

LIBERTAD DE ELECCIÓN DEL PERFIL DE LA PERSONA ASISTENTE PERSONAL Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, DE 7 DE DICIEMBRE DE 2023 (ASUNTO C-518/2023)

Ricardo Esteban Legarreta
Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

Abstract

La sentencia objeto de comentario aborda un debate, enmarcado en la Directiva 2000/78, entre la protección del derecho a la no discriminación por razón de edad en el acceso al empleo y el derecho de las personas dependientes a escoger con amplia libertad a las personas asistentes personales. El Tribunal entiende que, bajo la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, la norma europea debe primar el derecho de autodeterminación de las personas con discapacidad

The sentence focuses on the dispute, based on Directive 2000/78, between the right not to be discriminated on the grounds of age, and the right of disabled people to choose, in a free way, the employees performing the job of personal assistance. The court asserts that, under the International Convention on the rights of People with Disabilities, the right of selfdetermination of people with disabilities should be the main priority of European law.

Title: Freedom of choice of the profile of the personal assistant and age discrimination in access to employment. Personal assistant and age discrimination in access to employment. commentary on the judgment of the court of justice of the European Union of 7 December 2023 (case c-518/2023)

Palabras clave: discapacidad; asistencia personal, discriminación por razón de edad; autodeterminación de personas con discapacidad

Key words: disability; personal assistance, discrimination on the grounds of age; selfdetermination of disabled people

IUSLabor 1/2024, ISSN 1699-2938, p. 169-179

DOI. 10.31009/IUSLabor.2024.i01.06

Fecha envío: 31.1.2024 | Fecha aceptación: 28.2.2024 | Fecha publicación: 13.3.2024

Sumario

1. Antecedentes. Aspectos centrales del litigio
2. Alcance de la cuestión prejudicial
3. Un elemento esencial en la sentencia: la protección de los derechos y libertades de las personas con discapacidad
 - 3.1. Planteamiento. La importancia de la autodeterminación y calidad de vida de las personas con discapacidad
 - 3.2. El papel de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad
4. Incidencia de la STJUE de 7 de diciembre de 2023 en España
5. Bibliografía

1. Antecedentes. Aspectos centrales del litigio

La sentencia objeto de comentario tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por la Sala laboral del Tribunal Supremo alemán, a propósito del encaje en la Directiva 2000/78, del Consejo, de 27 de noviembre, de las disposiciones del Código Alemán de la Seguridad Social, que permiten a los usuarios de la protección por dependencia de Seguridad Social, condicionar por razones de edad, el perfil de las personas profesionales de la asistencia personal.

En este sentido, el Código de Seguridad Social parte de una obligación general de las entidades gestoras, de atender los deseos de las personas beneficiarias de prestaciones “*en la medida en que sean razonables*”. Sobre esta previsión general, el Libro IX del Código de la Seguridad Social insiste en la cuestión, en el supuesto de prestaciones de Seguridad Social que “*tengan como finalidad promover la participación [en la Sociedad]*”, de modo que se tendrán en cuenta los deseos legítimos de los beneficiarios de las prestaciones”.

En este contexto, una beneficiaria de prestaciones de asistencia mostró su interés por que la persona que fuese a desempeñar funciones de asistente personal en el marco del sistema de Seguridad Social acreditase un perfil adecuado a sus intereses. La beneficiaria de la asistencia personal era una joven de 28 años y estudiante universitaria, razón por la que estaba interesada en un perfil “joven”.

Basándose en estas circunstancias la empresa encargada de la prestación de la asistencia personal, a fin de dar respuesta al interés de la beneficiaria, formuló una oferta de empleo dirigida a profesionales de asistencia personal de sexo femenino que debían acreditar, preferentemente, entre “*dieciocho y treinta años de edad*”. Una de las candidatas rechazadas en el proceso de selección, nacida en 1968, demandó a la empresa alegando discriminación por razón de edad en atención a que había sido rechazada del proceso de selección por no acreditar el requisito de edad “preferente” mencionado en la oferta, circunstancia que no fue negada por la empresa AP Assistenzprofis.

En la demanda, la candidata rechazada solicitaba una compensación económica de conformidad con la legislación alemana (Ley General de Igualdad de Trato), al haber sido rechazada bajo una base discriminatoria –su condición de trabajadora madura— teniendo en cuenta que “*en particular, una edad determinada es irrelevante para la relación de confianza que impera en tal asistencia personal*”. Por su parte, la empresa demandada, en atención a las circunstancias del caso, entendió que la oferta de empleo era adecuada a la legislación alemana, ya que la preferencia personal de la trabajadora en materia de edad constituía un requisito profesional esencial y determinante (Ley General de Igualdad de Trato en relación con el Código de la Seguridad Social). Más allá de lo anterior, para

la empresa se trataba, en suma, de un requisito proporcionado y objetiva y razonablemente justificado en atención a las circunstancias concurrentes.

2. Alcance de la cuestión prejudicial

El litigio dio lugar a dos pronunciamientos divergentes en la jurisdicción social alemana ya que, mientras que el Tribunal de instancia de lo Laboral de Colonia estimó la demanda por discriminación, el Tribunal Regional de lo Laboral de Colonia apreció el recurso formulado por la empresa. Tras la interposición de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, la Sala de lo Laboral del Tribunal, plantea cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A este respecto, la cuestión parte del encaje del litigio en el marco de la Directiva 2000/78 y en el dato, no controvertido, de que la trabajadora no ha sido contratada a causa de su edad, de modo que objetivamente se ha constatado una discriminación por razón de edad.

En la cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo alemán plantea si los artículos 2.5; 4.1; 6.1 y 7 de la Directiva 2000/78, interpretados a la luz de los artículos 26 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 19 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, *“deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que la contratación de una persona que presta asistencia personal esté supeditada a un requisito de edad, con arreglo a una normativa nacional que prevé la toma en consideración de los deseos individuales de las personas que, debido a su discapacidad, tienen derecho a prestaciones de servicios de asistencia personal”*.

Como puede observarse, la cuestión prejudicial alcanza a un amplio abanico de preceptos de la Directiva 2000/78. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no lleva a cabo un análisis exhaustivo de la cuestión prejudicial planteada y centra su pronunciamiento en el artículo 2.5 de la Directiva. De este modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea obvia examinar si la condición de edad (joven) era un requisito profesional esencial y determinante (artículo 4.1), o si podía encajar en el marco de justificaciones de diferencias de trato por motivo de edad expresadas en el artículo 6.1 de la Directiva –planteamiento claramente forzado a la luz de dicho precepto¹- o, en fin, si

¹ Como es sabido, el artículo 6 de la Directiva 2000/78 otorga a los Estados miembros la Facultad de disponer qué diferencias de trato por razón de edad no sean discriminatorias si están justificadas por una finalidad legítima, *“incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo”*, una noción abierta pero que se identifica parcialmente con una serie de condiciones que se recogen en las letras a), b) y c) del artículo 6.1 de la Directiva, y que tampoco dejan espacio para ser tenidas en cuenta en la sentencia objeto de comentario. A título de ejemplo, es evidente que no es objeto de debate *“El establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un periodo de actividad razonable previo a la jubilación”* (artículo 6.1 c) Directiva 2000/78).

cabía justificar la medida (artículo 7.1) en la prevención o compensación de desventajas ocasionadas por cualesquiera de los motivos expresados en el artículo 1 de la Directiva². En sus conclusiones de 13 de julio de 2023, el Abogado General postula que el Tribunal fundamente su pronunciamiento en el artículo 2.5 de la Directiva. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea opta por seguir este planteamiento, considerando que el artículo 2.5 Directiva, a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Convención de la ONU de 2006, puede dar cobertura a la legislación alemana, mientras que el resto de los preceptos alegados, no ofrecen tantas garantías.

En todo caso, son particularmente interesantes algunas de las reflexiones expresadas por el Abogado General sobre la edad como requisito esencial o determinante en el debate. En este sentido, coincido con la conclusión de que ser joven no constituye un requisito esencial y determinante para acompañar, en el marco de la asistencia personal, a jóvenes dependientes en su día a día. Para ello, se recuerda la necesidad de interpretación restrictiva de la excepción -considerando 23 de la Directiva 2000/78- al tiempo que se aportan dos puntualizaciones de particular interés. La primera, que ser joven no constituye una de las características “*objetivamente indispensables para la realización de las actividades profesionales de que se trate*”; en el caso, la asistencia personal. La segunda, que nos hallamos ante un componente intensamente subjetivo, ya que otra personas asistida con el mismo perfil de edad, “*podría considerar que la experiencia y la madurez adquiridas durante la vida profesional de una asistente personal de mayor edad le permitirían responder de una manera más adecuada a sus necesidades*”³.

En este sentido, la sentencia se centra en determinar si la posibilidad de condicionar la contratación con base en los deseos de la persona beneficiaria de asistencia personal puede considerarse, de acuerdo con el artículo 2.5 de la Directiva, una medida necesaria para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y, sobre todo, “*la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos*”. En el caso, lo que parece estar en juego es el derecho a la autodeterminación de las personas con discapacidad.

Por lo demás y como señala el Abogado General en el punto 51 (nota 9) de sus conclusiones, nadie cuestiona un aspecto de interés a la luz de Directiva 2000/78, y es

Puede verse un análisis de estas cuestiones y de la jurisprudencia recaída en SOLÀ MONELLS, Xavier, “La imposición de límites máximos en la edad de acceso al empleo”, *IUSLabor*, nº 3, 2016, p. 1 y ss.

² En lo que concierne al artículo 7.1 de la Directiva, el precepto se dirige a la compensación de desventajas en la vida profesional, y lo cierto es que en este caso no es objeto de debate la compensación de desventajas profesionales de personas con discapacidad, cuestión resaltada por el Abogado General en el punto 93 de sus Conclusiones.

³ Apartado 86 de las Conclusiones del Abogado General en el procedimiento.

que la oferta de empleo se dirigía exclusivamente a personas de sexo femenino. Dada la necesidad general de acompañamiento de la persona asistida, que en este caso era una joven estudiante universitaria, parece necesario -acceso a aseos públicos de mujeres-, o deseable -asistencia en domicilio de persona con un alto grado de dependencia-, que la persona beneficiaria de la asistencia personal sea acompañada por una persona asistente mujer. En todo caso, creo que en este punto podría evitarse el debate a propósito del carácter esencial y determinante del sexo femenino o masculino en este tipo de ofertas de empleo y derivarse la cuestión hacia la protección de la autodeterminación de las personas con discapacidad. En el bien entendido que pueden concurrir circunstancias -en el caso, una mayor comodidad de la persona dependiente con personas del mismo sexo en espacios de intimidad- que justifiquen el criterio de elección de la persona asistida.

3. Un elemento esencial en la sentencia: la protección de los derechos y libertades de las personas con discapacidad

3.1. Planteamiento. La importancia de la autodeterminación y calidad de vida de las personas con discapacidad

Ya he señalado que en su sentencia de 7 de diciembre de 2023, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea basa su pronunciamiento en la necesidad de valorar si la normativa alemana estaba ordenada a proteger derechos y libertades de los ciudadanos (artículo 2.5 Directiva 2000/78). Ciertamente, el propio Tribunal advierte que esta excepción deberá ser objeto de interpretación restrictiva, señalando al respecto el precedente de la jurisprudencia del propio tribunal –STJUE de 12 de enero de 2023 asunto C-356/21—en la que el Tribunal había fallado contra la posibilidad, prevista en la legislación polaca, de rechazar la contratación civil de servicios por razón de orientación sexual. A decir verdad, como veremos, ambos casos son difícilmente comparables, si bien planea sobre la sentencia objeto de comentario la sombra de una afectación excesiva al derecho a la no discriminación por razón de edad.

La sentencia de 7 de diciembre de 2023 centra el debate en un terreno mucho más sensible, como es el derecho de las personas con discapacidad a su autodeterminación personal. A decir verdad, la cuestión se focaliza no tanto en los derechos del conjunto de la ciudadanía, que podrían estar contemplados en general en el artículo 2.5 de la Directiva, sino en los de un colectivo particularmente vulnerable, lo que permite al Tribunal abordar la cuestión con mayor comodidad.

Ahora bien, tal derecho se contrapondría, lógicamente, al de las personas a no ser discriminadas por razón de edad cuando aspiran a acceder a un empleo para el que están cualificadas y para el que cumplirían las condiciones para un desempeño satisfactorio

(artículos 1 y 3.1 a) Directiva 2000/78). Ello nos aboca a reflexionar a propósito de la solidez del derecho de elección por parte de la persona asistida, que es clave en la resolución objeto de comentario.

3.2. *El papel de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad*

En este sentido, cabe plantearse si existe un derecho “amplio” a la elección del perfil de edad de la persona asistente. Y como se verá, el respaldo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 es evidente, siendo esta la clave de bóveda de la STJUE de 7 de diciembre de 2023. Para ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuenta con los antecedentes de la legislación alemana reguladora de las prestaciones de asistencia personal en el marco de la Seguridad Social, que establecen que en materia de prestaciones orientadas a “*promover la participación en la Sociedad*” se tendrán en cuenta los deseos legítimos de las personas beneficiarias, a lo que se añade la consideración de “*la situación personal, la edad, el sexo, la familia y las necesidades religiosas e ideológicas de los beneficiarios*”.

Parece evidente que con ciertas dosis de prudencia y ponderación, la legislación alemana da cobertura a ese margen de elección por razón de edad ejercido por la persona beneficiaria, teniendo en cuenta que se trataba de una persona de 28 años, que alegaba, además, las razones que llevaban a reclamar, preferentemente, un perfil joven: la persona asistente iba a acompañarla en esferas añadidas a la asistencia en el hogar – acompañamiento en el ocio y en la actividad académica en la Universidad-, y que permitirían a la persona asistida sentirse más cómoda en esos espacios de integración. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea va más allá del debate entre la Directiva 2000/78 y la legislación alemana, teniendo en consideración en primer lugar, el artículo 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reconoce el derecho de las personas con discapacidad “*a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad*”.

Además, partiendo del precedente, entre otras, de la STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto Nobel Plastiques Ibérica (C-397-18)⁴ el Tribunal recuerda que la Directiva 2000/78 deberá ser interpretada conforme a la Convención de Naciones Unidas de 2006, aprobada por el Consejo de la Unión Europea mediante Decisión de 26 de noviembre de

⁴ En el momento de cerrarse este comentario se ha publicado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024, Asunto C-631/22, que insiste en la utilización de la Convención de 2006 en la interpretación de la Directiva 2000/78. En el caso, el artículo 27 del Texto Internacional es clave para interpretar el alcance del artículo 5 de la Directiva, a la hora de valorar la adecuación del régimen de la extinción por incapacidad permanente (art 49 TRLET) a la Directiva.

2009⁵. De ahí que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea apunte su resolución en diversos preceptos –generales y específicos– de la Convención de 2006, que plantean una sólida defensa de la autodeterminación de las personas con discapacidad contemplada con carácter general en los artículos 1 y 3 del Texto Intenacional. En este sentido, el artículo 1 de la Convención promueve el respeto a la dignidad inherente de las personas con discapacidad, conectado directamente con el artículo 3 del mismo texto, que señala como el primero de sus principios, “*el respeto de la dignidad de las personas con discapacidad, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas con discapacidad*”.

Profundizando en el valor de la Convención como elemento interpretativo de la Directiva 2000/78, su artículo 19 es clave al subrayar el derecho del colectivo a la inclusión en la comunidad, para lo que deberán implementarse medidas de inclusión y participación efectivas, subrayando la Convención el derecho de las personas con discapacidad a contar con las mismas opciones que el conjunto de la ciudadanía. Asimismo, el artículo 19 a) insiste en el derecho a la elección del lugar de residencia y dónde y con quién vivir. Se trata de una cuestión de plena actualidad ya que muchos países de la Unión Europea están abordando procesos de desinstitucionalización que, resumidamente, pretenderían evitar que las personas con discapacidad sean concentradas y, por ende, segregadas en instituciones residenciales, educativas o laborales. Ahora bien, cabe advertir que la clave no está solo en superar situaciones de segregación, sino que se persigue reforzar la capacidad de decisión de las personas. Y en este marco el artículo 19 b) de la Convención reconoce el derecho a contar, entre otros, con servicios de asistencia personal.

Por si hubiese alguna duda al respecto, la Observación nº 5 (2017) del Comité Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad” insiste en varias cuestiones sobre la asistencia personal, como son: a) el necesario control de la asistencia personal por la persona con discapacidad; b) la capacidad de la persona beneficiaria a la hora de personalizar el servicio y, en fin, c) el derecho de la persona a la autogestión del servicio, lo que le otorga el poder de decisión sobre la asistencia “[a]unque otra entidad desempeñe la función de empleador⁶”.

⁵ Sobre el papel de la Convención en la interpretación del derecho europeo, GUTIÉRREZ COLOMINAS, David, “La difusa frontera entre la protección antidiscriminatoria por razón de discapacidad y la protección de la seguridad y salud en el trabajo de las personas trabajadoras especialmente sensibles. Comentario de la STJUE de 11 de septiembre de 2019”, *Revista de Derecho Social*, nº 87, especialmente, p. 131 a 133.

⁶ Dado el interés de la cuestión, vale la pena reproducir el Apartado 17 d) iv), de la Observación 5/2027, correspondiente al artículo 19 de la Convención. A este respecto, se señala que “*Las personas con discapacidad 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. Aunque otra entidad desempeñe la función de “empleador” la persona con discapacidad sigue detentando el poder*

Ello lleva al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a decidir que la inclusión óptima de una persona dependiente, joven y activa pasa por disponer de margen de elección del profesional que va a prestar la asistencia, lo que comporta la exclusión de demandantes por encima de 30 años. No aceptar este planteamiento implicaría mantener sistemas de otorgamiento de servicios, en los que se privaría a la persona con discapacidad de márgenes de elección. Precisamente, el resultado que la Convención pretende evitar.

En todo caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea insiste en su fallo en la condición de que la concreta medida sea necesaria para proteger los derechos, en el caso, de las personas con discapacidad. Lo que sugiere subrayar las circunstancias concurrentes a fin de confirmar el carácter proporcionado de la medida, Así, la empresa demandada entendió que *“una persona de edad entre 18 y 30 años de edad debido a las características psicológicas y sociales de esa franja de edad, cumplirá mejor esta parte de la asistencia social requerida, en particular al permitir un mejor seguimiento de los estudios y una mejor participación, así como una mejor integración de A. en la vida social universitaria (...) añadiendo que “una persona de una edad próxima a la de A. que preste asistencia personal podría conseguir integrarse más en el entorno social de esta última y, por tanto, reforzar su autonomía y su participación en la vida social”*⁷.

Por lo tanto, más allá de las claves de la asistencia personal en su regulación internacional, pesan en este procedimiento no solo la edad de la persona asistida, -lo que quizás habría aconsejado abrir un poco más la horquilla de edad requerida- sino la importancia que tiene para aquélla su integración como estudiante universitaria, en un entorno en el que cabe presumir una media de edad inferior incluso a la de la propia beneficiaria de la asistencia personal: 28 años. De ahí que la horquilla de edad entre 18 y 30 años parezca aceptable.

Ahora bien, más allá del caso objeto de enjuiciamiento se ha de reflexionar a propósito de cuál es el margen de la autodeterminación o de libertad de configuración de los servicios por parte de las personas con discapacidad. En este sentido, creo que este derecho abre la puerta a futuros litigios que pueden afectar a supuestos más comprometidos que el que es objeto de la STJUE de 7 de diciembre de 2023. En este sentido, una mirada a las cláusulas de discriminación del artículo 17.1 TRLET nos permite anticipar que serían inasumibles ofertas de empleo de asistentes que vetasen a personas de un determinado origen racial o étnico o a personas con una determinada orientación sexual. A este respecto, creo que es importante identificar elementos de

de decisión respecto de la asistencia, es a quien debe preguntarse y cuyas preferencias individuales deben respetarse. El control de la asistencia puede ejercerse mediante el apoyo para la adopción de decisiones”.

⁷ Apartado 68 de las Conclusiones del Abogado General (Procedimiento C-518/22) de 7 de diciembre de 2023.

ponderación que modulen el margen de autodeterminación de las personas beneficiarias de asistencia personal. A título de ejemplo, la legislación alemana tiene en consideración “la situación personal, el sexo, la familia o las necesidades religiosas e ideológicas de los beneficiarios”, circunstancias que en sí mismas abren la puerta a un amplio margen de libertad de elección a la persona dependiente. Por su parte, la Observación nº 5/2027 hace referencia a un poder de elección vinculado a las “circunstancias vitales” de la persona dependiente. Volviendo al supuesto enjuiciado, la preferencia por personas candidatas de entre 18 y 30 años no se basa solo en una suerte de derecho expansivo a la autodeterminación de las personas con discapacidad. Debería basarse también en circunstancias objetivas que permitan fundamentar esa preferencia.

4. Incidencia de la STJUE de 7 de diciembre de 2023 en España

Más allá del peso de la jurisprudencia europea en todos los países miembros de la Unión, me ha parecido oportuno recordar que en España, tras años de un cierto olvido, la asistencia personal, recogida en el artículo 19 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, está siendo reivindicada insistentemente por entidades vinculadas al objetivo de la Vida Independiente. En este sentido, la Resolución de 24 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales (BOE de 30 de mayo de 2023) ha dado publicidad al Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que define y establece las condiciones de acceso a la asistencia personal en el sistema Nacional de Dependencia, precisamente, de conformidad con el artículo 19 de la Ley 39/2006.

Y la cuestión tiene notable interés considerando que el apartado 4 de la Resolución – Requisitos generales y cualificación de las personas que presten servicios de asistencia personal—insiste en el margen de libertad de la persona con discapacidad/dependencia a la hora de escoger a la persona asistente personal. De este modo, en caso de contratación de una persona profesional autónoma, se subraya que la idoneidad será valorada por parte de la persona en situación de dependencia, “sobre la base de su libertad de contratación”. Más interesante, a la luz de la sentencia comentada, es lo previsto para el caso de prestación del servicio llevada a cabo por empresa o entidad interpuesta. En tal caso, la Resolución insiste en que “La idoneidad será valorada por la propia persona en situación de dependencia”. Todo ello lleva a pensar que en España la persona con discapacidad beneficiaria de asistencia personal podría condicionar la oferta de empleo con una intensidad similar a la que hemos visto para el caso de Alemania, no solo porque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo avale, sino porque el planteamiento de las Administraciones competentes, plasmado en el mencionado Acuerdo de 24 de mayo de 2023, va en esta dirección. Sin olvidar que el artículo 3 f) de la Ley 39/2006, de

Dependencia, recoge el principio de personalización de la atención, que tendrá “(...) *en cuenta de manera especial la situación de quienes requieren de mayor acción positiva*”. En cualquier caso, debe observarse que el margen otorgado en nuestro país a la persona dependiente es muy significativo, ya que en caso de contratación laboral y prestación del servicio por una empresa, la persona beneficiaria no solo va a participar en el diseño de la oferta de empleo, sino que puede ser protagonista del proceso de selección ya que la Resolución de 24 de mayo de 2023 subraya que la valoración de la idoneidad de las personas candidatas se deja en manos de las persona beneficiaria de la asistencia personal. En este sentido, cabe sugerir la conveniencia de apuntar a nivel interno, circunstancias que modulen esta libertad ya que la dignidad de la persona con discapacidad, reconocida en el artículo 1 de la Convención y base de su libertad de elección, debería de ponderarse en alguna medida con la protección antidiscriminatoria de las personas que participen en procesos de selección para ser contratadas como asistentes.

Por lo demás, el nuevo artículo 49.2 de nuestra Carta Magna daría un claro apoyo a dicho planteamiento. En este sentido, el nuevo precepto establece que los poderes públicos deben garantizar “la autonomía personal y la inclusión social de las personas” con discapacidad, para lo que deberán respetar su elección y preferencias. Se trata de un redactado que integra la lógica de la Convención en nuestra Constitución y que está en plena sintonía con la sentencia comentada.

5. Bibliografía

GUTIÉRREZ COLOMINAS, David, “La difusa frontera entre la protección antidiscriminatoria por razón de discapacidad y la protección de la seguridad y salud en el trabajo de las personas trabajadoras especialmente sensibles. Comentario de la STJUE de 11 de septiembre de 2019”, *Revista de Derecho Social*, nº 87, especialmente, p. 131-139.

SOLÀ MONELLS, Xavier, “La imposición de límites máximos en la edad de acceso al empleo”, *IUSlabor*, nº 3, 2016, p. 1-28.