LA ASISTENCIA PERSONAL: UNA PROPUESTA A LA LUZ DE LOS POSTULADOS DEL MOVIMIENTO DE VIDA INDEPENDIENTE*

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo (España)

aceisu@uniovi.es

RESUMEN

El objeto de este trabajo es analizar cómo se ha ido implementando la figura del asistente personal en nuestro ordenamiento jurídico. La Convención de derechos y libertades de las personas con discapacidad en el ámbito internacional y la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y protección a la dependencia, en el ámbito nacional incluyen la filosofía del Movimiento de Vida Independiente para abordar la discapacidad, así como la dependencia. Nuestro Ordenamiento Jurídico prevé la posibilidad de cofinanciar la contratación de asistencia personal a través de una prestación de carácter económico y hasta el momento son mayoritarios los estudios en los que el objeto de análisis es el régimen jurídico de dicha prestación y cómo se ha ido desarrollando en las diferentes comunidades autónomas. A lo largo de las siguientes páginas se analizará, en cambio, otro aspecto hasta ahora menos estudiado cual es la relación jurídica que se entabla entre quien presta el servicio de asistencia y quién lo recibe. Es preciso calificar dicha relación porque de ello dependerán los derechos y obligaciones susceptibles de ser exigidas a las partes y también lo es

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación: «Las transformaciones de la legislación laboral contemporánea y el nuevo estatuto del trabajo», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Referencia: pid2020-118499gb-c33).

analizar si las fórmulas con las que contamos están alineadas con los postulados del Movimiento de Vida Independiente y en consecuencia con la idea de autonomía personal.

Palabras clave: asistencia personal; dependencia; discapacidad; movimiento de vida independiente.

ABSTRACT

The purpose of this essay is to analyse how the figure of the personal assistant has been implemented in our legal system. The Convention on the Rights of Persons with Disabilities at the international level and Law 39/2006, on the promotion of personal autonomy and the care of dependent persons at the national level include the philosophy of the Independent Living (IL) Movement to address disability as well as dependency. Our Legal System provides for the possibility of co-financing the hiring of personal assistance through a benefit of an economic nature. The majority of studies to date are the ones in which the object of analysis is the legal framework of this benefit and how it has been developed in the different autonomous communities. The following pages, however, focus on another aspect that has been less studied until now. It is the legal relationship established between the person providing the assistance service and the person receiving it. It is necessary to identify this relationship because the rights and obligations that may be required of the parties will depend on it, and it is also necessary to analyse whether the measures that we have now are aligned with the postulates of the Independent Living Movement and consequently with the idea of personal autonomy.

Key words: personal assistance; dependency; disability; Independent Living Movement.

RESUMO

O obxecto deste traballo é analizar como se foi implementando a figura do asistente persoal no noso ordenamento xurídico. A Convención de dereitos e liberdades das persoas con discapacidade no ámbito internacional e a Lei 39/2006, de promoción da autonomía persoal e protección

á dependencia, no ámbito nacional inclúen a filosofía do Movemento de Vida Independente para abordar a discapacidade, así como a dependencia. O noso ordenamento xurídico prevé a posibilidade de cofinanciar a contratación de asistencia persoal a través dunha prestación de carácter económico e ata o momento son maioritarios os estudos nos que o obxecto de análise é o réxime xurídico da devandita prestación e como se foi desenvolvendo nas diferentes comunidades autónomas. Ao longo das seguintes páxinas analizarase, en cambio, outro aspecto ata o de agora menos estudado como é a relación xurídica que se establece entre quen presta o servizo de asistencia e quen o recibe. É preciso cualificar esta relación porque diso dependerán os dereitos e obrigas susceptibles de ser esixidas ás partes e tamén o é analizar se as fórmulas coas que contamos están aliñadas cos postulados do Movemento de Vida Independente e en consecuencia coa idea de autonomía persoal.

Palabras chave: asistencia persoal; dependencia; discapacidade; movemento de vida independente.

SUMARIO

1. EL MOVIMIENTO DE VIDA INDEPENDIENTE: UNA NUEVA MIRADA HACIA LA AUTONOMÍA PERSONAL; 2. LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UNA APUESTA DECIDIDA POR LA ASISTENCIA PERSONAL COMO RECURSO PARA LOGRAR UNA MAYOR AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD; 3. LA ASISTENCIA PERSONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: PANORAMA NORMATIVO ANTE UN DESARROLLO INSUFICIENTE; 4. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ASISTENCIA PERSONAL: CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE TERCEROS *VERSUS* CONTRATACIÓN DIRECTA Y RESPETO A LOS PRINCIPIOS DEL MVI Y AL CONTENIDO DE LA CONVENCIÓN; 4.1. LA FIGURA DEL ASISTENTE PERSONAL: FUNCIONES Y FORMACIÓN; 4.2 CONTRATACIÓN DE ASISTENCIA PERSONAL A TRAVÉS DE UNA EMPRESA; 4.3. LAS OFICINAS DE VIDA INDEPENDIENTE: ¿CONTRATACIÓN O INTERMEDIACIÓN

LABORAL?; 4.4. CONTRATACIÓN DIRECTA ENTRE QUIEN RECIBE LA ASISTENCIA PERSONAL Y QUIEN LA PRESTA; 5. UN NUEVO ENFOQUE PARA UNA MISMA REALIDAD: INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA *VERSUS* CUIDADO Y ASISTENCIA. ALGUNAS DISFUNCIONES DE LA REGULACIÓN VIGENTE; 5.1. ASISTENCIA PERSONAL A TRAVÉS DE EMPRESA O ENTIDAD PRIVADA: DISFUNCIONES EN LA FASE DE SELECCIÓN, EN LA DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO; 5.2. ASISTENCIA PERSONAL MEDIANTE CONTRATACIÓN DIRECTA: LA MEJOR OPCIÓN, PERO NO CON LA REGULACIÓN VIGENTE; 6. A MODO DE CONCLUSIÓN; 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL MOVIMIENTO DE VIDA INDEPENDIENTE: UNA NUEVA MIRADA HACIA LA AUTONOMÍA PERSONAL

El Movimiento de Vida Independiente (MVI, en adelante) nació en Estados Unidos, cuando en 1962, Ed Roberts, una persona con gran discapacidad física ingresó en la Universidad de Berkeley, pero para poder satisfacer sus requerimientos de apoyo tuvo que contratar como asistentes personales a varios compañeros de estudio. Posteriormente, otros estudiantes siguieron su ejemplo y se puso en funcionamiento un programa de apoyo para estudiantes con discapacidad física. Finalmente, se decidió implantar un programa similar fuera del ámbito universitario con el objetivo de que las personas con discapacidad pudieran vivir integradas en la comunidad civil y así es como nace el primer Centro de Vida Independiente (CVI), inaugurado en Berkeley en 1972¹. Entre los postulados que defiende el MVI merece la pena destacar de un lado la idea de que es el entorno socio-político, económico, arquitectónico y de comunicación el que

¹Sobre esta cuestión *Vid.* CARBONELL, G. J., "Marco jurídico de la relación entre el asistente personal para la independencia y la persona con diversidad funcional", *Trabajo Social Hoy*, nº 84, 2018, págs. 85 y ss.

"discapacita"² y de otro la de que todas las personas tienen derecho a la autonomía a través del máximo control sobre sus vidas³.

El MVI rechaza el modelo medicalizado y reclama un tratamiento integral de las situaciones de diversidad funcional que permita a las personas desarrollar en la mayor medida posible sus derechos y su autonomía. En definitiva, desde este movimiento las personas con diversidad funcional no se resignan a depender de sus familiares, ni a ser institucionalizadas, ni tampoco a acogerse a medidas concebidas para proteger a personas con pocas opciones vitales y, en consecuencia, reclaman la normalización de su situación en la sociedad y exigen ser tratadas a partir de los derechos de ciudadanía y no como personas enfermas. Desde esta filosofía resulta coherente su rechazo al uso del término cuidado y su preferencia por el de asistencia personal o apoyo. Entre los principios básicos que defienden están el de garantizar los derechos humanos y civiles, respetar el autocontrol, así como la autodeterminación de las personas para decidir su propio destino, respetar el apoyo entre iguales, defender la igualdad de oportunidades, las posibilidades para ejercer poder, el derecho a asumir riesgos, la no discriminación y la calidad de vida con independencia del tipo de diversidad funcional ante la que nos encontremos⁴. Estos principios se sustentan sobre cuatro pilares básicos. En primer lugar, la convicción de que toda vida humana tiene un valor. En segundo lugar, la defensa de la idea de que todas las personas son capaces de tomar decisiones. En tercer lugar, la consideración de que las personas con diversidad funcional lo son por la respuesta de

²Así se afirma en LÓPEZ, M. y RUIZ, S., "Asistencia personal: equiparación de derechos y oportunidades. Comparativa entre Suecia y España", *Revista Española de Discapacidad*, nº 83, 2018, págs. 103 y ss.

³Al respecto *Vid.* BÁÑEZ, T. y COMAS DÁRGEMIR, D., "El asistente personal como trabajador/a: su implantación en España", *Zerbitzuan, Revista de Servicios Sociales*, nº 74, 2021, págs. 99 y ss.

⁴Dichos principios se recogen en ARNAU, S., "Ley de la "In-Dependencia": pasos necesarios para garantizar un nuevo Derecho de Ciudadanía", *Lan harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, nº 15, 2006, págs. 41 y ss.

la sociedad a dicha diversidad. Y en fin, la reivindicación del derecho a ejercer el control sobre sus vidas para poder participar de manera plena en la sociedad⁵.

En consonancia con dichos principios desde el MVI se defiende el impulso de todas aquellas actuaciones que permitan lograr la "consecución de una vida lo más independiente posible" empleándose para ello, entre otras herramientas, las ayudas técnicas que resulten necesarias y entre las que destaca la asistencia personal⁶. Es claro, por tanto, que para el MVI quien presta servicios como asistente personal no es el centro de la toma de decisiones, pues dicho centro se localiza en la persona con diversidad funcional que se desvincula así de las decisiones tomadas por otras personas respecto de la suya. Una persona que presta servicios como asistente personal (AP, en adelante) en el contexto que nos ocupa no es un cuidador que actúa en función de lo que resulta más apropiado en cada momento concreto para quien recibe el servicio; tampoco es personal sanitario que en un momento dado emite una opinión profesional acerca de lo que pueda ser más recomendable para la persona con diversidad funcional. El AP, entendido a la luz de la filosofía del MVI, es una persona que ejecuta las decisiones de otra con diversidad funcional respecto de aquellas facetas de la vida en las que requiera un apoyo para hacerlo de manera independiente y autónoma, entendidas ambas condiciones (independencia y autonomía) como una manifestación de su propia voluntad. En otras palabras,

⁵La filosofía que inspira el MVI surgió en oposición al modelo médico-rehabilitador, que era desde el cual se afrontaba la diversidad funcional. Desde este nuevo enfoque las personas con diversidad funcional tienen un papel activo y participativo en la sociedad, en contraposición a la tradicional imagen "pasiva" o paciente que se les ha dado en el modelo médico-rehabilitador. Al respecto *Vid.* LÓPEZ, M. y RUIZ, S., "Asistencia personal: equiparación de derechos y oportunidades. Comparativa entre Suecia y España, *Revista Española de Discapacidad*, nº 83, 2018, págs. 103 y ss.

⁶Esta es la concepción de la AP que sostiene CARBONELL, G. J., "Marco jurídico de la relación entre el asistente personal para la independencia y la persona con diversidad funcional", *Trabajo Social Hoy*, nº 84, 2018, págs. 85 y ss.

donde la persona con diversidad funcional no alcanza será la persona que preste el servicio de AP quien actúe como apoyo, pero en ningún caso lo hará anulando o sustituyendo su propia voluntad, pues solo de ese modo se otorga a la persona que recibe asistencia personal cierto grado de autonomía, reduciendo así su nivel de dependencia de familiares, amigos o instituciones.

2. LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UNA RESPUESTA DECIDIDA POR LA ASISTENCIA PERSONAL COMO RECURSO PARA LOGRAR UNA MAYOR AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad (la Convención, en adelante), fue aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas en 2006 cuyo art. 19 reconoce "el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad"⁷. Los Estados Parte en la Convención reconocen en este precepto el derecho de las personas con discapacidad a vivir "en igualdad de condiciones en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás" y para lograrlo se establece una obligación dirigida a los Estados y consistente en adoptar las medidas "efectivas y pertinentes" que faciliten alcanzar al menos tres objetivos, que son: "el pleno goce de dicho derecho por parte de las personas con discapacidad; su plena inclusión en la comunidad y su participación en ella, asegurando en especial que estas personas tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y con quién vivir en igualdad de condiciones que las demás", lo que debería suponer no verse obligadas a

⁷Acerca de los antecedentes de la Convención, cuya aprobación tuvo lugar por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Vid. GONZÁLEZ, P., Convención de derechos de las personas con discapacidad: Discapacidad intelectual, educación y autonomía personal", *Ambiente Jurídico*, nº 22, 2019, págs. 37 y ss.

vivir con arreglo a un sistema de vida diseñado por otras personas.

La Convención también hace referencia a la necesidad de garantizar que “las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta”. Nótese que la Convención incluye una referencia expresa a la AP al mencionarla entre las medidas que integran la variedad de servicios dirigidos a hacer realidad la inclusión de las personas con discapacidad en la comunidad.

Por otra parte, no hay que perder de vista que el contenido de la Convención ha de ser interpretado a la luz de la Observación General nº 5 emitida por el Comité de los Derechos de las personas con Discapacidad (la Observación, en adelante) sobre el “derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad”, aprobada en 2017⁸. La Observación incluye referencias claras a la AP que no ofrecen margen a la interpretación y lo hace además tomando como punto de partida una posición tajante: “la de considerar que a lo largo de la historia se ha negado a las personas con discapacidad la posibilidad de tomar decisiones y ejercer el control de manera personal e individual en todas las esferas de su vida”. Tradicionalmente se ha partido de la idea de que muchas personas con diversidad funcional no pueden vivir de

⁸El 13 de diciembre de 2006, la Asamblea de Naciones Unidas también aprobó el Protocolo Facultativo a la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, documento compuesto por 18 artículos y que suscita un gran interés porque contiene un conjunto de disposiciones mediante las cuales se fijan las condiciones para la recepción y tramitación de quejas o denuncias individuales por parte del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, y de personas o grupos de personas, que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de violaciones de las disposiciones de la Convención. Tiene carácter facultativo y proporciona al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad la autoridad para examinar denuncias individuales de violaciones de cualquiera de los derechos consagrados en la Convención cuando la persona haya agotado las vías de recurso en el nivel nacional.

forma independiente en comunidades de su propia elección y así se sigue planteando con frecuencia en la actualidad. De hecho, los recursos se siguen invirtiendo en instituciones y no en explorar las posibilidades de las que podrían disponer estas personas para vivir de forma independiente en la comunidad, lo que ha provocado el abandono, la dependencia de los familiares, la institucionalización, el aislamiento y, al fin y a la postre, la segregación.

El punto 16 de la Observación define la asistencia personal como un "apoyo humano dirigido por el interesado o el usuario que se pone a disposición de una persona con discapacidad como un instrumento para permitir la vida independiente". Se trata de un tipo de prestación en la que el control del servicio ha de ser ejercido de forma directa por la persona con diversidad funcional que será la que planifique, decida y dirija cómo ha de prestarse, con independencia de que la asistencia personal se contrate a través de proveedores o de que sea el propio usuario quién contrate al asistente personal. Y lo más importante, en todo momento será la persona que reciba la asistencia personal quien tiene el poder de decisión por lo que sus preferencias han de ser respetadas. Así, se afirma en la Observación que será la persona receptora de la asistencia "quien contrate, capacite y supervise el servicio sin que pueda ser compartido sin su consentimiento". Estamos por tanto ante una prestación que la normativa internacional regula con un alcance muy ambicioso en cuanto al margen de disposición que sobre ella tiene quien recibe la asistencia personal.

La cuestión que debemos plantearnos ahora es si los Estados Parte que han ratificado dicha Convención, como es el caso de España que lo hizo en 2007, están adoptando las medidas "efectivas y pertinentes" para que el mencionado derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad se convierta en una realidad. Para ello la Convención prevé la obligación de "asegurar en especial" que se pueda contar con servicios de apoyo "incluida la asistencia personal que sea necesaria para

facilitar... su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta”.

3. LA ASISTENCIA PERSONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: PANORAMA NORMATIVO ANTE UN DESARROLLO INSUFICIENTE

El vigente art. 49 de la Constitución establece que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Estamos ante un precepto cuya redacción requiere un cambio, que el Gobierno anunciaba en 2021, aunque todavía no se ha materializado⁹, pues claramente no está alineada con los principios del MVI que inspiran el contenido de la Convención. No es preciso un análisis jurídico exhaustivo para comprender que el vigente art. 49 CE entró en vigor hace cuarenta años y a lo largo de este período de tiempo las reivindicaciones de las personas con diversidad funcional pasan por un modelo diferente al que aquí se intuye. Tal y como se establece en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención

⁹Precisamente en la página web de La Moncloa ya casi hace dos años (11 de mayo del 2021) se informaba acerca de la aprobación por parte del Consejo de Ministros del Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española. Se reconoce abiertamente que, pese a que dicho precepto supuso un gran avance en la protección de las personas con discapacidad, pues reconocía constitucionalmente al colectivo y supuso la previsión de un ámbito concreto de protección, el paso de cuatro décadas ha hecho envejecer el texto constitucional y además la aprobación de la Convención supone un punto de inflexión en el reconocimiento y protección de sus derechos. En la nueva redacción que se propone se diferenciarán cuatro apartados, destacando por lo que aquí interesa el segundo en el que se encomienda a los poderes públicos realizar las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Políticas que han de respetar su libertad de elección y preferencias.

https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/11052_1-enlace-constitucion.aspx (consultado en enero de 2023).

Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (LANCI, en adelante) "el texto constitucional, al regular en su artículo 49 la atención a las personas con discapacidad, se inspiró en el modelo médico o rehabilitador, predominante en el momento de su aprobación, el cual consideraba la discapacidad como un problema de la persona, causado directamente por una enfermedad, accidente o condición de su salud, que requiere asistencia médica y rehabilitadora, en forma de un tratamiento individualizado prestado por profesionales". La aprobación de la Convención supuso un punto de inflexión en el modo de mirar y abordar la discapacidad. Su ratificación, tanto a nivel comunitario¹⁰ como nacional, constituye un paso muy importante que obliga a superar el modelo médico-rehabilitador y a asumir la perspectiva social y de derechos y capacidades, que configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social.

En nuestro país ese cambio de modelo ya se había iniciado con anterioridad a la aprobación de la Convención, de hecho la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad es considerada el punto de partida a la hora de aplicar el modelo social de la discapacidad, ahora bien con la adaptación normativa a la Convención llevada a cabo por la LANCI el modelo social recibirá un importante y decidido impulso reformador "en el sentido de salvaguardar los derechos de tales personas con el objetivo de favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva", tal y como se afirma en su propia exposición de motivos.

¹⁰Decisión 2010/48/CE, de 26 de noviembre, por medio de la cual queda aprobada, en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (DOL 27 de enero de 2010).

Cierto es que al amparo del art. 49 CE se han aprobado diferentes normas, entre otras¹¹, y siguiendo el orden cronológico, cabe mencionar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en Situación de Dependencia (LAPAD)¹² y el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPDIS, en adelante) (esta norma refunde la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad) con el que se da cumplimiento al mandato establecido en la disposición final segunda de la

¹¹Recientemente se ha publicado el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público (BOE 22-3-2023), cuyo art. 11 menciona a los asistentes personales para reconocerles "el derecho a acceder acompañando a la persona con discapacidad a los servicios de atención personal, siempre que esta así lo requiera, sin que ello suponga un sobrecoste para dichas personas".

¹²Cuando se comenzó a trabajar en los primeros borradores de la LAPAD las principales organizaciones que luchan por la defensa de los derechos de las personas con diversidad funcional se movilizaron. También lo hizo el MVI, que en España se habían constituido en organización en el año 2001, con el nombre Foro de Vida Independiente y Diversidad (FVID). Merece la pena recordar que el FVID no estaba conforme con el contenido del Proyecto de lo que posteriormente sería la LAPAD, de ahí que el 12 de septiembre de 2006 un grupo de personas con diversidad funcional acompañados por sus asistentes personales se encerraron en la sede del IMSERSO en Madrid. Finalmente, consiguieron que la LAPAD incluyese en su título la expresión "promoción de la autonomía personal" y que en el catálogo de prestaciones económicas se incluyese la dirigida a financiar la asistencia personal. Un recorrido detallado sobre la elaboración de la LAPAD en BÁÑEZ, T. y COMAS DÁRGEMIR, D., "El asistente personal como trabajador/a: su implantación en España", *Zerbitzuan, Revista de Servicios Sociales*, nº 74, 2021, págs. 99 y ss.

LANCI y con cuya aprobación se pretendía revisar los principios que informan la ley conforme a lo previsto en la Convención.

En estas dos normas se hace referencia a la asistencia personal, si bien desde un enfoque diferente y con unos efectos claramente distintos a los aquí expuestos. Por lo que se refiere a la LAPAD, hay que mencionar en primer lugar su art. 2 que define la asistencia personal como el “servicio prestado por un AP que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal”; y en segundo lugar, su art. 14 que incluye la asistencia personal entre las diferentes prestaciones de atención a la dependencia. En particular, se reconoce la existencia de una prestación económica de asistencia personal, cuya finalidad, de acuerdo con su art. 19, es “la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados”¹³. Se trata de una prestación finalista que ha de emplearse necesariamente para cofinanciar “la contratación de asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria” y a la que se tendrá acceso si se cumplen las condiciones específicas que establezca el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Así pues, la LAPAD configura la asistencia personal como un servicio a cuya financiación se contribuye en el marco del SAAD a través de una prestación económica, tal y como se afirma en el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre,

¹³La primera versión de la LAPAD reservaba la posibilidad de solicitar esta prestación únicamente a personas con gran dependencia. A partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, cuyo art. 22.7 modifica el tenor del art. 19 LAPAD, se establece que la asistencia personal es una prestación dirigida a todas las personas en situación de dependencia en cualquiera de sus grados.

por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la LAPAD¹⁴. El acceso a la asistencia personal se concibe así como un derecho que se traduce en la posibilidad de obtener financiación para contratar el servicio siempre y cuando se cumplan los requisitos que para ello exigen las diferentes normas de las comunidades autónomas a quienes se atribuye el encargo de desarrollar la prestación.

Al margen del plano de la protección social en el que se centra la referencia a la asistencia personal que encontramos en la LAPAD, no hay ninguna otra norma que incluya definición alguna de lo que se entienda por asistencia personal, pues aunque la LGDPDIS sí la menciona, hay que dejar claro que no profundiza en ella, de hecho únicamente la incluye en su art. 68, bajo el título "medidas de acción positiva y medidas de igualdad de oportunidades", junto a otras como las ayudas técnicas o los servicios especializados. Medidas a las que la norma atribuye "naturaleza de mínimos, sin perjuicio de las medidas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias" y respecto de las cuales dicha norma impone a las administraciones públicas la obligación de velar para que se garantice la promoción efectiva del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

Así pues, con la salvedad de estas dos referencias normativas y una más, que a otros efectos realiza el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público, no encontramos en nuestro ordenamiento jurídico una norma que aclare o concrete en qué consiste la asistencia personal, pero cabe afirmar que existe un derecho a la asistencia

¹⁴Una clara identificación de los diferentes recursos en GÓNZALEZ-RODRÍGUEZ, R., VERDE-DIEGO, C., & PÉREZ-LAHOZ, V., "La asistencia personal como nuevo derecho de ciudadanía: una mirada desde el ámbito de los profesionales de la salud", *Cultura De Los Cuidados*, nº 23 (53), 2019, págs.109 y ss.

personal de clara configuración legal y vinculado, eso sí, a la noción de dependencia que ofrece la LAPAD. Un derecho que se traduce en una prestación económica pública de carácter finalista cuyo contenido varía ligeramente en función de la comunidad autónoma en la que residamos, pues de la norma autonómica dependerá no solo su cuantía, susceptible de complementar el nivel de financiación común que se reconoce a nivel estatal¹⁵, sino también su desarrollo y los requisitos que han de cumplirse para tener derecho a ella y para poder prestar el servicio.

Si bien nuestro objeto de estudio no es la configuración autonómica de la prestación económica pública de asistencia personal, sino la relación jurídica que se entabla entre quien presta la asistencia personal y quien la recibe, sí merece la pena destacar en este momento cómo la normativa que desarrolla esta prestación en las diferentes comunidades autónomas hace referencia a distintas posibilidades a la hora de proveerse del servicio de asistencia personal. Así, en algunos casos se afirma que la obtención de la asistencia personal se podrá llevar a cabo mediante “un contrato con una empresa o entidad debidamente acreditada o mediante contrato directo con el asistente personal”, como es el caso de la regulación de Castilla y León¹⁶; en otros, se afirma lo mismo en cuanto a las vías de acceso a la asistencia personal y adicionalmente se incluye una referencia a la obligación de dar de alta a quien ejerza la actividad de asistente personal en el régimen de la seguridad social que corresponda, como

¹⁵Recientemente, el Real Decreto 675/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 19-7-2023), incrementó a nivel estatal las cuantías de la prestación económica pública dirigida a la contratación de asistentes personales en aras de “promocionar la asistencia personal”, tal y como se establece en la propia exposición de motivos de la norma.

¹⁶Así se establece en la Orden FAM/6/2018, de 11 de enero, por la que se regulan las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en Castilla y León, modificada por la Orden FAM/1/2022, de 4 de enero.

es el caso, entre otros, de la normativa asturiana¹⁷. Y en fin, en otros casos, como es el de la normativa gallega, se menciona tanto la posibilidad de acudir a una empresa o a una entidad como a la contratación directa, ya sea "a través de un contrato civil o laboral", pero en todo caso dejando claro que "la Xunta de Galicia no formará parte ni será responsable, en ningún caso, de la relación contractual establecida" y que "el contrato además de los contenidos generales previstos en la legislación civil o laboral, deberá incorporar las condiciones específicas de la prestación del servicio establecidas en la normativa, en el Programa Individual de Atención (PIA) y la cláusula de confidencialidad correspondiente¹⁸. En todos los casos se observa que las previsiones normativas están alineadas con lo establecido por Resolución de 24 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se definen y establecen las condiciones específicas de acceso a la asistencia personal en el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia (BOE 30-5-2023).

Así pues, variadas son las vías previstas en la normativa para proveerse de un servicio de asistencia personal, pero ninguna de ellas, y tal vez resulte natural que así sea, pues no se trata de su objeto de regulación, establece qué derechos y obligaciones tendrá quien preste el servicio, diferenciando unos y otras en función de cuál haya sido la vía elegida para proveerse de él y, vaya por delante, que las obligaciones y

¹⁷Así se establece, por ejemplo, en la Resolución de 24 de mayo de 2022, de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, por la que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) en el Principado de Asturias (BOPA 6-6-2022).

¹⁸Orden de 2 de enero de 2012 de desarrollo del Decreto 15/2010, de 4 de febrero, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia, el procedimiento para la elaboración del programa individual de atención y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes (DOG 13-1-2012), modificada por la Orden de 26 de marzo de 2019 (DOG 29-3-2019).

derechos de las partes serán diferentes. Y ello en el mejor de los casos en los que exista claridad acerca de cuál es la condición jurídica que se predique de quien presta el servicio de asistencia personal respecto de quien lo recibe, pues las dificultades de control, lo reducido de las cuantías de la prestación y la falta de conocimientos acerca de lo que supone la prestación de servicios de asistencia personal generan un caldo de cultivo propicio a su ocultamiento y, en consecuencia, a la economía sumergida.

Sería recomendable saber cuántas personas desarrollan su actividad como asistentes personales, pero no es esa una información a la que se pueda acceder con facilidad, pues no todas las personas que cuentan con asistencia personal acceden a la prestación económica de asistencia personal ya sea porque no cumplen las condiciones que imponen las diferentes normativas autonómicas para ello, ya sea porque la reducida cuantía de la prestación lleva a buscar otras vías de acceso que no quedan sometidas al control. Sobre esta cuestión los datos que ofrecía el Observatorio Estatal de la Discapacidad en diciembre de 2017 y que son solo la punta del iceberg ponían de manifiesto que la prestación económica para la asistencia personal no es un recurso que se solicite mayoritariamente. Así, del número total de prestaciones que ofrecía el SAAD (1.178.011) solo 6654 eran prestaciones económicas de asistencia personal, lo que representa un 0.56%. Situación que en 2018, de acuerdo con los datos ofrecidos en un estudio elaborado por CCOO, no había variado mucho¹⁹.

¹⁹En el Informe "Seguimiento de la implantación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), Situación por Comunidades Autónomas", publicado en mayo de 2018 por la Secretaría Confederal de Política Social y Movimientos Sociales de CCOO, se ponía de manifiesto que en marzo de 2018 el número de prestaciones económicas de asistencia personal ascendía a 6463, lo que representaba un 0,54% del total, lo que suponía un ligero descenso respecto del año anterior. Asimismo, se concluía que con la excepción del País Vasco donde el número de prestaciones era considerable, 5556, en Castilla León donde ascendía a 668, en Galicia que alcanzaba los 104 y en la Comunidad de Madrid donde había 79. En las demás comunidades autónomas su presencia era testimonial.

Cinco años después la situación sigue siendo parecida. Los datos publicados por la Secretaría de Estado de Derechos Sociales ponen de manifiesto que a 31 de noviembre de 2023 el número de prestaciones económicas públicas de asistencia personal reconocidas en España es de 10.004, aunque cabe pensar que el número de personas que prestan asistencia personal es superior, pues las habrá que lo hacen para personas que no han solicitado la prestación económica pública y también las habrá que reciben el servicio al margen del ordenamiento jurídico. Asimismo, es probable que haya personas prestando asistencia personal bajo una calificación diferente, como pueda ser la de ayuda a domicilio. Las comunidades autónomas donde más prestaciones económicas públicas de asistencia personal se han reconocido son el País Vasco donde se han concedido 6850 prestaciones y Castilla León, donde el número de prestaciones asciende a 2241. En el otro extremo se sitúan comunidades autónomas que no han reconocido ninguna prestación de asistencia personal, como es el caso de Aragón, Illes Balears, Canarias, Cantabria, Extremadura, La Rioja o Ceuta y Melilla. Y, por último, una situación testimonial en orden decreciente es la de la comunidad valenciana que ha reconocido 517, Galicia donde se han reconocido 128, la comunidad de Madrid, Cataluña, la comunidad foral de Navarra, Castilla La Mancha, el Principado de Asturias y la región de Murcia donde se han reconocido 84, 98, 33, 21, 18 y 3, respectivamente. Parece que aquí, también, las posibilidades económicas de cada región juegan un papel determinante, difícilmente conciliable con la igualdad de condiciones que en todo el territorio nacional habría de asistir a estas personas.

4. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ASISTENCIA PERSONAL: CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE TERCEROS VERSUS CONTRATACIÓN DIRECTA Y RESPETO A LOS PRINCIPIOS DEL MVI Y AL CONTENIDO DE LA CONVENCION

Tras aproximarnos a la figura de la asistencia personal y en particular a la importancia que tiene como recurso dirigido a que las personas con diversidad funcional logren el mayor grado de autonomía posible, es el momento de adentrarnos en el análisis del molde jurídico más apropiado para articular las obligaciones y los derechos de las partes entre las que se entabla la relación y de analizar si dichos moldes son acordes con los principios que defiende el MVI y en particular con el contenido de la Convención. Teniendo en cuenta las estructuras con las que contamos la respuesta varía en función de a quién se haya elegido para proporcionar el servicio de asistencia personal. Nuestro ordenamiento jurídico ofrece varias fórmulas, que, como ya se ha dicho, se resumen con frecuencia en la normativa autonómica que regula las condiciones para tener derecho a la prestación pública de asistencia personal y se reducen a la contratación con una empresa o una entidad privada, ya sea una cooperativa, una asociación o una organización del tercer sector o a la contratación directa entre quien recibe la asistencia personal y quien la presta, así como a la provisión del servicio a través de trabajo autónomo.

4.1. LA FIGURA DEL ASISTENTE PERSONAL: FUNCIONES Y FORMACIÓN

Antes de adentrarnos en el análisis de la relación jurídica que en su caso une a la persona que requiere los servicios de asistencia personal y la persona que los presta es necesario profundizar en los rasgos definitorios de dicha prestación, pues solo así será posible concluir si dicha relación puede enmarcarse en alguno de los moldes jurídicos ya existentes o si, por el contrario, se requiere una nueva regulación. La tarea que nos hemos encomendando obliga a conocer con un poco más de profundidad las premisas en las que se apoya el MVI a la hora de configurar la asistencia personal y por ende a la hora de identificar lo que se puede exigir a una persona que presta servicios de asistencia personal y lo que puede esperar el usuario del servicio. El AP, entendido a la luz de la filosofía del MVI, es una persona que ejecuta las decisiones

de la persona con diversidad funcional respecto de aquellas facetas de la vida en las que requiere un apoyo para poder llevarlas a cabo de manera independiente, independencia que ha de ser entendida en el sentido de que son fruto de su autonomía de la voluntad. En otras palabras, donde la persona con diversidad funcional no alcanza será el AP quien actúe como apoyo, pero en ningún caso ha de hacerlo anulando o sustituyendo su propia voluntad.

Tomando como punto de partida este planteamiento resulta evidente que la dificultad reside, a los efectos que aquí interesan, en identificar cuáles son las tareas propias de un AP. Sobre esta cuestión la primera conclusión que se puede extraer con facilidad es que no podemos esperar un listado de tareas estandarizado como el que podemos encontrar al analizar el contenido de la prestación y las funciones propias de cada grupo profesional en otro tipo de actividades. Cada caso será diferente, cada persona con diversidad funcional requerirá unos apoyos distintos, de ahí que la labor del AP presente un amplio grado de heterogeneidad caracterizado además por un nivel distinto de intensidad en la ejecución de las funciones. No obstante, y a pesar de la necesidad de individualizar cada supuesto, desde el MVI sí se identifican ciertas áreas de actuación en las que la intervención del AP puede ser requerida. Así, se identifican en primer lugar aquellas tareas personales directamente vinculadas a la persona con diversidad funcional y que pueden consistir en el apoyo necesario para acostarse, levantarse, realizar cambios posturales, ir al baño o emplear apoyos técnicos como pueda ser el uso de una grúa o de un respirador. Otra área de actuación claramente identificada tiene que ver con las tareas del hogar realizadas dentro de la vivienda. En tercer lugar se identifican las labores de acompañamiento ya sea dentro o fuera del hogar, lo que puede incluir la conducción de vehículos y en cuarto lugar se mencionan las tareas de comunicación ya sea el lenguaje de signos u otros sistemas alternativos. Asimismo, se identifican las tareas relativas a la planificación del día o el apoyo en la toma de decisiones, el área a la que se circunscriben las tareas de carácter

excepcional para hacer frente a situaciones imprevistas como puedan ser crisis físicas o psíquicas que puedan afectar a la persona con diversidad funcional y por último el área en la que se incluyen tareas especiales, como puedan ser la preparación de relaciones sexuales

Existirán áreas comunes de intervención entre un AP, una persona que cuida, una persona que ayuda en el domicilio, pero la diferencia entre estos profesionales y el AP está en la vinculación entre las actuaciones que se van a llevar a cabo y la autonomía individual de quien decide su intervención. Teniendo en cuenta esta situación no es de extrañar que en estos momentos no exista una posición clara acerca de cuál ha de ser la formación susceptible de ser exigida a una persona que quiera prestar servicios como asistente personal. De hecho, si tenemos en cuenta algunos de los principios en los que se apoya la filosofía del MVI la formación del asistente personal le corresponde a quien recibe la asistencia personal. Además, se trataría de una formación no estandarizada y difícilmente objetivable, que dependerá de las necesidades de apoyo que requiera cada persona. No obstante, resulta necesario fijar elementos comunes que permitan diseñar un programa formativo básico en aras de la profesionalización del perfil necesario para prestar servicios en el ámbito de la asistencia personal.

Con ese objetivo en 2015 el Comité Español de Personas con Discapacidad (CERMI) impulsó un grupo de trabajo sobre la asistencia personal en el que participaron quince federaciones para consensuar propuestas que pudieran ser elevadas al IMSERSO y a las comunidades autónomas para que se promoviesen y agilizaran el desarrollo y el acceso a la asistencia personal dentro del marco del SAAD. Entre las propuestas sobre las que se trabajó había una dedicada a la formación en la que se observa la ausencia de consenso respecto de esta materia, así como la ausencia de una regulación homogénea en el ámbito estatal. A este respecto existen dos posiciones claramente diferenciadas: la de quienes defienden que quien preste servicios como asistente personal no ha de recibir una formación específica, pues será

la persona beneficiaria del servicio quien se encargue de ello en el día a día, según los gustos, preferencias o necesidades que tenga; y la de quienes defienden que la formación en asistencia personal debería obtenerse al menos a través de un certificado de profesionalidad o un ciclo formativo de grado medio, cuyo número de horas oscilaría entre las 240 y las 2000.

El grupo de trabajo que se constituyó en 2015 llegó a cierta solución de consenso y defiende la exigencia, como mínimo, de una formación básica de 50 horas mediante la cual se adquirirán conocimientos generales sobre el contexto en el que se desarrolla la asistencia personal, nociones básicas sobre los principios en los que se apoya el MVI y sobre diversidad funcional. Esta formación previa se tendría que completar con la que proporcione quien reciba el servicio en función de sus preferencias y sobre todo en función de sus necesidades particulares de apoyo. Teniendo en cuenta esta propuesta el CERMI diseñó un manual para asistentes personales que incluye un contenido mínimo relativo a fundamentos de vida independiente, aspectos legales, éticos y jurídicos de la asistencia personal, la figura del asistente personal, una introducción a los productos de apoyo y herramientas para la prevención de riesgos laborales, interacción social, habilidades sociales y comunicación, empatía, relación profesional y primeros auxilios.

Por otra parte, parece claro que la formación susceptible de ser exigida a quien preste servicios como asistente personal debería ser la misma en todo el país, pues resulta desconcertante analizar las diferentes normas autonómicas en las que se hace referencia a la prestación económica pública de asistencia personal y en las que para tener derecho a ella se imponen condiciones diferentes relativas a la idoneidad o a la formación de quien presta el servicio en algunos casos y a la idoneidad y la formación en otros²⁰. Por

²⁰Así por ejemplo, en el caso particular del Principado de Asturias la Resolución de 24 de mayo de 2022, de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, de primera modificación de la Resolución de 30 de junio de 2015, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se regulan las

prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) en el Principado de Asturias incluye un precepto que hace referencia a los "requisitos de formación del asistente personal" (así se titula el artículo correspondiente) y una disposición transitoria en la que se incluye un "régimen provisional de formación del asistente personal". En primer lugar, se establece que "quienes realicen las funciones de asistencia personal a personas en situación de dependencia, deberán acreditar la cualificación profesional de atención sociosanitaria a personas en el domicilio, establecida por el Real Decreto 295/2004, de 20 de febrero, según se determine en la normativa que la desarrolla. A tal efecto se hace referencia a las siguientes titulaciones: Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería (RD 546/1995 de 7 de abril), Título de Técnico Auxiliar de Enfermería (RD 777/1998, de 30 de abril), Título de Técnico Auxiliar de Clínica (RD 777/1998, de 30 de abril), Título de Técnico Auxiliar de Psiquiatría (RD 777/1998, de 30 de abril); Título de Técnico en Atención a Personas en Situación de Dependencia (RD 1593/2011, de 4 de noviembre); Título de Técnico en Atención Sociosanitaria (RD 496/2003, de 2 de mayo); Título de Técnico Superior en Integración Social (RD 1074/2012 de 13 de julio) o el título equivalente de Técnico Superior en Integración social (RD 2061/1995, de 22 de diciembre) para aquellos profesionales que a la fecha de publicación del Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de 19 de octubre de 2017 se encontrasen trabajando; y a los siguientes certificados de profesionalidad: de atención sociosanitaria a personas dependientes en instituciones sociales (RD 1379/2008, de 1 de agosto), de atención sociosanitaria a personas en el domicilio (RD 1379/2008, de 1 de agosto), de la ocupación de Auxiliar de Ayuda a Domicilio (RD 331/1997, de 7 de marzo); así como de cualquier otro título o certificado que en el futuro se determine con los mismos efectos profesionales. Las personas que cuenten con alguna de las titulaciones o certificados de profesionalidad mencionados no necesitan participar en procesos de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación, ni solicitar la habilitación excepcional previstas en los apartados tercero y cuarto de la Resolución de 1 de diciembre de 2017, de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, por la que se regula la acreditación de la cualificación profesional y la habilitación excepcional del personal de atención directa en centros y servicios sociales del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En cuanto al régimen transitorio la disposición transitoria segunda de la resolución autonómica establece que además de las titulaciones mencionadas se podrá ejercer como asistente personal con cualquier Grado del área socio sanitaria o titulación equivalente a los siguientes grados: medicina, enfermería, psicología, logopedia, fisioterapia, terapia ocupacional, educación social, educación especial, educación primaria o infantil, trabajo social, sociología, pedagogía, lengua de signos española y comunidad sorda. Los asistentes personales que cuenten con estas titulaciones podrán ejercer sus funciones en el ámbito del Principado

lo que se refiere a esta última, esto es la formación, a nivel estatal y con independencia de lo que decidan las comunidades autónomas, el CTSSAAD, ya desde su Acuerdo de 2008, modificado en 2015 y posteriormente en octubre de 2017, recomendaba que quienes realicen las funciones de asistencia personal a personas en situación de dependencia deberían acreditar la cualificación profesional mínima que se exige a quienes desarrollan labores de atención sociosanitaria a personas en el domicilio, pese a que la prestación de asistencia personal no es equivalente a la asistencia domiciliaria.

Precisamente a estos efectos el CTSSAAD aprobó recientemente un acuerdo, publicado a través de la Resolución de 24 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales (BOE 30-5-2023), en el que dicho Consejo se compromete a solicitar al Instituto Nacional de las Cualificaciones (INCUAL) (en el plazo de un mes a contar desde el día 24 de mayo de 2023) la regulación de un certificado de profesionalidad específico para la asistencia personal. Si bien, en tanto se aprueba dicho certificado o se revisan los que ya existen para su adaptación, se entiende que cuenta con la formación requerida para desarrollar la actividad de asistencia personal quien esté en posesión de cualquiera de las titulaciones o certificaciones profesionales

de Asturias, a salvo de lo que acuerde el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia sobre los requisitos de cualificación profesional específicos para esta categoría profesional con carácter definitivo y excepcionalmente, en tanto se desarrolle lo establecido en el Acuerdo de 19 de octubre de 2017 del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia relativo a las exigencias de cualificación profesional, las personas que no dispongan de las titulaciones mencionadas deberán acreditar la realización de un curso de formación específico en materia de asistencia personal de al menos 50 horas lectivas, comprometerse mediante declaración responsable a participar en los procesos de evaluación y acreditación de la experiencia laboral que se realicen o a realizar la formación vinculada a los correspondientes certificados de profesionalidad o títulos de formación profesional que se determinen de manera definitiva mediante Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, conforme al modelo que figura como anexo a dicha Resolución.

referidas al personal de atención directa de primer nivel contenidas en el apartado octavo.2.a) del Acuerdo sobre criterios comunes de acreditación y calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, publicado por Resolución, de 28 de julio de 2022, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales y concretamente, esto es, el título de Técnico en Atención a Personas en Situación de Dependencia (RD 1593/2011, de 4 de noviembre); el título equivalente de Técnico de Atención Sociosanitaria (RD 496/2003, de 2 de mayo), o en su caso, cualquier otro título que se publique con los mismos efectos profesionales; el título de Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería (RD 546/1995, de 7 de abril) o los títulos equivalentes de técnico Auxiliar de Clínica, de psiquiatría y de enfermería (RD 777/1998, de 30 de abril) o en su caso, cualquier otro título que se publique con los mismos efectos profesionales.

En cuanto a los certificados de profesionalidad, el Acuerdo del CTSSAAD hace referencia a los siguientes: el de atención sociosanitaria a personas dependientes en instituciones sociales (RD 1379/2008, de 1 de agosto) o cualquier otro certificado que se publique con los mismos efectos profesionales; el de atención sociosanitaria a personas en el domicilio, (RD 1379/2008, de 1 de agosto) o el equivalente certificado de profesionalidad de la ocupación de auxiliar de ayuda a domicilio (RD 331/1997, de 7 de marzo), o en su caso, cualquier otro certificado que se publique con los mismos efectos profesionales.

En el acuerdo también se considera cualificación suficiente las habilitaciones excepcionales producidas hasta 31 de diciembre de 2022 y acreditadas mediante certificaciones individuales expedidas por Administraciones públicas competentes en Servicios Sociales o por el organismo público que haya determinado la correspondiente Comunidad Autónoma.

Adicionalmente, en función de la especialización de los apoyos a proporcionar, se incorporan como válidas para la prestación de apoyos de asistencia personal otras cualificaciones dentro de la familia profesional de servicios socioculturales y a la comunidad como son el certificado de mediación entre la persona sordociega y la comunidad (RD 1096/2011), el certificado de educación de habilidades de autonomía personal y social (RD 295/2004), el certificado de promoción e intervención socioeducativa con personas con discapacidad (RD 1096/2011), el de inserción laboral de personas con discapacidad (RD 1368/2007) y el de técnico superior de integración social establecido (RD 1074/2012). Por último, y hasta que se apruebe un certificado de profesionalidad específico para la asistencia personal y se determine el plazo para su obtención, las administraciones públicas competentes podrán habilitar provisionalmente para prestar dicho servicio a las personas que acrediten, bien experiencia, bien haber recibido una formación básica en materia de asistencia personal, o ambas, en la intensidad que dichas administraciones determinen. Y se plantean, a título meramente orientativo, unos contenidos mínimos de formación básica que se distribuyen en cinco módulos y cuyo contenido es similar al establecido en 2015 por el CERMI. Esto es, un módulo inicial sobre introducción a la vida independiente, un segundo módulo sobre marco normativo, un tercer módulo relativo a la naturaleza y las funciones del asistente personal, otro módulo relativo a la accesibilidad universal y medios de apoyo a la persona y por último un quinto módulo relativo a salud laboral y primeros auxilios.

4.2. CONTRATACIÓN DE ASISTENCIA PERSONAL A TRAVÉS DE UNA EMPRESA

Una de las fórmulas que puede ser empleada para obtener asistencia personal en estos momentos es la contratación del servicio a través de una empresa. Esta vía de acceso a la asistencia personal nos sitúa ante una relación triangular, que desde el punto de vista de la gestión y de las garantías para las personas que prestan servicios como asistentes

personales tal vez resulte en la actualidad y a falta de una regulación específica, la más adecuada. Sin embargo, no es claro que se pueda hacer la misma afirmación respecto de los receptores del servicio si tenemos en cuenta cómo se entiende la asistencia personal a la luz de la Convención y la Observación que la interpreta. Esta vía de provisión de la asistencia personal implica que quien presta servicios como asistente personal se convierte en trabajador por cuenta ajena de la empresa con la que firma el contrato de trabajo y quien recibe el servicio lo contrata directamente con la empresa proveedora a cambio de un precio. De este modo quien presta el servicio de asistencia personal se inserta en el ámbito de organización y dirección de una empresa que será la responsable de fijar los términos generales de la prestación del servicio de asistencia personal y precisamente en este punto encontramos un primera muestra de fricción entre esa solución y el contenido de la Convención y por ende con la filosofía del MVI, que, como ya se ha dicho, nace sobre la base de tres principios dirigidos a que las personas con diversidad funcional logren el mayor grado de autonomía posible: la desinstitucionalización, la desmedicalización y la desprofesionalización²¹ y, en consecuencia, defiende que la persona con diversidad funcional que recibe la asistencia personal y quien la presta entablen una relación directa y sin intermediarios lo que no ocurre cuando es una empresa o una entidad, en definitiva, un tercero, quien contrata a la persona que presta el servicio de asistencia personal para “enviarla” a prestar el servicio a un determinado cliente que lo requiere²². Parece difícil negar que la contratación

²¹Vid. NOVOA, J.A, RUEDA, M. y HORTAL, C., “La asistencia personal. Un recurso económicamente eficiente, social y humanamente deseable, y excelente en el empleo”, *Foro de Vida Independiente y Divertad*, 2011, (http://forovidaindependiente.org/wpcontent/uploads/residencias_asistente.pdf.)

²²Vid. ARNAU RIPOLLÉS, M.S., RODRÍGUEZ-PICAVEA, A. y ROMAÑACH CABRERO, J., “Asistencia personal para la vida independiente y la promoción de la autonomía de las personas con diversidad funcional (discapacidad) en España”, *Foro de Vida Independiente y Divertad* (disponible en

intermediada a la que aquí se alude neutraliza una parte importante de esa relación personal y de confianza que se antoja como pilar sobre el que construir la asistencia personal.

4.3. LAS OFICINAS DE VIDA INDEPENDIENTE: ¿CONTRATACIÓN O INTERMEDIACIÓN LABORAL?

Como ya se ha indicado el MVI, que nació en EEUU a finales de los años 60 y comienzo de los 70 del pasado siglo, no llegó a ciertos países europeos hasta los años 80 de ese mismo siglo, cuando en Reino Unido, Suecia, Noruega e Irlanda comenzó a expandirse su filosofía y la figura del asistente personal para personas con diversidad funcional se convirtió en una realidad²³. En el caso de España habrá que esperar

https://uplalaunion.org/wpcontent/uploads/2020/04/Asistente_personal.pdf (Consultado en enero de 2023).

²³En el caso de Suecia donde la asistencia personal es un recurso habitualmente utilizado, en 2016 había 89.400 asistentes personales, de los que 19.500 eran empleados de la administración local y 69.900 eran empleados privados. En cuanto a su perfil, según el informe municipal sobre la situación laboral de los asistentes personales (Personligaassistentsarbetsituation. Faktaochdebatt: Kartläggning av nyarbetsmarknad) el 70,8% eran mujeres, tres de cada cuatro tenían menos de 35 años, el 33,25 % era de origen extranjero y el 19 % no había nacido en Suecia. Su nivel educativo era muy variado, aunque una proporción bastante alta, el 29% tenía una educación universitaria. El sueldo que perciben estos profesionales depende de varios factores. Por un lado, del salario base mensual y por otro, de la capacidad individual de cada profesional. El salario base mensual varía si se trabaja para la administración local o para una entidad privada. En septiembre de 2016, los primeros tenían un sueldo base mensual de 22.600 SEK/mes (2.486 € aproximadamente), mientras que los que tenían un contrato con una entidad privada su sueldo era de 22.700 SEK/mes (2.497 € aproximadamente). Independientemente de para quien trabajen estos profesionales son evaluados anualmente por su empleador, que utiliza los llamados "factores de evaluación individuales" que son las obligaciones laborales, responsabilidades, resultados, formación y habilidades. En el caso de que estos trabajadores estén contratados directamente por la persona beneficiaria de la asistencia personal o en su caso, por su tutor, cobran por horas de servicio, siendo la media del salario base por hora de 136,30 SEK (14,99 € aproximadamente). Aunque estos profesionales no se acogen a ningún convenio colectivo, el empleador tiene que cumplir con la Ley de tiempo de trabajo, la Ley de protección del empleo y Ley del ambiente de trabajo (Arbetsstidslagen,

hasta el 2001, cuando nace el Foro de Vida Independiente y Divertad (FVID, en adelante), que tras asumir los postulados del MVI comienza a realizar una importante labor de difusión para dar a conocer lo que defiende esta corriente filosófica y reclama por primera vez la asistencia personal como un derecho. Precisamente, como consecuencia del activismo ejercido por este Foro se logró introducir en el título de la LAPAD la expresión "autonomía personal" y se incorporó entre los recursos que esta norma prevé una prestación económica pública para la asistencia personal.

Hablar del MVI lleva aparejado conocer también una práctica que se había puesto en marcha en EEUU y que consiste en la creación de los Centros u Oficinas de Vida Independiente (OVI, en adelante). En España se pusieron en funcionamiento un número reducido de ellas, inicialmente solo existían en Barcelona, Galicia, Andalucía o Madrid y aunque en la actualidad hay más comunidades autónomas o incluso ayuntamientos que las están poniendo en marcha hay que decir que su presencia es testimonial y actúan bajo diferentes fórmulas jurídicas. La Federación de Vida Independiente (FEVI, en adelante) las define como entidades "por y para el empoderamiento de las personas con diversidad funcional", que constituyen un espacio de formación y emancipación entre iguales y en las que destaca entre todas las actividades que suelen desarrollar, por lo que aquí interesa, la de ser una "herramienta para gestionar la contratación de la asistencia

LagenomställningsskyddochArbetsmiljölagen). En relación a las condiciones laborales de los asistentes personales también dependen del convenio colectivo al que pertenezca la entidad para la que trabajen y, según este, puede variar el número de horas laborables semanales, los días festivos, el periodo vacacional, los viajes y asignaciones de contingencia. Por último, señalar que en Suecia todos los profesionales de la asistencia personal están representados en todos los convenios colectivos por la organización sindical Kommunal. Hasta aquí algunas de las características del modelo que, salvo modificaciones posteriores, se seguía en Suecia en 2016 en relación con la asistencia personal. Una descripción más detallada de dicho modelo en LÓPEZ, M. y RUIZ, S., "Asistencia personal: equiparación de derechos y oportunidades. Comparativa entre Suecia y España", *Revista Española de Discapacidad*, nº 6 (II), 2018, págs. 103 y ss.

personal y los diferentes proyectos de vida a nivel administrativo”²⁴.

No resulta sencillo saber con certeza cuántas Oficinas de Vida Independiente existen en nuestro país. La página web de la FEVI da cuenta de la existencia de cuatro, la de Barcelona, la de Galicia, la de Andalucía y la de Madrid, así como de proyectos de creación en Valencia, Zaragoza o Canarias, pero hay que indicar que en el momento en que se realiza este trabajo, la OVI de Valencia aparece mencionada en la página web de la FEVI como un proyecto a desarrollar cuando la consulta de otras fuentes permite afirmar que ya es una realidad. Y también existen otras Oficinas de Vida Independiente, como la OVI “Sole Arnau Ripollés” de Castellón, que en diciembre de 2022 suspendió temporalmente su actividad por la falta de recursos económicos para financiar el proyecto de vida independiente, que no aparecen mencionadas en la página web de la FEVI²⁵. El modelo que siguen estas Oficinas en relación con la asistencia personal no es uniforme, lo que genera dificultades para quien en un momento dado puede requerir asistencia personal y no sabe a dónde acudir al no contar con un punto de referencia común con independencia de la comunidad autónoma o de la ciudad en la que resida. Así, en el caso de la OVI de Barcelona destaca su labor de intermediación laboral en virtud de la cual se limita a poner en contacto a personas interesadas en desempeñar la actividad de asistencia personal y a personas que la requieren. En cambio, en la Oficina de Vida Independiente “Daniel Díaz”, que está dirigida a fomentar la autonomía de las personas con discapacidad intelectual y es gestionada por el Ayuntamiento de Madrid, y entre cuyas funciones destaca la de asesorar a los usuarios en la elaboración de su Plan Individual de Vida Independiente (PIVI, en adelante) y “poner a disposición”

²⁴<https://federacionvi.org/contenido/oficinas-de-vida-independiente/> (consultado en enero de 2023)

²⁵<https://ovicastello.org/> (consultado en enero de 2023).

una bolsa de 8.000 horas de asistencia personal al año²⁶, en la línea de lo que ya se hacía en la OVI de la Comunidad de Madrid, que se define como: “un servicio de prestación de horas de asistencia personal, dirigido a personas con discapacidad física severa que realicen una vida activa ligada a la formación o al empleo”.

Esta aproximación al modo de operar de algunas de las Oficinas de Vida Independiente que existen en nuestro país, que en la mayoría de los casos operan como entidades sin ánimo de lucro gestionadas por personas con diversidad funcional con el objetivo, entre otros, de que la asistencia personal se desarrolle en los términos fijados por el MVI, nos permite concluir, no sin ciertas cautelas, pues no ha sido posible acceder a sus estatutos, que su labor en relación con la prestación del servicio de asistencia personal se traduce en la mayor parte de los casos en una función de intermediación, limitándose a poner en contacto a posibles usuarios del servicio con personas que lo proporcionan, pero en todo caso sin que medie entre la OVI y los asistentes personales relación jurídica alguna. Gestionan, en realidad, una especie de bolsa de empleo, realizan una importante labor de difusión acerca de la figura del asistente personal y en algunos casos también proporcionan formación en la materia.

4.4. CONTRATACIÓN DIRECTA ENTRE QUIEN RECIBE LA ASISTENCIA PERSONAL Y QUIEN LA PRESTA

Si tenemos en cuenta las reglas existentes en nuestro ordenamiento jurídico en materia de contratación y la exigua regulación existente sobre la prestación de asistencia personal cabe concluir que nada impide que las personas con diversidad funcional que requieran de asistencia personal contraten de manera directa a una persona para que les

²⁶<https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Personas-condiscapacidad/Oficina-de-la-Vida-Independiente-para-personas-condiscapacidad-intelectual-y-o-del-desarrollo/?vgnextfmt=default&vgnextoid=6471cfc5ca3ee710VgnVCM2000001f4a900aRCRD&vgnnextchannel=0d50b7dd3f7fe410VgnVCM1000000b205a0aRCRD> (consultado en enero de 2023).

preste dicho servicio. Dejando clara esta posibilidad es preciso preguntarse qué calificación jurídica merece dicha contratación y si es posible llevarla a cabo en los términos establecidos en la Convención. Una respuesta posible sería entender que entre esos dos sujetos se formaliza un contrato por medio del cual una persona presta un servicio a otra a cambio de un precio, en definitiva, que nos encontramos ante un arrendamiento de servicios en virtud del cual, y de acuerdo con el art. 1544 CC, una persona se compromete a prestar un servicio a otra por un precio cierto.

En el plano de la protección social, entre las fórmulas que mencionan las normas autonómicas que regulan la prestación económica pública de asistencia personal para proveerse de dicho servicio se menciona la contratación directa a través de un contrato y es frecuente encontrar en dichas normas una referencia a que en los casos de contratación directa quien preste el servicio de asistencia personal ha de estar dado de alta "en el régimen general o especial de autónomos, según corresponda"²⁷, lo que nos obliga a plantearnos si una persona que presta servicios de asistencia personal en los términos expuestos puede tener la consideración de trabajador por cuenta propia.

Como se sabe, el trabajo autónomo es el que se realiza conforme al criterio de quien trabaja sin sujeción a órdenes o instrucciones de otro. De ahí que la clave para concluir que estamos ante trabajo autónomo radica en el modo de organización y ejecución del trabajo. Autónomo es el que puede decidir y organizar su actividad de la manera que considere más oportuna, particularmente en lo que se refiere a su objeto (qué clase de productos o servicios quiere ofrecer al mercado), a los medios (instalaciones, materiales o instrumental, que va a emplear para ello) y a las condiciones de ejecución (lugar de trabajo, tiempo de dedicación, forma

²⁷Así se establece, por ejemplo, en la Resolución de 24 de mayo de 2022, de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, de primera modificación de la resolución de 30 de junio de 2015, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se regulan las prestaciones del SAAD en el Principado de Asturias.

de producción, etc.)²⁸. A este respecto cabe preguntarse si es posible equiparar la relación entre quien presta asistencia personal y quien la recibe en los términos ya descritos y la relación de un técnico de electricidad o de informática, por ejemplo, que acuden al domicilio del cliente para reparar o instalar, en definitiva, prestar un servicio a otra persona de acuerdo con sus conocimientos. Ciertamente, la apariencia externa de las dos situaciones nos puede llevar a engaño e incluso puede hacernos pensar que la línea divisoria resulta borrosa, pues en los dos casos estamos ante un contrato que se concierta para prestar un servicio, pero para que tenga la consideración de trabajo autónomo ha de ser realizado con autonomía funcional, como así ocurre cuando se contratan los servicios de un profesional, que será el que decida qué servicio ha de prestarse y cómo o en qué términos concretos ha de prestarse. No existe en nuestro ordenamiento jurídico un contrato de actividad en el que de manera uniforme encajen todos los supuestos en los que se presta un servicio o se realice una obra a cambio de un precio. En efecto, el contrato de trabajo no deja de ser un contrato de actividad, pero lo que lo diferencia de otros contratos de actividad como el de arrendamiento de servicios o el de obra, regulados por el derecho civil, o incluso de otros regulados por el derecho mercantil y que no vienen al caso, es el modo de ejecutar dicha actividad²⁹.

Por tanto, si dicho servicio se presta bajo las notas de laboralidad la relación jurídica que se entabla ya no nace de un contrato de arrendamiento de servicios, sino de un contrato de trabajo cuya existencia se presume. Y precisamente esta última afirmación nos obliga a

²⁸Vid. GARCÍA MURCIA, J., "Trabajo autónomo", en VV.AA. (coord. GARCÍA MURCIA, J.), *El trabajo Autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 21 y ss.; SANGUINETI RAYMOND, W., "La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?", *Temas Laborales*, nº 40, 1996, págs. 53 y ss.

²⁹Sobre la materia Vid. CASTRO ARGÜELLES, M.A., "Contratos de actividad no laborales", en VV.AA. (coord. GARCÍA MURCIA, J.), *El trabajo Autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 83 y ss.

preguntarnos si las notas de laboralidad concurren cuando se presta el servicio de asistencia personal, tal y como es entendida la asistencia personal a la luz de la filosofía del MVI y de la Convención. La contestación a esta pregunta nos obliga a revisar dos nociones clave del Derecho del Trabajo sobre las que se viene estudiando y reflexionando desde el nacimiento de esta disciplina como tal: los conceptos de trabajador por cuenta ajena y de empleador³⁰. Comenzando por el primero y siguiendo una definición clásica que se infiere del art. 1.1 ET la persona que trabaja por cuenta ajena es aquella que voluntariamente presta sus servicios retribuidos para otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario y dentro de su ámbito de organización y dirección. Subsumir el caso que nos ocupa en dicha definición encuentra no pocos inconvenientes relacionados, principalmente, con lo que entendemos por ámbito de organización y dirección de otra persona y por ende con el concepto de empleador o empresario. Pero esas dificultades, en esencia, sólo están presentes si el empresario en el que pensamos es un empleador clásico, esto es consagrado a una actividad estrictamente económica. Y, como se sabe, en nuestro ordenamiento existen también otros tipos de empleadores.

El art. 1.2 ET establece que a los efectos de dicha Ley (el Estatuto de los Trabajadores) serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas susceptibles de ser calificadas como trabajadoras por cuenta ajena. Se trata de una noción, la de empleador, que se conforma por referencia a otra, la de la persona que trabaja

³⁰Al respecto *Vid.* BAYÓN CHACÓN, G., "El concepto de dependencia en el Derecho del trabajo: ¿comienza una evolución jurisprudencial?", *Revista de Derecho Privado*, 1961, págs. 461 y ss.; ALONSO OLEA, M., "En torno al concepto de contrato de trabajo", *Anuario de Derecho Civil I*, 1967, págs. 117 y ss.; GOERLICH PESSET, J.M., "Evolución reciente de los criterios de calificación del contrato de trabajo", *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, nº 3, 1998, págs.100 y ss; OJEDA AVILÉS, A., "Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato", *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 60, 2007, pág. 375 y ss.

por cuenta ajena y una primera aproximación al supuesto objeto de análisis en este apartado, esto es, a aquél en el que se lleva a cabo una contratación directa por parte de quien recibe la asistencia personal nos permite afirmar que no estamos aquí ante un empresario. La persona que recibe la asistencia personal podrá en su caso ser considerada empleadora de quien la presta, pero no estamos aquí ante la noción de empresario en sentido mercantil, aunque ello no es óbice para sostener que sí estamos ante una relación laboral, pues constatada la utilización de los servicios de otro, es indiferente la presencia o ausencia de organización productiva o ánimo de lucro en quien lo hace.

Tradicionalmente cuatro son las notas que venimos identificando como propias de laboralidad. Así, la concurrencia de voluntariedad, onerosidad, ajenidad y dependencia permite afirmar que se está ante trabajo asalariado. Sin embargo, en algunos casos no resulta sencillo identificar la presencia de alguna de dichas notas o si es posible identificarlas presentan una fisonomía un tanto particular que nos obliga a revisar la interpretación que de ellas viene realizado tanto la doctrina como los tribunales. En todo caso y por lo que aquí interesa parece claro que la contratación directa de una persona para que preste el servicio de asistencia personal por parte de quien la va a recibir nos sitúa ante una relación personal que se entabla a través de un contrato en el que pueden concurrir dichas notas. De todas ellas, seguramente las que pueden plantear alguna duda y requerir por tanto cierta aclaración son las de ajenidad y dependencia, pero más allá de dichas aclaraciones resulta evidente que nos encontramos ante una relación personal en la que una parte lleva a cabo una prestación bajo las indicaciones e instrucciones de la otra y en la que la dependencia funcional resulta incluso más intensa que en otras muchas prestaciones a las que atribuimos el adjetivo laboral, pues no debemos olvidar que a la luz de la Convención la asistencia personal "ha de ser controlada por la persona con discapacidad" que en relación con el servicio puede "planearlo y decidir por quién, cómo, cuándo, dónde y

de qué manera se presta”, además de “dar instrucciones y dirigir a las personas que lo presten”, debiendo ser los asistentes personales “supervisados” por quien reciba el servicio³¹.

En esas condiciones quien recibe la asistencia personal se convierte en un empleador en sentido jurídico laboral, pues quien está dispuesto a pagar por la prestación de asistencia personal dará las instrucciones correspondientes para llevarla a cabo lo que nos permite identificar una suerte de “círculo organicista”, incluso se puede hablar de una especie de “programación de la actividad” y por supuesto y de manera más clara y sin reservas de la existencia de órdenes e instrucciones acerca de cómo llevar a cabo la actividad. Precisamente, a este respecto merece la pena hacer hincapié en que entre los criterios e indicios de laboralidad que se han universalizado, entendiendo por tal su incorporación por parte de la OIT en su Recomendación nº 198, están el sometimiento a cierto control sobre cómo ha de desarrollarse la prestación y la ausencia de la capacidad de elección por parte de quien presta un servicio para decidir cuándo o dónde se ha de trabajar. Indicios que de manera clara y evidente están presentes en el caso que nos ocupa, pues quién recibe la prestación de asistencia personal es quién ha de tomar todas las decisiones acerca de la prestación del servicio (dónde y cuándo) y de cómo ha de llevarse a cabo el apoyo requerido³². Es más, si atendemos a la concepción tantas veces referenciada de la autonomía personal, sólo la efectiva presencia de esta facultad decisoria de la persona receptora del servicio permite identificar la prestación como asistencia personal en sentido estricto.

³¹Así lo afirma RUEDA MONROY, J.A., “La asistencia personal, ¿una relación laboral típica?”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº6 (2), 2021, págs. 203 y ss.

³²Así lo afirma SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “La idea de inserción en el círculo organicista del empresario, los criterios de programación del trabajo y la existencia de órdenes e instrucciones”, en VV.AA. (ed. GARCÍA MURCIA, J.), *El concepto de trabajador asalariado: notas legales, indicios y otros indicadores de origen jurisprudencial*, Tecnos, Madrid, 2023, págs. 31 y ss.

La Recomendación nº 198 de la OIT también menciona la exclusividad entre los indicios cuya presencia puede inclinar la balanza hacia una calificación de laboralidad, esto es, la realización de una prestación única o principalmente para otro y precisamente la asistencia personal, bajo la filosofía del MVI y tal y como es concebida en la Convención, aspira a convertirse en un servicio basado en la exclusividad, sin perjuicio de que excepcionalmente, y siempre y cuando, quien reciba la asistencia lo autorice, resulte posible “compartir” a la persona que preste la asistencia personal con otro usuario. Una limitación de libertad que estaría en manos de quien emplea, pero que en todo caso debería ser adecuadamente compensada³³.

Además, y sin lugar a duda, como ya se adelantó, estamos ante la ejecución de la prestación de un servicio sometida a las instrucciones que proporcione quien la reciba; de hecho, no encontramos aquí ni autonomía técnica ni autonomía funcional de quien presta el servicio. La primera no existe porque quien presta la asistencia personal no es un cuidador, no es un ayudante a domicilio, no es personal sanitario, y tampoco es, en fin, un empleado al servicio del hogar. Se trata de una persona que realizará actividades propias de cada una de las facetas que acabamos de mencionar, pero lo hará en sustitución de quien recibe la asistencia personal como si fuera esa persona y en la medida en que dicha persona no pueda hacerlo, por lo que la ejecución se llevará a cabo de acuerdo con los criterios fijados por ella. Quien presta la asistencia personal actuará cuando se le indique apoyando al usuario y en los términos que se le indiquen, de modo que si a quien presta la asistencia personal le parece apropiado hacer las cosas de una determinada manera, pero el usuario quiere que se hagan de otra, será esta voluntad la

³³Acerca de la exclusividad como renuncia expresa a la libertad de trabajo *Vid.* MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. “Exclusividad o plena dedicación del trabajador”, en VV.AA. (ed. GARCÍA MURCIA, J.), *El concepto de trabajador asalariado: notas legales, indicios y otros indicadores de origen jurisprudencial*, Tecnos, Madrid, 2023, págs.211-242 y ss.

que prevalezca, siempre, claro está, que no se ponga en peligro la integridad física o la salud de quien presta el servicio de asistencia personal.

En cuanto a la autonomía funcional tampoco está presente en esta relación. No será quien presta el servicio de asistencia personal quien fije el lugar en el que se va a prestar la asistencia o los períodos de inactividad o de disponibilidad ni mucho menos podrá decidir si acepta o no la tarea encomendada. Estamos ante una relación personal en la que el margen de autonomía por parte de quien presta el servicio es prácticamente inexistente. Por la propia configuración que de la asistencia personal hace la Convención hay que decir que no estamos aquí ante una especie de acompañamiento errático, se trata de contar con el apoyo de una persona que actuará cuando sea requerida, pero que en todo caso ha de estar disponible, atenta y preparada para intervenir cuando resulte necesario y para no hacerlo cuando no resulte preciso. No se trata de un encargo que se pueda rechazar, ni siquiera en el caso de que la asistencia se pudiera compartimentar en tareas muy concretas y delimitadas en el tiempo, pues eso no sería la relación de asistencia personal a la que nos estamos refiriendo y que implica la existencia de una necesidad permanente. En definitiva, el objeto de dicho contrato es una suma de disponibilidad de tiempo e intervenciones de diferente intensidad en régimen de clara dependencia.

En cuanto a la presencia de la ajenidad en la relación que nos ocupa, resulta obvio que calificar a la persona que recibe la prestación como empresaria no es adecuado en este caso, pero ello no impide calificarla como empleadora a los efectos que aquí interesan. Es obvio que el servicio que presta quien ejerce como asistente personal lo hace para otra persona y lo hará a cambio de una retribución fijada por las partes, con independencia de la situación económica del usuario y con independencia de que tenga derecho a la "cofinanciación" de dicho servicio a través de la obtención de la prestación económica pública de asistencia personal prevista en el marco del SAAD por lo que podría decirse que también en

estos casos "se aprecia el traspaso de la utilidad patrimonial del trabajo del trabajador al empleador, que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios"³⁴.

Por lo que se refiere a los útiles del trabajo, serán proporcionados por el usuario, así en las situaciones más severas de ausencia de autonomía se pueden requerir herramientas que han de ser aportadas por quien recibe la asistencia, por ejemplo grúas eléctricas o vehículos adaptados y si bien es cierto que nos encontramos ante una situación en la que resulta complicado valorar la presencia de ajenidad, sí es claro que quien ejerza su actividad como asistente personal no corre con "los riesgos del mercado", expresión que en este caso implica que quien le ha contratado está obligado a abonar la cantidad pactada, con independencia de su situación económica y/o patrimonial y con independencia de que se tenga o no derecho a la prestación económica pública de asistencia personal.

En definitiva, las personas con diversidad funcional que requieran asistencia personal pueden elegir libremente el grado de control personal a ejercer sobre la prestación del servicio en función de sus circunstancias vitales y sus preferencias, pero resulta necesario aclarar que incluso en los casos en los que un tercero desempeñe la función de "empleador", la persona con diversidad funcional seguiría ostentando el poder de decisión respecto de la prestación, de modo que en los casos en los que quien recibe la prestación no sea parte del contrato encontramos una suerte de reparto de competencias, que nos acerca al esquema propio de las Empresas de Trabajo Temporal, si bien, *mutatis mutandis*, pues no hay que perder de vista que quien recibe finalmente el servicio no es una empresa usuaria es una persona física que requiere la asistencia personal, pero que ejercerá el núcleo duro del haz de facultades que componen el poder de dirección. Una situación que a la luz de la Convención no

³⁴ Así lo afirma RUEDA MONROY, J.A., "La asistencia personal, ¿una relación laboral típica?", e-Revista Internacional de la Protección Social, nº 6 (2), 2021, págs. 203 y ss.

parece la más recomendable, de ahí que nos decantemos por la contratación directa aun cuando plantea numerosos problemas e hipotéticas disfunciones, tal y como veremos a continuación.

5. UN NUEVO ENFOQUE ANTE UNA MISMA REALIDAD: INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA *VERSUS* CUIDADO Y ASISTENCIA. DISFUNCIONES DE LA REGULACIÓN EXISTENTE

Hasta aquí hemos podido comprobar cómo la diversidad funcional puede ser abordada desde un paradigma diferente. A lo largo de los años se ha ido pasando de un modelo a otro y todavía hay mucho camino por recorrer hasta alcanzar uno que se base en la independencia y la autonomía de las personas con diversidad funcional y que esos sean los pilares sobre los que se sustente cualquier medida susceptible de ser adoptada. Siguiendo ese nuevo enfoque y a la luz de los postulados del MVI y de los contenidos de la Convención hemos visto que la asistencia personal podría ser un recurso muy adecuado para lograrlo. Asimismo, se ha hecho un esfuerzo por mostrar cómo la asistencia personal debería proporcionarse a través de una relación directa que vinculase únicamente a la persona que recibe la asistencia y a quien la proporciona. No obstante, también hemos podido observar que hoy por hoy la actividad de asistente personal de personas con diversidad funcional es poco conocida o al menos no lo es en las condiciones en las que la hemos presentado. De hecho, al margen de las fórmulas de contratación que abordaremos a continuación, otro de los asuntos relacionados con la asistencia personal que suscita más debate y que denota la ausencia de unanimidad acerca de cuál es la finalidad de la asistencia personal en el contexto objeto de análisis es el relativo a la formación con la que han de contar aquellas personas que quieran desarrollar dicha actividad. En efecto, no existe en la actualidad una posición clara acerca de cuál ha de ser la formación susceptible de ser exigida a una persona que quiera prestar servicios como asistente personal, tal y como ya hemos visto.

Al margen de este breve apunte relativo a la formación, es el momento ahora de analizar hasta qué punto las fórmulas de contratación que conocemos son adecuadas o no y en este último caso por qué no lo son, pues solo después de dicho análisis se podrán avanzar algunas conclusiones y una solución propositiva.

5.1. ASISTENCIA PERSONAL A TRAVÉS DE EMPRESA O ENTIDAD PRIVADA: DISFUNCIONES EN LA FASE DE SELECCIÓN, EN LA DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Esta inicial aproximación a la existencia de una nueva forma de mirar a una realidad preexistente pone de manifiesto con una claridad manifiesta el papel que ha de desempeñar el Derecho transformándose para adaptarse así a esas nuevas formas de observar lo que nos rodea. Nuestro empeño en adaptar las nuevas situaciones o las nuevas formas de analizar las que ya existen a las regulaciones preexistentes genera disfunciones que en algunos casos han de hacernos ver que otra regulación es necesaria, pues la vigente no sirve, entre otras razones porque no tiene por qué hacerlo, sobre todo cuando dicha regulación nace con una función diferente a la que le queremos imponer y en un contexto y con unos elementos que nada tienen que ver con la situación cuya regulación se precisa.

Ya hemos visto que a grandes rasgos en nuestro país dos son las vías para conseguir asistencia personal. Por una parte, se puede acudir a una empresa o a una entidad especializada que se encargará de ofrecer dicha asistencia y para un laboralista esta opción podría ser la más adecuada de entre todas las posibles en este momento y ello por dos razones principalmente. La persona que requiere la asistencia personal recibirá el servicio y la persona que lo presta quedará amparada por el Derecho del Trabajo en tanto que trabajadora por cuenta ajena. No obstante, esta solución que podría resolver provisionalmente el problema plantea no pocas dificultades tanto para quien recibe el servicio como para quien lo presta.

Comenzando por la persona con diversidad funcional que recibe el servicio de asistencia personal debería reconocérsele la posibilidad de elegir a la persona que le va a prestar el servicio, no olvidemos lo que se afirma en la Observación donde se describe la asistencia personal como un servicio cuasi gestionado por quien recibe la asistencia personal. La pregunta surge a la hora de formalizar el contrato de trabajo, pues nos encontramos ante una relación triangular donde la última palabra en el proceso de selección debería tenerla el usuario del servicio. Por tanto, las empresas que se dediquen a este tipo de actividad deberían hacer partícipe al usuario del servicio de la fase de selección, de modo que pudiera conocer y elegir a los potenciales trabajadores, que posteriormente le prestarían el apoyo.

Salvado este primer obstáculo la relación contractual se entablaría entre la empresa proveedora del servicio de asistencia personal y quien hubiera sido seleccionado para prestar el servicio. Estaríamos ante una persona que trabajaría por cuenta ajena para una empresa prestando un servicio por el que la empresa recibiría un precio que sería abonado por la persona que recibe la asistencia personal. Las condiciones de trabajo de quien presta el servicio de asistencia personal en estos casos deberían ser las establecidas en el convenio colectivo, si es que nos encontramos ante un supuesto en el que la empresa hubiera negociado un convenio, porque si no es así nos encontramos ante un problema adicional de regulación, pues, como ya se ha reiterado en este trabajo, la asistencia personal no se puede identificar con la ayuda domicilio ni con otros tipos de actividad correspondiente a sectores en el que sí se han negociado convenios colectivos. Esta situación obliga a concluir que en estos momentos, salvo que se haya negociado un convenio de empresa habrá que estar a lo establecido en el contrato cuyo contenido ha de respetar las previsiones estatutarias.

Por otra parte, en los casos en los que la asistencia personal se requiera más allá de lo que corresponde a los parámetros de la jornada máxima establecida en la norma será necesario

contar con más de una persona que preste el servicio. Además, será necesario diseñar un régimen de suplencias para que quienes apoyen a una persona con diversidad funcional puedan ejercitar sus derechos, entre otros, al descanso, a las vacaciones o a la conciliación. En estos casos la empresa será la encargada de gestionar todos estos aspectos que tienen que ver con la prestación del servicio, pero sin perder de vista que para ofrecer un servicio acorde con los parámetros que fija la Convención sería recomendable, en realidad más que recomendable, imperativo, que quien reciba la asistencia personal haya podido participar en la elección de todas esas personas. En otras palabras, quien recibe la asistencia personal debería poder implicarse en la selección de todos los integrantes del equipo humano que le va a prestar dicho servicio.

Estrechamente vinculada a esta cuestión está otra de gran importancia, cual es el régimen de extinción del contrato. Es obvio que nos encontramos ante una relación basada en la confianza, pero la confianza se predica respecto del receptor del servicio y de quien lo preste no respecto de quien trabaja y la empresa, de ahí que surjan dudas cuando los motivos de la extinción del contrato no se basan en ninguna de las causas que el Estatuto de los Trabajadores prevé sino en el hecho de que quien venía recibiendo la asistencia personal ya no está conforme con el modo en que se le presta la asistencia personal sin que resulte posible aportar ninguna justificación objetiva más allá de dicha disconformidad y una potencial pérdida de confianza. En estos casos hay que preguntarse si la empresa, que es la verdadera empleadora, podría alegar alguna causa de extinción del contrato. Parece obvio que en todo caso debería tratarse de una causa de extinción objetiva, pues si un incumplimiento del contrato pudiera probarse estaríamos ante otro supuesto (en su caso, disciplinario). Sin embargo, en los casos en los que no hay tal incumplimiento en sentido estricto habrá que preguntarse cuál sería la causa de extinción susceptible de ser alegada y, no sin reservas, podríamos reflexionar acerca de si la ineptitud sobrevenida podría ser alegada en este caso, eso sí,

entendiendo la aptitud como una cualidad en sentido amplio y sin perder de vista y, aquí encontramos otra de las dificultades de aplicar reglas generales a un supuesto tan particular, que quien pretende la cesación del servicio de asistencia personal no es el empleador sino el receptor del servicio, que, por otra parte, no tiene ninguna relación contractual con quien desarrolla la actividad de asistencia personal. Asimismo, habría que preguntarse cómo actuar y que causas alegar si es la empresa la que quiere extinguir el contrato de trabajo por razones ajenas a la prestación del servicio y a la opinión de quien lo recibe.

5.2. ASISTENCIA PERSONAL MEDIANTE CONTRATACIÓN DIRECTA: LA MEJOR OPCIÓN, PERO NO CON LA REGULACIÓN VIGENTE

Otra de las fórmulas susceptibles de ser utilizadas para recibir el servicio de asistencia personal es la contratación directa. En este caso sería la persona con diversidad funcional que recibe la asistencia quien firmaría el contrato y la cuestión que hay que aclarar es si dicho contrato puede ser calificado como contrato de trabajo y si, en consecuencia, constituye fuente de una relación laboral. Tal y como ya se expuso en el epígrafe anterior los términos y condiciones en los que ha de prestarse la asistencia personal a la luz de la filosofía del MVI y del contenido de la Convención solo permiten una conclusión, cual es la de que la persona que preste servicios bajo ese nivel de ausencia de autonomía que ya ha sido descrito en tanto que complemento requerido por la persona con diversidad funcional para lograr autonomía y una vida independiente ha de ser considerada trabajadora por cuenta ajena con todo lo que ello supone. Ahora bien, esta afirmación que no admite matices suscita una serie de dudas que ponen de manifiesto lo particular de esta situación.

Situación que se caracteriza por un conjunto de particularidades que se predicen tanto respecto de quien trabaja como de quien recibe la asistencia personal y se convierte en empleadora a estos efectos. Cierto es que la definición de persona empleadora en nuestro ordenamiento

jurídico laboral viene dada por referencia a la de persona que trabaja por cuenta ajena, pero tal vez sería preciso revisar esas categorías cuando nos encontramos ante la contratación directa de una prestación personal. En estos momentos, el ordenamiento jurídico no ofrece categorías intermedias, de modo que si convenimos estar en presencia de una persona que trabaja por cuenta ajena al otro lado tendremos a una persona que ejerce como empleadora con todas las obligaciones y derechos que ello implica para las dos partes. En este caso quien reciba la asistencia personal debería cumplir con las obligaciones correspondientes en materias tan variadas como la protección de seguridad social, las condiciones de trabajo y el variado elenco de derechos de los que quien trabaja por cuenta ajena es titular. No habría matices ni modulaciones, pues ni siquiera se cuenta en este caso con una regulación "especial". En efecto, cabría la posibilidad de plantearse si la relación que se entabla en el caso que nos ocupa podría llegar a tener la consideración de relación laboral de carácter especial de tal manera que, siguiendo el esquema de la relación laboral de carácter especial al servicio del hogar se podrían introducir aquellas matizaciones que resultasen pertinentes. Sin embargo, no es esta la situación ante la que nos encontramos, pues el legislador no ha calificado todavía esta situación como relación laboral de carácter especial y por tanto se aplicará el Derecho del Trabajo en bloque, con todas las disfunciones que ello genera y que en algunos casos serán las mismas que están presentes en la prestación de servicios en el hogar, pese a contar con una regulación especial.

En definitiva, al margen de las elucubraciones que podamos plasmar aquí, lo único cierto en este momento es que no existe una regulación particular para el caso que nos ocupa y por tanto la condición de persona empleadora de quien recibe la asistencia personal porque la prestación que recibe se lleva a cabo en condiciones de dependencia, ajenidad, onerosidad y voluntariedad implica la aplicación en bloque de todas las obligaciones que el Derecho del Trabajo impone a quien ostenta dicha condición. Huelga decir que todos los

inconvenientes que ya nos hemos planteado en el apartado anterior en relación con la extinción del contrato, la ausencia de regulación convencional o las

dificultades para aplicar el cumplimiento de las reglas en materia de prevención de riesgos o incluso las dificultades para vigilar el cumplimiento de las normas en general también están presentes, incluso con más intensidad, cuando la relación se entabla entre dos personas físicas donde una recibe la asistencia y la otra la proporciona.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de estas páginas la asistencia personal es una figura poco desarrollada en nuestro país, que aparece expresamente mencionada en una norma en 2006 cuando se aprueba la Ley de Dependencia y, en consecuencia, se hace referencia a ella en tanto que servicio que puede ser cofinanciado a través de una prestación económica pública. Al margen, por tanto, queda la asistencia personal que se pueda ofrecer en otros contextos. Centrándonos en la asistencia personal que se presta a personas con diversidad funcional y teniendo en cuenta las necesidades que cada una de las partes implicadas en la relación a través de la cual se ofrece y se recibe este servicio, observamos que se está ante una situación carente de regulación propia³⁵ y cuyas particularidades dificultan de manera intensa la aplicación de las existentes³⁶, pues los

³⁵De hecho, como indican algunos autores "la calificación de una actividad como trabajo asalariado o trabajo autónomo resulta insuficiente e insatisfactoria cuando ninguno de esos moldes se ajusta correctamente a las peculiaridades de la concreta prestación de servicio, de modo que, más allá de la calificación concreta, resulta imprescindible reclamar al legislador la debida diligencia para dotar a cada actividad de un estatuto jurídico adecuado, sin que ello deba implicar, por cierto, un nivel de protección cualitativamente más reducido por las actividades no laborales". En este sentido *Vid.* RODRÍGUEZ CARDO, I., "El margen de libertad del trabajador para rechazar encargos o tareas", en VV.AA., (ed. GARCÍA MURCIA J.), *El concepto de trabajador asalariado: notas legales, indicios y otros indicadores de origen jurisprudencial*, Tecnos, Madrid, págs. 53-77) y ss.

³⁶Una presentación de diferentes vías para ampliar las fronteras y hacer extensible cierto nivel de protección a aquellas personas que interaccionen

moldes jurídicos con los que contamos no sirven ante una nueva forma de analizar una realidad ya existente, la de la diversidad funcional.

Hoy por hoy en España existe un número todavía exiguo de personas que prestan este servicio, pero las que lo hacen ya han detectado la necesidad de reivindicar sus derechos en tanto que personas que trabajan por cuenta ajena. De hecho, reivindicando la necesidad de contar con un convenio propio, aunque cuando la contratación se realiza de manera directa la dificultad relativa a los sujetos legitimados para su negociación, que también existe en otros tipos de actividad, como por ejemplo el servicio del hogar (aun cuando en este caso sí se cuenta con una regulación específica en tanto que relación laboral de carácter especial) es evidente. Por el contrario, en el caso de que la asistencia personal se preste a través de una empresa el mencionado obstáculo se superaría, pero ciertamente no existen convenios colectivos que regulen las condiciones de trabajo de quienes prestan servicios en empresas dedicadas a la asistencia personal. De hecho, como convenio colectivo de referencia se viene empleando el XV convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, en cuya clasificación profesional se menciona al asistente/a personal, si bien es cierto que por una parte no se incluye ningún precepto adicional referido a esta figura y por otra, en el ámbito funcional descrito en el convenio tampoco hace referencia a la prestación de asistencia personal que ha sido objeto de análisis en este trabajo³⁷.

Así pues, la primera cuestión a tener en cuenta es cómo calificar a quien presta el servicio de asistencia personal, que en todo caso y con independencia de la fórmula empleada

en el denominado por el autor "mercado de servicios profesionales", en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M., "Todos eran mis hijos: el Derecho del Trabajo y las nuevas formas de empleo", *Derecho & Sociedad*, nº 53, 2020, págs. 185 y ss.

³⁷Por resolución de 6 de febrero de 2023, de la Dirección General de Trabajo se registra y publica el Acuerdo parcial del XV Convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

para proveerse del servicio sería a nuestro juicio trabajo por cuenta ajena. De otro lado, ya se han puesto de manifiesto cuáles son las dificultades que provoca la ausencia de regulación y cuáles serían los puntos clave que de manera urgente deberían abordarse, haciendo especial hincapié, con carácter previo a la contratación, en el contenido de la formación básica requerida que en determinados casos y en función de las necesidades de apoyo concreto de quien recibe la prestación podría requerir cierta formación adicional, formación que podría tratarse como una exigencia específica del puesto de trabajo y no como un requisito formativo exigible con alcance general, al que además en algunos casos se condiciona el que quien reciba la prestación de asistencia personal pueda cofinanciarla a través de la prestación económica pública correspondiente.

En materia de contratación parece claro que la figura adecuada es la contratación indefinida ordinaria, pues por el tipo de actividad y su finalidad difícilmente podemos hablar de necesidades de carácter temporal³⁸. En el otro extremo de

³⁸También surgen dificultades a la hora de articular un hipotético periodo de prueba al que en una muestra clara de confusión se hace referencia en el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se definen y establecen las condiciones específicas de acceso a la asistencia personal en el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia. En dicho Acuerdo, aprobado por Resolución de 24 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales. En este Acuerdo se hace referencia a los requisitos para la contratación y prestación del servicio de asistencia personal y después de afirmar que “la persona en situación de dependencia, o quien ostente su representación legal en el caso de personas menores, podrá contratar la asistencia personal en el régimen general a través de empresas o entidades privadas o directamente con persona dada de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social, en ambos casos, debidamente acreditadas para la prestación del servicio” y tras recalcar que en estos casos, “la Administración no formará parte ni será responsable de la relación contractual establecida”, se afirma que “el contrato deberá celebrarse por escrito y en el mismo deberá incluirse, como mínimo, el objeto de la asistencia personal, la duración, el periodo de prueba, la jornada de trabajo, la retribución y las causas de extinción y la cláusula de confidencialidad”. Nos encontramos aquí ante una previsión que, teniendo en cuenta una interpretación sistemática, parece predicarse tanto de los casos de contratación por cuenta ajena como de aquellos en los que se

la relación laboral será necesario modular algunas de las causas de extinción que se prevén con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores, tal y como se ha hecho a la hora de regular aquellas relaciones laborales especiales en las que la confianza entre las partes desempeña un papel muy importante. Por último, nos encontramos ante un escenario en el que la flexibilidad en relación al horario será un componente importante, lo que debería ser tenido en cuenta a la hora de fijar la retribución.

Enumeramos aquí solo algunos de los puntos en los que debería centrarse una posible regulación que al llevarse a cabo debería no perder de vista la necesidad de equilibrar el derecho a la autonomía de las personas con diversidad funcional y el derecho a la dignidad, con todo lo que ello supone desde el punto de vista de las condiciones de trabajo, de quienes prestan un servicio personal a cambio de una retribución³⁹. Estamos ante lo que ya se está empezando a calificar como “un nicho de empleo”⁴⁰. Algunos sindicatos, asociaciones y políticos así lo entienden. De hecho, en algunos casos se está empleando dinero público a través de los programas correspondientes para impartir el curso básico de asistencia personal⁴¹, que además en algunos otros se dirige de manera específica a ciertos colectivos, como por ejemplo “mujeres en riesgo de exclusión social”⁴².

contrata a un trabajador autónomo, lo que resulta hasta cierto punto desconcertante, pues la terminología empleada en dicha previsión nos acerca al trabajo por cuenta ajena y no al trabajo autónomo, lo que permitiría afirmar, no sin cautela, que existe cierta preferencia por la calificación de laboralidad cuando de la prestación de asistencia personal se trata; cuestión diferente es que dicha contratación se realice de manera directa.

³⁹Precisamente para la defensa de sus derechos y con el fin de hacerse oír se ha constituido una Plataforma de profesionales de la asistencia personal: <https://asistenciapersonal.wordpress.com/tablon-de-anuncios>.

⁴⁰Al respecto consultar: <https://www.uqt.es/el-desarrollo-de-la-asistencia-personal-podria-significar-un-nicho-de-empleo> (consultado en enero de 2023).

⁴¹Tal es el caso del Principado de Asturias (<https://cocemfeasturias.es/curso-asistente-personal.html>).

⁴² Tal es el caso del curso propuesto por Predif (Plataforma Representativa de Personas con Discapacidad Física y Orgánica) financiado por el Ministerio

Ciertamente, se puede estar aquí ante una oportunidad que nace de la necesidad, pero lo cierto es que en la actualidad no parece que en España el número de personas que prestan una actividad de asistencia personal sea muy numeroso. Sin embargo, en la medida en que esta figura es cada vez más conocida y sobre todo en la medida en que se está llevando a cabo un incremento de las cuantías de la prestación económica pública dirigida a cofinanciar el servicio por parte de las comunidades autónomas no es descabellado pensar que la presencia de esta figura irá en aumento. Es por ello que nos encontramos en el momento oportuno para abrir el debate sobre las condiciones en las que debería prestarse este servicio. Estamos ante una actividad que por el modo en que se desarrolla y principalmente cuando es llevada a cabo mediante una contratación directa entre quien presta el servicio y quien lo recibe podría quedar al margen del ordenamiento jurídico porque aunque el hecho de que en los casos en los que se cumplan los requisitos para tener derecho a una prestación económica pública para cofinanciar el servicio impone un control público que evita caer en esa situación, el problema reside en que hasta el momento, como ya se ha visto, los datos ponen de manifiesto que hay más personas prestando el servicio que número de prestaciones concedidas lo que evidencia la existencia de casos probablemente calificados de manera inadecuada o directamente fuera del ordenamiento jurídico y a ello se añade el hecho de que salvo algunas excepciones no se está reflexionando sobre las necesidades de las personas que prestan el servicio sino de manera prioritaria sobre las de quienes lo reciben.

No perdamos de vista que tanto la ayuda a domicilio como la prestación al servicio del hogar con las que con cierta

de Derechos Sociales y Agenda 2030 y dirigido a 20 mujeres en riesgo de exclusión social en cada una de las comunidades autónomas en las que se puso en marcha (Asturias, Islas Baleares, Castilla León y Andalucía (https://formacion.predif.org/nota_prensa/predif-lanza-la-quinta-edicion-de-su-curso-de-asistencia-personal-para-mujeres-en-riesgo-de-exclusion-social) (consultado en enero de 2023).

frecuencia se confunde la asistencia personal son actividades desarrolladas principalmente por mujeres y en un porcentaje importante por mujeres extranjeras. Las condiciones de trabajo en estos ámbitos no son en muchos casos las deseables y debería evitarse que esta figura de la asistencia personal venga a incrementar la lista de actividades caracterizadas por la precariedad y por la economía sumergida. Al contrario, abrir este debate debería servir para aclarar de una vez por todas las diferencias entre unas figuras y otras y adoptar las medidas que resulten necesarias para que en todos esos ámbitos la prestación de servicios se lleve a cabo sin perder de vista que aquí no resulta aplicable la expresión "el cliente siempre tiene razón", cuando de trabajo por cuenta ajena hablamos se impone el equilibrio entre las partes del contrato y si éste no se genera de manera natural, como suele ser habitual, será necesario que la norma actúe de contrapeso.

Por último, este análisis tal vez resulte pertinente para lanzar una propuesta de regulación. Ya se ha dicho en varios apartados de este trabajo que quien presta servicios de asistencia personal no es un cuidador, ni alguien que presta la ayuda a domicilio y también hay que decir que no es personal al servicio del hogar familiar. Precisamente, por esta última razón entendemos que no es aplicable en estos momentos a la figura del asistente personal el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar y que es la que conciertan el titular del hogar, como empleador, y el empleado que, dependientemente y por cuenta de aquél, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar. De acuerdo con el art. 1.4 RD 1620/2011, de 14 de noviembre, el objeto de esta relación laboral especial son los servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar y otros trabajos que se

desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos.

Se observa que el objeto de esta prestación de servicios es muy amplia y cabría preguntarse si la asistencia personal podría encajar también en el objeto de esta relación laboral. A nuestro juicio la asistencia personal que se presta a las personas con diversidad funcional en los términos ya expuestos y a la luz de los postulados del MVI y de la Convención no encajaría en el ámbito de aplicación de esta norma por varias razones. La primera de ellas y tal vez la más evidente es que cuando nos referimos a la asistencia personal la contratación se realiza entre quien la requiere o su representante y quien la presta, pero en ningún caso se contrata con el titular del hogar familiar, que en algunos casos podrá coincidir con la persona que requiere el servicio, pero en otras no. No ha de perderse de vista que a la luz de la Convención y de la Observación que la interpreta, tal y como se establece en su art. 19, el servicio de asistencia personal ha de ser autogestionado por quien lo reciba o por su representante.

En segundo lugar, la referencia a tareas domésticas circunscribe la actividad al espacio del hogar, aunque ciertamente la referencia a la atención a las personas del hogar, la referencia a las actividades de conducción y la utilización de la expresión "otros análogos", referida a otros trabajos o tareas similares nos permitiría concluir que la asistencia personal, tal y como la entendemos a la luz del MVI podría estar amparada por la regulación de esta relación laboral especial, pero para ello deberían hacerse los ajustes normativos pertinentes en dicho reglamento. En otras palabras, la regulación de la relación laboral especial al servicio del hogar podría servir, pero no sin modificaciones previas.

De todos es conocido que la existencia de una regulación especial en el caso del servicio del hogar familiar se justifica, tal y como se expone en la propia exposición de motivos del RD 1620/2011, en las condiciones particulares en las que se

realiza la actividad de las personas que trabajan en el servicio doméstico y que son las que hacen precisa su existencia. En primer lugar, se menciona entre las razones ofrecidas por la norma el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva presididos por los principios de la economía de mercado, argumentación que, si bien con algunos matices, es totalmente extrapolable al supuesto que nos ocupa, pues en el caso de la asistencia personal ya hemos visto que se presta tanto en el hogar familiar como fuera del hogar familiar, pero en todo caso de manera estrechamente unida al círculo íntimo de quien recibe la prestación, ya sea porque se desarrolle para facilitar la autonomía en el ámbito del trabajo, del estudio, del ocio o de cualquier otro en el que se pueda requerir el apoyo. No obstante, cuando de la asistencia personal se trata ni el contenido de la prestación se circunscribe a un contenido doméstico (aunque estas tareas no se pueden excluir) ni se permite prestar al conjunto del hogar familiar, sino única y exclusivamente a la persona con diversidad funcional.

Asimismo, en la exposición de motivos del RD 1620/2011, se menciona, como corolario de la motivación anteriormente expuesta, la presencia "del vínculo personal basado en una especial relación de confianza que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar, que no tiene que estar forzosamente presente en los restantes tipos de relaciones de trabajo". Esa misma relación de confianza está presente entre quien presta asistencia personal y quien la recibe, por lo que no ha de perderse de vista esta cercanía que existe entre uno y otro tipo de actividad, cercanía que, claro está, no justifica, pues ya hemos dado cuenta de las diferencias de calado que existen entre una y otra a lo largo de este trabajo, que la relación laboral de asistencia personal se pueda llevar a cabo en estos momentos al amparo del RD 1620/2001, pero

sí justifica la propuesta que aquí se plantea y que pasa por una reforma normativa.

De hecho, caben dos opciones, que a nuestro juicio son aceptables, si bien una es mejor que la otra. La primera de ellas pasaría por una reforma del RD 1620/2011 para ampliar su ámbito de aplicación, lo que supondría una modificación del art. 1 e incluir la prestación de asistencia personal. Posteriormente y tras un análisis exhaustivo del contenido reglamentario cabe concluir que las particulares condiciones de trabajo o reglas que se incluyen en la norma se podrían aplicar a la prestación de asistencia personal con la única salvedad de lo establecido en el art. 10.1 RD 1620/2011, precepto que hace referencia a la conservación del contrato de trabajo ante el cambio de la persona empleadora y que en el supuesto de la asistencia personal teniendo en cuenta su finalidad no resulta aplicable.

La segunda opción, en cambio, es a nuestro juicio la óptima y pasaría por diseñar una relación laboral de carácter especial de asistencia personal. Nos parece la óptima porque entendemos necesario que la figura de la persona que presta servicios como asistente personal se desligue de otras figuras con las que habitualmente se confunde, como pueda ser, entre otras, la del servicio del hogar y precisamente la ampliación del ámbito de aplicación del RD 1629/2011 que sugeríamos anteriormente haría flaco favor a esa importante labor de discernimiento entre la figura del asistente personal y otras con las que pueda confundirse. Por otra parte, la exposición de motivos de una hipotética norma que regule la relación laboral de carácter especial de asistencia personal sería una buena vía para recordar los compromisos que el Estado ha adoptado al ratificar la Convención, norma en la que la asistencia personal aparece como un recurso apropiado que los Estados han de facilitar para lograr la autonomía de las personas con diversidad funcional.

El contenido regulatorio de esa hipotética norma que introdujese la figura del asistente personal en nuestro ordenamiento jurídico podría ser muy parecido al del RD 1620/2011, si bien con los ajustes pertinentes, como el ya

mencionado en relación con la subrogación contractual. Asimismo, sería el momento apropiado para abordar otras cuestiones como las dificultades existentes para que en este ámbito y mientras no se produzcan los cambios pertinentes en materia de negociación colectiva se haga referencia a convenios colectivos que regulen las condiciones de trabajo, de ahí que resultarían superfluas las referencias a este tipo de instrumento normativo, tal y como lo son en estos momentos las que contiene el RD 1620/2011. Por tanto, las fuentes de la relación laboral de quien preste la asistencia personal serían la norma que regulase, en su caso, la relación laboral de carácter especial, la normativa laboral común y claro está el contrato de trabajo en el que nada impediría que se incluyese la aplicación del contenido de un convenio colectivo que por sus características pudiera resultar adecuado, tal y como nos ha recordado recientemente el TS⁴³.

Así pues, aprovechando el impulso que se está dando tanto a nivel estatal como autonómico a la regulación de la prestación económica pública de asistencia personal centrada en la subida de sus cuantías y en ciertos aspectos relativos a la formación que han de poseer las personas que presten el servicio de asistencia personal sería oportuno centrar la atención en las condiciones en que dicha asistencia se va a prestar. La escasa atención que se ha mostrado hasta el momento sobre esta cuestión ha de sustituirse por un análisis detenido de esta figura y del contexto en que se desarrolla la actividad lo que impone no perder de vista la existencia de otras prestaciones con las que se puede confundir. Y todo ello sin olvidar que una apropiada regulación de esta forma de empleo evitaría repercusiones negativas de género, habida cuenta del carácter mayoritariamente femenino del colectivo de personas trabajadoras de este ámbito, avocadas con

⁴³La STS de 25 de enero de 2022 (rec. 1565/2020) establece que en los casos en los que no haya convenio colectivo aplicable “nada impide que las partes acuerden libremente la aplicación de un convenio colectivo” de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.1.c ET, en relación con los arts. 1089, 1091 y 1255 CC, siendo éste un pacto con objeto lícito.

frecuencia a la precariedad y la economía sumergida si no disponen de un idóneo marco regulatorio de su actividad.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, M., "En torno al concepto de contrato de trabajo", *Anuario de Derecho Civil I*, 1967.
- ARNAU RIPOLLÉS, M.S., RODRÍGUEZ-PICAVEA, A. y ROMANACH CABRERO, J., "Asistencia personal para la vida independiente y la promoción de la autonomía de las personas con diversidad funcional (discapacidad) en España", Foro de Vida Independiente y Diversidad (disponible en https://uplalaunion.org/wpcontent/uploads/2020/04/Asistente_personal.pdf (Consultado en enero de 2023)).
- ARNAU, S., "Ley de la "In-Dependencia": pasos necesarios para garantizar un nuevo Derecho de Ciudadanía", *Lan harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, nº 15, 2006.
- BÁÑEZ, T. y COMAS DÁRGEMIR, D., "El asistente personal como trabajador/a: su implantación en España", *Zerbitzuan, Revista de Servicios Sociales*, nº 74, 2021.
- BAYÓN CHACÓN, G., "El concepto de dependencia en el Derecho del trabajo: ¿comienza una evolución jurisprudencial?", *Revista de Derecho Privado*, 1961.
- CARBONELL, G. J., "Marco jurídico de la relación entre el asistente personal para la independencia y la persona con diversidad funcional", *Trabajo Social Hoy*, nº 84, 2018.
- CASTRO ARGÜELLES, M.A., "Contratos de actividad no laborales", en VV.AA. (coord. GARCÍA MURCIA, J.), *El trabajo Autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Aranzadi, Pamplona, 2007.
- GARCÍA MURCIA, J., "Trabajo autónomo", en VV.AA. (coord. GARCÍA MURCIA, J.), *El trabajo Autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

- GOERLICH PESSET, J.M., "Evolución reciente de los criterios de calificación del contrato de trabajo", *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, nº 3, 1998.
- GONZÁLEZ, P., "Convención de derechos de las personas con discapacidad: Discapacidad intelectual, educación y autonomía personal", *Ambiente Jurídico*, nº 22, 2019.
- GÓNZALEZ-RODRÍGUEZ, R., VERDE-DIEGO, C., & PÉREZ-LAHOZ, V., "La asistencia personal como nuevo derecho de ciudadanía: una mirada desde el ámbito de los profesionales de la salud", *Cultura De Los Cuidados*, nº 23 (53), 2019.
- LÓPEZ, M. y RUIZ, S., "Asistencia personal: equiparación de derechos y oportunidades. Comparativa entre Suecia y España", *Revista Española de Discapacidad*, nº 83, 2018.
- LÓPEZ, M. y RUIZ, S., "Asistencia personal: equiparación de derechos y oportunidades. Comparativa entre Suecia y España", *Revista Española de Discapacidad*, nº 83, 2018.
- LÓPEZ, M. y RUIZ, S., "Asistencia personal: equiparación de derechos y oportunidades. Comparativa entre Suecia y España", *Revista Española de Discapacidad*, nº 6 (II), 2018.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. "Exclusividad o plena dedicación del trabajador", en VV.AA. (ed. GARCÍA MURCIA, J.), *El concepto de trabajador asalariado: notas legales, indicios y otros indicadores de origen jurisprudencial*, Tecnos, Madrid, 2023.
- NOVOA, J.A, RUEDA, M. y HORTAL, C., "La asistencia personal. Un recurso económicamente eficiente, social y humanamente deseable, y excelente en el empleo", *Foro de Vida Independiente y Diversidad*, 2011, (http://forovidaindependiente.org/wpcontent/uploads/residencias_asistente.pdf.)
- OJEDA AVILÉS, A., "Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato", *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 60, 2007.

- RODRÍGUEZ CARDO, I., "El margen de libertad del trabajador para rechazar encargos o tareas", en VV.AA., (ed. GARCÍA MURCIA J.), *El concepto de trabajador asalariado: notas legales, indicios y otros indicadores de origen jurisprudencial*, Tecnos, Madrid, 2023.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M., "Todos eran mis hijos: el Derecho del Trabajo y las nuevas formas de empleo", *Derecho & Sociedad*, nº 53, 2020.
- RUEDA MONROY, J.A., "La asistencia personal, ¿una relación laboral típica?", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº6 (2), 2021.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "La idea de inserción en el círculo organicista del empresario, los criterios de programación del trabajo y la existencia de órdenes e instrucciones", en VV.AA. (ed. GARCÍA MURCIA, J.), *El concepto de trabajador asalariado: notas legales, indicios y otros indicadores de origen jurisprudencial*, Tecnos, Madrid, 2023.
- SANGUINETI RAYMOND, W., "La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?", *Temas Laborales*, nº 40, 1996.