la organización, no se celebró con J.K., como había venido siendo habitual, un nuevo contrato mensual para prestar esos servicios.

J.K. quizás hubiera podido invocar la Directiva 1999/70 en cuanto al abuso de la contratación temporal alegando la existencia de un contrato de trabajo camuflado como falso autónomo, una posibilidad que la Abogada General ha rechazado en sus conclusiones. J.K. en su demanda ha partido del carácter de trabajo por cuenta propia de su actividad y con base en ese carácter ha invocado la Directiva 2000/78 alegando la vulneración del principio de igualdad de trato por la discriminación directa en el acceso y ejercicio de una actividad económica con arreglo a un contrato de Derecho Civil, sufrida a causa de su orientación sexual. Ha solicitado una indemnización por ello y otra por el incumplimiento del contrato celebrado de diciembre de 2017, dado que, según él, el motivo para anular los turnos de trabajo y para finalizar la relación de trabajo con la televisión había sido la publicación por él de un videoclip navideño en el que se manifestaba su orientación (homo)sexual.

El órgano jurisdiccional polaco que ha conocido del asunto ha tenido dudas sobre la aplicabilidad de la Directiva 2000/78 al caso sometido a su enjuiciamiento. Primero, porque la Directiva no ha precisado el ámbito de la actividad por cuenta propia que se protege contra la discriminación, y en el caso no era claro si la actividad independiente del demandante podía calificarse como una "actividad por cuenta propia" a efectos de la Directiva. Tampoco ha tenido claro si una negativa a contratar por razones de orientación sexual podía considerarse una restricción de las condiciones de acceso a la actividad por cuenta propia.

Además, de ser aplicable la Directiva, indica la posible contradicción con la misma del art. 5.3 de la Ley de Igualdad polaca, el cual reconoce la libertad de elección de las partes del contrato, salvo que la misma se base en el sexo, la raza, el origen étnico o la nacionalidad, pero sin hacer referencia a la orientación sexual.

Por todo ello, el Tribunal de Distrito de la ciudad de Varsovia ha planteado al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

"¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 1, letras a) y c), de la [Directiva 2000/78] en el sentido de que permite excluir del ámbito de aplicación de [dicha Directiva], y, en consecuencia, excluir la aplicación de las sanciones establecidas en el Derecho nacional con arreglo al artículo 17 de la [misma Directiva], la libertad de elegir a la otra parte contratante, en la medida en que esa elección no se base en el sexo, la raza, el origen étnico o la nacionalidad, cuando la discriminación resulte de la negativa a celebrar un contrato de Derecho civil, con arreglo al cual una persona física que ejerce una actividad independiente debe prestar un trabajo, si dicha negativa obedeciera a la orientación sexual de la potencial contraparte?"

2. SOBRE EL CONCEPTO DE TRABAJO POR CUENTA PROPIA

Aunque la cuestión prejudicial haya hecho referencia al art. 17 de la Directiva 2000/78, el Tribunal de Justicia ha entendido que esa referencia se conectaba con la posible aplicabilidad del precepto en el caso de que en el litigio principal fuese aplicable la Directiva. Por ello, el Tribunal ha considerado que la cuestión prejudicial planteada no requería una interpretación particular de dicho art.17.

En realidad, lo que el órgano judicial a quo ha preguntado es si el art. 3.1 letras a) y c) de la Directiva 2000/78 debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, amparándose en la libertad de elegir a la otra parte contratante, tiene por efecto excluir de la protección de una persona contra la discriminación basada en la orientación sexual, que debe conferirse con arreglo a dicha Directiva, al negarse a celebrar o renovar un contrato para la realización personal de determinadas prestaciones en el contexto del ejercicio de una actividad independiente, en la medida en que una situación como la que era objeto del litigio principal estuviese comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78.

La importancia de esta Sentencia radica no sólo en que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado por primera vez sobre cómo interpretar la expresión "actividad por cuenta propia" utilizada en el art. 3.1a) de la Directiva, sino en que, además, haya tenido que aclarar el alcance del término despido utilizado en el apartado c) de ese art. 3.1, pero sobre todo porque se haya pronunciado sobre la licitud de la compatibilidad de las reglas antidiscriminatorias de la Directiva con la libertad de empresa reconocida en el art. 17 CDFUE "de conformidad con el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales.

La noción de trabajo por cuenta propia se ha venido utilizando para distinguirla de la del trabajo dependiente o, entre nosotros, por cuenta ajena. Ello ha dado al concepto trabajo por cuenta propia una delimitación negativa, que permite incluir en su concepto una diversidad heterogénea de actividades personales no dependientes en las se han incluido tipos diversos de trabajos personales que no pudieran calificarse como subordinados.

Trazar una noción positiva e inclusiva del trabajo por cuenta propia suponía una dialéctica distinta, el diferenciarlo de otras actividades profesionales no calificables como trabajo, como sería el caso del empresario autónomo.

Para la Abogada General ello implicaba sobre todo diferenciar el trabajo por cuenta propia del supuesto de "acceso y suministro de bienes y servicios" (incluido expresamente en la Directiva 2000/43, que prohíbe la discriminación por motivos de origen racial o étnico) al que se había referido una propuesta de Directiva antidiscriminatoria paralela de 2008, no aprobada y, al parecer, en vía muerta.

No obstante, la Abogada General ha estimado que la existencia de esa propuesta no aprobada de directiva no impediría incluir dentro del trabajo por cuenta propia a proveedores de bienes y servicios resultado de su trabajo personal, pues para la interpretación del art. 3.1 a) de la Directiva lo decisivo es el significado de la expresión "empleo y ocupación" de su art. 1, tomada del Convenio núm. 111 OIT, una expresión que dentro de la OIT viene siendo interpretada en el sentido de que comprende a todos los trabajadores, incluidos los que ejercen una actividad por cuenta propia.

Según ella, ello sugiere que la Directiva "tiene por objeto proteger a todas las personas que participan en la sociedad mediante su trabajo", una interpretación confirmada por la citada Sentencia HK que declara que la utilización conjunta en el art. 3.1 a) de la

Directiva 2000/78 de los conceptos de “empleo”, “actividad por cuenta propia” y “ejercicio profesional” demuestra que el legislador “*eurounitario*” no limitó el ámbito de aplicación de la Directiva a los trabajadores en el sentido del art. 45 TFUE y de otras normas del Derecho derivado que protegen a los trabajadores como la parte débil del contrato de trabajo, sino que comprendería todo el ámbito del empleo y ocupación, puesto en relación con el derecho al trabajo reconocido en el art. 15.1 de la Carta.

Defiende así una concepción amplia de la persona que desempeña un trabajo, dedicando su tiempo, conocimientos y competencias a prestar un servicio o a crear un producto para otro a cambio de una remuneración, lo que le lleva a no excluir del ámbito de aplicación de la Directiva “el trabajo por cuenta propia consistente en el suministro de bienes o la prestación de servicios”, independientemente de la normativa jurídica a que se someta, ya que se presta un trabajo que otro necesita. Si se excluyeran esos trabajos del ámbito de la Directiva no se cumplirían los objetivos perseguidos por la misma, lo que sería contrario al efecto útil de la Directiva.

El Tribunal de Justicia, en su Sentencia J.K., al abordar el concepto de actividad por cuenta propia empleado en el art. 3.1 a) de la Directiva 2000/78, ha declarado que la Directiva no remite a los Estados miembros definirlo y es un concepto del Derecho de la Unión que debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme. Sin embargo, al definirlo se limita a afirmar que debe interpretarse conforme a su “sentido habitual”, teniendo en cuenta el contexto en el que se utiliza y el objetivo perseguido por la normativa de que forma parte. Pero ya se ha dicho que su sentido habitual es negativo, en contraposición con el trabajo por cuenta ajena.

Por ello, la Sentencia añade que esa interpretación ha de tener en cuenta el uso conjunto de los términos empleo, actividad por cuenta propia y ejercicio profesional, que han de ser entendidos en sentido amplio, tal como se desprende de las diferentes versiones lingüísticas de la Directiva. Lo que es claro es que la Directiva no se ha limitado a proteger los trabajadores subordinados en el sentido del art. 45 TFUE y que se aplica a todas las personas que trabajan en el sector público o privado, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de clasificación profesional, sin que, dados los objetivos de la Directiva, pueda ser objeto de una interpretación restrictiva el término actividad por cuenta propia.

Ello lo confirmaría el que la Directiva 2000/78 fuese adoptada sobre la base del art. 13 CE (hoy art. 19.1 TFUE) que confiere competencia a la Unión para adoptar medidas para luchar contra toda discriminación, incluidas las basadas en la orientación sexual, a la que se refiere expresamente el Considerando 11 de la Directiva y que no protege solo a los trabajadores como parte más débil de una relación laboral, pues trata de eliminar todos los obstáculos discriminatorios para acceder al trabajo cualquiera que sea la forma jurídica en que se preste, como ya había afirmado la Sentencia HK.

En efecto, el que la Directiva haya tenido a su base en el art. 19 TFUE y no en el art. 153 TFUE nos indica que su finalidad no es proteger a una persona que trabaja

en una situación de debilidad por su relación subordinada de trabajo, sino en el caso de la orientación sexual, que no se limite el acceso un trabajo, por esa orientación sea cual sea su forma o calificación. Por eso, según la Sentencia, la Directiva pretende abarcar un amplio abanico de actividades profesionales, incluidas las de trabajadores independientes.

No obstante, el Tribunal de Justicia, en contra de lo afirmado por la Abogada General, ha considerado necesario distinguir entre las actividades laborales independientes que están comprendidas en la Directiva (reales y que se ejerzan en una relación jurídica con una cierta estabilidad) de aquellas "que consisten en un mero suministro de bienes o servicios a uno o varios destinatarios, que no están comprendidas en ese ámbito de aplicación". Niega, en consecuencia, la extensión del ámbito de aplicación de la Directiva al mero acceso y suministro personal, puntual o no, de bienes y servicios, como había querido la frustrada propuesta de Directiva.

Además, ha rechazado la opinión de la Abogada General de que para la calificación como por cuenta propia es indiferente la continuidad de ese trabajo. Esa continuidad había facilitado en el caso a quo la prueba del propósito discriminatorio, pero, a mi juicio, la Directiva debería aplicarse también cuando el rechazo a ser contratado para una concreta y puntual actividad independiente pueda probarse que haya sido por la orientación sexual de la persona rechazada.

La Sentencia no fija con claridad la noción del trabajo por cuenta propia, no lo distingue p.ej. del trabajo del empresario autónomo. Sólo ha fijado unos criterios genéricos para que los aplique al caso el órgano jurisdiccional remitente. No obstante declara que de la resolución de remisión se desprende que la actividad desarrollada por el demandante era una actividad profesional real y efectiva, ejercida personalmente de manera regular a favor del mismo destinatario, y que si el acceso a esa actividad está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva no depende de su calificación como trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena (planteando implícitamente dudas sobre la calificación de la relación de empleo de J.K.) y reitera que, a efectos de la Directiva, el trabajo por cuenta propia requiere ser ejercido "personalmente de manera regular a favor del mismo destinatario".

La Sentencia añade que la expresión "condiciones de acceso" puede incluir la celebración de un contrato como el controvertido en el asunto a quo por lo que la negativa a celebrar el contrato por motivos vinculados a la orientación sexual del contratista estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación de la Directiva 2000/78.

3. CONDICIONES DE EMPLEO Y TRABAJO Y CESE DE ACTIVIDAD

El apartado 1 c) del art. 3 de la Directiva se refiere a las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración, pero no cita expresamente la ac-

tividad por cuenta propia. Por ello, en la cuestión prejudicial se ha planteado si ese apartado c), referido al ámbito objetivo de la Directiva, incluía también a los trabajos por cuenta propia no mencionados y si su cese no se le podía aplicar el término técnico de despido.

En el asunto a quo lo que había tenido lugar era una negativa a celebrar un nuevo contrato de servicios con J.K., impidiéndole así la continuación reiterada de contratos mensuales para esos trabajos que hasta entonces se celebraban. Dadas las circunstancias, esa negativa podía entenderse que tenía como única razón la orientación sexual de J.K. y suponía de hecho la finalización de una larga relación de empleo por cuenta propia de siete años con la cadena televisiva, a través de sucesivos y reiterados contratos civiles de breve duración. ¿Esa conducta empresarial podía estar prohibida por la letra c) del art. 31 de la Directiva?

Para la Abogada General la falta de referencia expresa en esa letra c) a la actividad por cuenta propia se debería a su poca claridad, pero no a una voluntad del legislador "*eurounitario*" de excluir de esa letra c) a los trabajadores por cuenta propia pues esa letra establece el ámbito de aplicación material de la Directiva, pero no delimita su ámbito de aplicación personal.

Además, el que la letra c) haga referencia al despido, un término propio del trabajo subordinado, no supone excluir al trabajo por cuenta propia, solo sería un ejemplo de lo que se entiende por condiciones de empleo y trabajo, que confirmaría que incluyen también la extinción de la relación contractual al margen de la calificación jurídica de éstas.

Así lo había entendido el Tribunal de Justicia en supuestos de extinciones involuntarias de relaciones de trabajo de personas que ejercían una actividad por cuenta propia, que se han equiparado a un despido (Sentencias de 20 de diciembre de 2017, Gusa, C-442/16, y de 11 de abril de 2019, Tarola, C-483/17).

Siguiendo esa línea, la Sentencia J.K. ha hecho una interpretación teleológica o finalista de la letra c) del art. 3.1 de la Directiva. Sostiene que la misma se refiere a cualquier forma de actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, y, además, que la decisión de no cumplir o de no renovar el contrato de prestación de servicios poniendo fin a la relación profesional de J.K. está comprendida en el concepto de condiciones de empleo y trabajo de esa letra c), entendiendo la referencia al despido a título ejemplificativo, pero que permite deducir que toda extinción unilateral de una relación de trabajo está incluida también en el art. 3.1 a), siendo una pérdida involuntaria de una actividad laboral independiente en la que el cesado puede encontrarse "en una situación de vulnerabilidad comparable a la de un trabajador por cuenta ajena".

En consecuencia, el hecho de que el demandante no pudiera realizar ninguno de los turnos semanales de diciembre asignados parece constituir "un cese involuntario de la actividad de un trabajador por cuenta propia que pueda asimilarse al despido de un trabajador por cuenta ajena", aunque el Tribunal de Justicia remite al órgano jurisdiccional remitente comprobar ese hecho.

4. SOBRE LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LA PARTE CONTRATANTE

En la cuestión prejudicial planteada se cuestionaba además la compatibilidad con la Directiva 2000/78 del art. 5.3 de la Ley de Igualdad polaca que determina que la misma no se aplicará a la “libertad de elegir a la otra parte contratante, en la medida en que dicha elección no se base en el sexo, la raza, el origen étnico o la nacionalidad”, sin hacer referencia expresa a la orientación sexual.

El órgano judicial remitente ha albergado dudas de si era conforme con el Derecho de la Unión y, en concreto, con la Directiva 2000/78, esa norma nacional sobre la libre elección del contratante que excluye la discriminación por orientación sexual de la aplicación de la Ley de Igualdad polaca.

El Tribunal de Justicia aclara que no es competente para interpretar la norma nacional controvertida, pero sí lo es para declarar que si el juez nacional entiende que esa norma permite una discriminación por razón de orientación sexual, está obligado a examinar si ello puede justificarse o no por alguno de los motivos previstos en el art. 2.5 de Directiva 2000/78, que dispone que la misma se entenderá “sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos”.

Esta regla es de interpretación restrictiva o estricta y supone la posibilidad de que los Estados establezcan excepciones o dispensas a la aplicación de los principios y reglas establecidos en la Directiva por esas razones, y requiere, como el Tribunal ha declarado, entre otras, en la Sentencia de 7 de noviembre de 2019 (Cafaro, C-396/18), que las medidas nacionales sean estrictamente necesarias para alcanzar tales objetivos.

La norma polaca tenía como objetivo proteger la libertad contractual y, por ello, la cuestión a decidir si la defensa de la libertad contractual podía justificar en su ejercicio incurrir en una discriminación por razón de orientación sexual.

Esta pregunta obligaba a analizar el alcance de la libertad contractual, la cual incluiría, en principio, la libertad de elegir a quien contratar y, por ello, la decisión de no contratar o, incluso, de despedir, lo que, según la Abogada General, formaría parte de la esencia o sustancia de la libertad contractual. El dilema era si esa libertad puede ser limitada por la prohibición de discriminación por los motivos determinados en la Directiva y, en concreto, por razón del respeto a la orientación sexual.

El Tribunal remitente no había cuestionado si la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual establecida en la Directiva era compatible con la libertad de empresa, protegida también por el Derecho de la Unión Europea (pero de conformidad con el Derecho de la Unión Europea y las legislaciones o prácticas nacionales), Partiendo de esa prohibición, lo que ha cuestionado es si se daban las razones que el art. 2.5 de la Directiva prevé para dispensar de su aplicación, o sea si la norma polaca

era una medida necesaria en una sociedad democrática para la protección de las libertades de los ciudadanos, incluida la libertad contractual.

Se trataba de un conflicto entre libertades y derechos en el que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, resulta aplicable un juicio de racionalidad y proporcionalidad en el sentido amplio del término.

Según la Abogado General, esa cuestión podría enfocarse desde dos perspectivas. La de considerar que en una sociedad basada en el valor de la igualdad dentro de la libertad contractual no se incluye un derecho a discriminar en materia de trabajo por los motivos vedados por la Directiva. O, desde la perspectiva de la proporcionalidad, el que en una sociedad democrática para proteger la libertad contractual no resulta necesario permitir la discriminación por razón de orientación sexual, por una ley nacional que sin embargo prohíbe discriminar en la elección de la parte contratante por razón de género, raza u origen étnico, pero no por la orientación sexual.

En realidad, no se ha tratado de ponderar libertades o derechos fundamentales confrontados en el Derecho de la Unión Europea, y decidir si la libertad contractual como manifestación de la libertad de empresa, se había limitado de manera desproporcionada por la Directiva 2000/78, sino de decidir si la norma polaca podía establecer con base en el art. 2.5 de la Directiva esa excepción para proteger la libertad de elección del contratante.

Tanto la Abogada General como la Sentencia del Tribunal de Justicia han considerado que la Directiva no permite invocar la libertad contractual para justificar una discriminación por razón de orientación sexual. En palabras de la Abogada General, para proteger la libertad contractual no es necesario permitir la discriminación por razón de orientación sexual, pues la norma cuestionada de la ley polaca ya prohíbe la discriminación por razón de género, raza u origen étnico en la elección de la parte contratante. Ello demostraría que el legislador polaco no haya considerado necesario permitir discriminaciones vedadas para garantizar la libertad contractual, que no es un derecho absoluto y que puede ser limitada por la ley, siempre que la medida sea adecuada, necesaria y proporcionada a los fines que persigue.

El objeto de la Directiva 2000/78 es proteger la igualdad en el ámbito del empleo y la ocupación, contribuyendo a objetivos previstos en los Tratados y, por ello, limita la libertad de elegir contratista, impidiendo solo que tal elección tenga en cuenta alguno de los motivos enumerados, pero no obliga a contratar a una persona incompetente o no capacitada, como lo declara el Considerando 17 de la Directiva.

Según el Tribunal de Justicia, con ello se respetaría la esencia de la libertad contractual, que no está afectada por la prohibición de discriminación, una limitación de la libertad contractual adecuada, necesaria y proporcionada para lograr los objetivos de la Directiva, lograr una sociedad sin discriminaciones en el empleo y la ocupación. En efecto la libertad contractual que se deriva de la libertad de empresa está sometido a límites, como resulta del art. 17 de la Carta que la enmarca en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales.

La Sentencia afirma que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, a la vista de todas las circunstancias del litigio decidir si el precepto cuestionado cuya interpretación es de su exclusiva competencia, si la exclusión de la libertad de elegir a la otra parte contratante siempre que dicha elección no se base en el sexo, la raza, el origen étnico o la nacionalidad, constituye una discriminación directa o indirecta por razón de la orientación sexual del demandante.

Pero si el órgano jurisdiccional remitente entendiese que existe la discriminación alegada el Tribunal de Justicia le advierte “que esa discriminación no puede justificarse...por ninguno de los motivos contemplados en el artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2000/78”.

Esta afirmación radical —que sobrentiende el efecto inaplicación de la norma polaca cuestionada por la primacía de la aplicación de la Directiva— se justifica por el alcance muy limitado de la reserva a la legislación nacional que establece su art.5.2 que se refiere “a medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos”.

Según la Sentencia que comentamos, esa disposición quiso prevenir y arbitrar un conflicto, en materia de trabajo y ocupación, entre el principio de igualdad de trato y la necesidad de garantizar el orden, la seguridad y la salud públicas, la prevención de las infracciones y la protección de los derechos y libertades individuales, indispensables para el funcionamiento de una sociedad democrática. Ello permite no aplicar, parcial o totalmente, la Directiva en los supuestos a que se refiere ese artículo, cuando tal “dispensa” o desaplicación fuera necesaria para lograr los objetivos a que se refiere ese art. 5.2 precepto que como ha declarado, entre otras, la Sentencia de 7 de noviembre de 2019, Cafaro (C-396/18) al ser una excepción al principio de no discriminación, que debe ser interpretada de forma estricta.

El Tribunal de Justicia ha considerado que, a efectos de la aplicación art. 2.5 de la Directiva la normativa nacional controvertida es una medida establecida en la legislación nacional, y que la misma parece tratar de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, y en concreto la libertad contractual de elegir a la otra parte contratante protegida por el artículo 16 referente a la libertad de empresa, que “implica la libertad para ejercer una actividad económica o mercantil, la libertad contractual y la libre competencia y se refiere, en particular, a la libre elección de la parte con la que se desea negociar”.

Siguiendo jurisprudencia precedente, el Tribunal de Justicia declara que “la libertad de empresa no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad”. Además, tiene en cuenta que el precepto controvertido ya prevé excepciones antidiscriminatorias a la libertad de elegir a la otra parte contratante lo que “demuestra que el propio legislador polaco consideró que el establecimiento de una discriminación por los motivos contempla-

dos no podía considerarse necesario para garantizar la libertad contractual en una sociedad democrática” consideración extensible a la discriminación que “se base en la orientación sexual” .

Asimismo, la Sentencia afirma que “admitir que la libertad para contratar permite negarse a contratar con una persona por razón de su orientación sexual supondría privar al artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78 de su efecto útil en la medida en que esa disposición prohíbe precisamente toda discriminación basada en tal motivo en lo tocante al acceso a la actividad por cuenta propia”.

Por ello, el Tribunal de Justicia estima que “no puede justificarse la exclusión de la protección contra la discriminación que confiere la Directiva 2000/78 cuando esa exclusión no sea necesaria, con arreglo al artículo 2, apartado 5, de dicha Directiva, para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos en una sociedad democrática” (que tendría efecto horizontal en el caso al tratarse el empleador de un organismo público).

De ahí la respuesta a la cuestión prejudicial planteada:

“El artículo 3, apartado 1, letras a) y c), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opondría a una normativa nacional que tiene por efecto excluir, amparándose en la libertad de elegir a la otra parte contratante, de la protección contra la discriminación que debe conferirse con arreglo a dicha Directiva la negativa, basada en la orientación sexual de una persona, a celebrar o renovar con esta última un contrato que tenga por objeto la realización por esa persona de determinadas prestaciones en el contexto del ejercicio de una actividad independiente”.

5. CONSIDERACIONES FINALES

El estudioso del Derecho de la Unión Europea tiene el riesgo de incurrir en un seguimiento excesivo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que le lleva a una mera labor de seguimiento y ordenación de la doctrina deducible de las sentencias de ese Tribunal, en un papel de “voceros”, comentaristas o informantes de esas sentencias.

El papel de la doctrina no debe limitarse a esa labor informativa, al igual que ocurre con la jurisprudencia interna tiene la tarea de enjuiciar y valorar el enjuiciamiento que ya ha hecho el Tribunal en sus sentencias.

Partiendo de esa idea, es adecuado que, después de exponer con algún detalle el contenido de la Sentencia J.K., incluidas las Conclusiones de la Abogada General Tamara Capeta, hacer una valoración de la misma no solo en cuanto a las novedades que contiene sino también en cuanto la apreciación que la misma merece.

La Sentencia J.K. era una Sentencia esperada tras la publicación de esas Conclusiones presentadas el 8 de septiembre de 2022. En las mismas, como ya se ha dicho, se ha tratado de analizar el concepto de trabajador por cuenta propia a efectos de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación que protege la Directiva 2000/78, en un

caso en que se invocaba una discriminación por razón de orientación sexual. La cuestión prejudicial planteada ha puesto el acento en si la misma era aplicable a un supuesto de negativa a renovar un contrato, en un ordenamiento en el que la Ley de Igualdad excluía de su ámbito de protección la libertad de elección del contratante, salvo por determinados motivos discriminatorios que no incluían la orientación sexual.

Las Conclusiones de la Abogada General han examinado el concepto de actividad por cuenta propia al que se refiere el art. 3.1 de la Directiva, un concepto que hasta ahora el Tribunal de Justicia no había tenido ocasión de definir, y que en esas conclusiones se ha tratado de aclarar no en el sentido negativo de su contraposición con el trabajo subordinado o por cuenta ajena sino en el sentido positivo frente a otras actividades no dependientes, pero que tampoco podrían calificarse por cuenta propia, y que la Abogada General cree que deberían de limitarse teniendo en cuenta las nociones de empleo y ocupación que incluyen una gran diversidad de modalidades de trabajos no subordinados, entre ellos el suministro de bienes o la prestación de servicios, en cuanto sean trabajos personales al margen del régimen jurídico a que se someten, no dando importancia a la continuidad de ese trabajo.

Esta visión amplia del trabajo por cuenta propia ha sido rechazada por la Sentencia del Tribunal de Justicia que, al contrario, ha estimado que la limitación del término actividad por cuenta propia "debe efectuarse conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente", subrayando que su utilización en la Directiva implica que la misma no debía limitarse al ámbito del trabajador subordinado, que se aplica a todo tipo de sectores y actividades y que no puede ser objeto de una interpretación restrictiva, también para el caso de discriminaciones por motivos de orientación sexual.

Con ello reconoce el objetivo de la Directiva de protección frente a la discriminación "para acceder a los medios de subsistencia y contribuir a la sociedad mediante el trabajo, cualquier que sea la forma jurídica en cuya virtud este último se presta", pero que no se basen en un mero suministro de bienes o servicios a uno o varios destinatarios, lo que para el Tribunal implica que esas actividades personales se ejerzan "en el marco de una relación jurídica caracterizada por una cierta estabilidad". Ello le ha llevado a entender que la actividad desarrollada por el demandante estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva pero, al mismo tiempo, nos plantea la duda de a qué se refiere la idea de una relación jurídica caracterizada por una cierta estabilidad.

El concepto queda cojo porque no aclara qué se entiende por un mero suministro personal de bienes o servicios por quien no podría calificarse como trabajador sino más bien como empresario.

El Tribunal de Justicia no ha tenido dudas de que la negativa a celebrar el contrato de trabajo con ese "contratista que desarrolla una actividad independiente" (huye de calificarlo como trabajador) está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, ni tampoco, al interpretar la letra c) del art. 3.1 de la Directiva 2000/78 que la misma incluye a los trabajadores por cuenta propia y que las condiciones de empleo

a que se refieren incluyen también las extinciones o ceses contractuales, o sea que el cese involuntario de la actividad de un trabajador por cuenta propia es asimilable al despido de un trabajador por cuenta ajena.

El tema de los límites a la libertad de empresa y entre ellos los derivados de las normas laborales ya había sido abordado por conocidas Sentencias del Tribunal de Justicia y también se ha planteado en este caso. Ni la Abogada General ni el Tribunal de Justicia se han referido a esa doctrina jurisprudencial porque han planteado ese tema desde la perspectiva de las excepciones que admite el art. 2.5 de la Directiva, por razones de orden, seguridad y salud pública y la protección de derechos y libertades, indispensable para el funcionamiento de una sociedad democrática.

Al abordar la cuestión desde esa perspectiva, tras admitir que la libertad de empresa incluye entre otras cosas la libertad para ejercer una actividad económica, la libertad contractual y la libre elección de la parte con la que se desea negociar, no es una libertad absoluta (ello se deduce del propio art. 16 de la Carta) y debe valorarse en relación con su función en la sociedad. Por ello, esa libertad no incluye, por así decirlo, un derecho a discriminar, que no sería necesario para garantizar la libertad contractual en una sociedad democrática. De modo que no puede alegarse el art. 2.5 de la Directiva para excluir la protección contra la discriminación por orientación sexual, que parece admitir el art. 5.3 de la Ley de Igualdad de Trato polaca, que no podría aplicarse al supuesto examinado, dada la primacía del Derecho de la Unión.

Se ha de valorar positivamente esta segunda parte de la Sentencia, tanto porque deja claro que el trabajo por cuenta propia está incluido en la letra c) del art. 3.1 de la Directiva 2000/78, como porque dentro del concepto de condiciones de trabajo a que se refiere ese precepto se incluyen también los ceses involuntarios de trabajadores por cuenta propia, y en relación con el caso concreto de la norma polaca se declara que la libertad de empresa no permite justificar una libertad de discriminación en la elección del contratante.

Estas conclusiones son sin duda los aspectos más sobresalientes de la Sentencia J.K. que se mueve en la línea más reciente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de una protección rigurosa de la prohibición de discriminaciones vedadas en la Carta de Derechos Fundamentales y, respecto al empleo y ocupación, en la Directiva 2000/78.