

INFORME SOBRE EL ACCESO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A CONTRATOS Y BECAS DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA EN EL ÁMBITO PÚBLICO

Clínica Jurídica sobre Discapacidad
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid

Colmenarejo, mayo de 2018

El presente informe se ha realizado dentro de la Clínica Jurídica de la Universidad Carlos III de Madrid, por parte de la Clínica sobre Discapacidad del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, en el marco de los proyectos "Madrid sin barreras: discapacidad e inclusión social en la Comunidad de Madrid" (S2015/HUM-3330) financiado por la Comunidad de Madrid y "Diseño, accesibilidad y ajustes. El eje de los derechos de las personas con discapacidad" (DER2016-75164-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. El informe se elabora a petición de la Fundación ONCE.

Este programa Clínico ha sido dirigido por Rafael de Asís, y en él han participado como alumnos/as del Grado de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid (Campus de Colmenarejo), siguientes: Almudena Aguiar López del Hierro, Álvaro Bernad Olaizola, Patricia Caballero Fernández, Patricia Cámara Niño, Sandra Cámara Sánchez-Villalba, Gabriela Chamorro Iglesias, Jesús Armando Charinga Gutierrez, Carlos Crespo Hergueta, Jorge de la Torre Ruiz, Candela Ferragut Poyan, Patricia García Bargueño, Gonzalo García Gil, Alvaro Hernández Somolinos, Daniel Lagunas Pradillo, Alba Llorente Rodríguez, Ana Lobo García, Almudena Machuca Romero, Andrea Marcote Arnal, María Martínez Gugel, Daniel Martín Ruiz, Rodrigo Mesa García, Carlos Montiel Minaya, Antonio Paredes Romero, Susana Belén Rivas San Román, Martín Rodríguez Villajos, Esther Santibañez Aliseda, Ignacio Serrano Boter, Blanca Varela Vaquero y Manuel Zafra Coral.

Además, el informe se ha enriquecido con las aportaciones de las profesoras María del Carmen Barranco y Patricia Cuenca, y de las tutoras de la Clínica Irene Vicente, Alana Carvalho, María del Mar Rojas Buendía, Claudia Ponce de León y Magaly Arredondo.

EL ACCESO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A CONTRATOS Y BECAS DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA EN EL ÁMBITO PÚBLICO

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- FUNDAMENTO NORMATIVO. 3.- APLICACIÓN AL CASO. 4.- PROPUESTA

1.- INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad se encuentran con barreras a la hora de acceder a las convocatorias de becas o plazas de investigación y/o docencia en el ámbito público. Existe normalmente una cuota de reserva pero, sin embargo, queda sin efecto por la manera en la que se construye normativamente (o se interpreta). En efecto, en los procesos de selección suele aplicarse una misma nota de referencia, ya sea del expediente o de los méritos del candidato o de la candidata, con independencia de que sea una persona con discapacidad. Esto hace que muchas personas con discapacidad queden fuera del proceso y no tengan acceso a las becas y contratos consecuencia de estos programas.

Para algunos, esta manera de proceder está justificada a la vista del tipo de programas y plazas (investigación y docencia de excelencia). Para otros se trata de una situación de discriminación que debe ser rechazada.

Pues bien, en lo que sigue, se pretende dar una solución a este problema tomando siempre como referencia los derechos de las personas con discapacidad.

2.- FUNDAMENTO NORMATIVO

El artículo **49 de la Constitución** española establece: *“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". Por su parte, el **artículo 14** señala: *"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*. Y como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, entre esta condición o circunstancia personal o social se encuentra la **discapacidad** (vid. por todas, recientemente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2018, de 22 de enero de 2018).

Uno de los parámetros para delimitar el significado de los derechos y las cuestiones de discriminación, tal y como proclama el **artículo 10,2 de la Constitución** española, los constituyen los Tratados y Acuerdos Internacionales. En efecto, este artículo dispone: *"Las normas relativas a los **derechos fundamentales** y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los **tratados y acuerdos internacionales** sobre las mismas materias ratificados por España"*.

Así, el **Convenio Europeo de Derechos Humanos**, señala en su **artículo 14**: *"El goce de los **derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio** ha de ser asegurado **sin distinción alguna**, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación"*. Se trata de un precepto en el que debe entenderse incluida la discapacidad, tal y como ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones (sirvan de ejemplo la Sentencia de 30 de abril de 2009, asunto Glor contra Suiza; de 22 de marzo de 2016, asunto Guberina contra Croacia; y 23 de marzo de 2017, asunto A.–M.V. contra Finlandia).

El **artículo 21,1** de la **Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea** incluye también a la discapacidad como una de las situaciones protegidas contra la discriminación: *"Se **prohíbe toda discriminación**, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, **discapacidad**, edad u orientación sexual"*.

La **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**, vigente en nuestro Ordenamiento Jurídico desde 2008, y parámetro de interpretación en el ámbito del Ordenamiento estatal (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2018) establece en su **artículo 5**: “*1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. 2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad*”.

En virtud de todo lo anterior, como no podría ser de otra forma, existe en nuestro Ordenamiento jurídico, una prohibición expresa de discriminar por razón de discapacidad.

El artículo 2 del **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**, establece, entre otras cuatro definiciones importantes para el objeto de este informe. Así señala: “*A efectos de esta ley se entiende por: b) Igualdad de oportunidades: es la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, laboral, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva. c) Discriminación directa: es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad. d) Discriminación indirecta: existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o*

contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios. j)

Inclusión social: es el principio en virtud del cual la sociedad promueve valores compartidos orientados al bien común y a la cohesión social, permitiendo que todas las personas con discapacidad tengan las oportunidades y recursos necesarios para participar plenamente en la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, y para disfrutar de unas condiciones de vida en igualdad con los demás”.

Por su parte, el **artículo 63** de este mismo texto normativo establece: “Se entenderá que ***se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, definidas en el artículo 4.1, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas***”. En este sentido, el **artículo 64,1** dispone: “Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad, ***los poderes públicos establecerán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva***”.

Todas estas medidas encuentran además un fundamento constitucional en el **artículo 9,2 de la Constitución**: “Corresponde a los poderes públicos ***promover las condiciones para que la libertad y la igualdad*** del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; ***remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*** y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 269/1994, de 3 de octubre, las medidas para procurar la igualdad de oportunidades y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas de acción positiva, están conectadas “con el mandato contenido en el artículo 9.2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 C.E.”.

Pues bien, no cabe duda de que **uno de los ámbitos en donde las personas con discapacidad están en situación de discriminación es el laboral.**

La **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**, dedica un artículo, el **27**, el trabajo y al empleo, afirmando: *“1. Los Estados Partes reconocen el **derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás**; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un **entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad**. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) **Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad** con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables; b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos; c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás; d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua; e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias; g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público; h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas; i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo; j) Promover*

la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto; k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad. 2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio”.

Por su parte, el **artículo 35** del 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**, señala: *“1. Las personas con discapacidad tienen **derecho al trabajo**, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de **igualdad de trato y no discriminación**. 3. Existirá discriminación directa cuando una persona con discapacidad sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su discapacidad. 4. Existirá **discriminación indirecta** cuando una **disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el artículo 40, para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión”***. Y en el **artículo 36** puede leerse: *“Se entiende por **igualdad de trato** la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por motivo o por razón de discapacidad, en el empleo, en la formación y la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo”*. Y, en fin, el **artículo 37** del Real Decreto Legislativo 1/2013, afirma en su punto 1: *“Será **finalidad de la política de empleo** aumentar las **tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad**, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación. Para ello, las administraciones públicas competentes fomentarán sus oportunidades de empleo y promoción profesional en el*

mercado laboral, y promoverán los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo”.

De esta forma, la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo puede hacerse a través de varios instrumentos que pueden proyectarse a su vez en varios momentos. Uno de estos momentos es el del acceso.

Así, la lucha contra la discriminación en el ámbito del **acceso al empleo**, conectada desde un punto de vista conceptual con la accesibilidad universal, puede seguir, entre otros, los **dos siguientes caminos: la corrección de aquellas normas que establecen criterios aparentemente neutrales pero que producen discriminación (discriminación indirecta) y/o la adopción de medidas de acción positiva.**

En este sentido, el **artículo 65** del 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**, señala: “Se consideran **medidas contra la discriminación** aquellas que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorable que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable, por motivo de o por razón de discapacidad”. Y el **artículo 66,1** dice: “*Las medidas contra la discriminación **podrán consistir en prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables.** A estos efectos, se entiende por exigencias de accesibilidad los requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo a los principios de accesibilidad universal y de diseño para todas las personas”.*

Por su parte, el **artículo 67**, de este mismo cuerpo normativo, referido a las **acciones positivas** señala en su punto 1: “*Los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva en beneficio de aquellas personas con discapacidad susceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación, incluida la discriminación múltiple, o de un menor grado de igualdad de oportunidades, como son las mujeres, los niños y niñas, quienes precisan de mayor apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la toma libre de decisiones y las que padecen una más acusada exclusión social, así como las personas*

con discapacidad que viven habitualmente en el medio rural". Y el artículo 68,1 afirma: ***"Las medidas de acción positiva podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables"***.

Entre las medidas de acción positiva para el empleo destacan las cuotas de reserva. Estas se contemplan con carácter general en nuestro Derecho en el artículo **42,1 del Real Decreto Legislativo 1/2013**: *"Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad"*.

El instrumento de las cuotas de reserva **reviste particularidades en el marco del empleo público**. No en vano el artículo 37,3 del Real Decreto Legislativo 1/2013, dice: *"El acceso al empleo público se regirá por lo dispuesto en la normativa reguladora de la materia"*. Y en sentido parecido, el artículo 42,2 de esta misma norma señala: *"En las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia"*.

Así, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la **Ley del Estatuto Básico del Empleado Público**, establece en su artículo 59,1: ***"En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad... siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública. La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad"***.

Esta reserva de plaza en el marco del empleo público es regulada con más detalle en el **Real Decreto 2271/2004**, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad. Así, en el artículo 2,2 dice: ***"Las plazas reservadas para personas con discapacidad podrán incluirse dentro de las convocatorias de plazas de ingreso ordinario o convocarse en un turno independiente"***.

El **artículo 3** del Real Decreto 2271/2004 se refiere a las **convocatorias ordinarias** con reserva de plazas para personas con discapacidad, estableciendo en sus puntos 2 y 3, lo siguiente: “2. *Con el fin de avanzar en el propósito de conseguir la igualdad de oportunidades, en el supuesto de que alguno de los aspirantes con discapacidad que se haya presentado por el cupo de reserva de personas con discapacidad superase los ejercicios correspondientes, pero no obtuviera plaza y su puntuación fuera superior a la obtenida por otros aspirantes del sistema de acceso general, será incluido por su orden de puntuación en el sistema de acceso general. Si las plazas reservadas y que han sido cubiertas por las personas con discapacidad no alcanzaran la tasa del tres por ciento de las plazas convocadas, las plazas no cubiertas se acumularán al cupo del cinco por ciento de la oferta siguiente, con un límite máximo del 10 por ciento.* 3. **Las pruebas selectivas tendrán idéntico contenido para todos los aspirantes, independientemente del turno por el que se opte, sin perjuicio de las adaptaciones previstas en el artículo 8. Durante el procedimiento selectivo se dará un tratamiento diferenciado a los dos turnos, en lo que se refiere a las relaciones de admitidos, los llamamientos a los ejercicios y la relación de aprobados. No obstante, al finalizar el proceso, se elaborará una relación única en la que se incluirán todos los candidatos que hayan superado todas las pruebas selectivas, ordenados por la puntuación total obtenida, con independencia del turno por el que hayan participado. Dicha relación será la determinante para la petición y la adjudicación de destinos, excepto lo previsto en el artículo 9”.**

Por su parte, el **artículo 4** del Real Decreto 2271/2004, regula las convocatorias en **turno independiente** para personas con discapacidad, estableciendo: “*En el ámbito de la Administración General del Estado, el órgano convocante podrá solicitar al Ministerio de Administraciones Públicas la realización de convocatorias independientes, no supeditadas a las ordinarias, en las que las plazas estarán reservadas a personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por ciento. Las pruebas tendrán el mismo contenido y grado de exigencia que las que se realicen en las convocatorias ordinarias, sin perjuicio de las adaptaciones previstas en el artículo 8. En cualquier caso, los aspirantes deberán acreditar la discapacidad y el grado de minusvalía. Las plazas incluidas en estas convocatorias se*

computarán, en todo caso, en el cupo reservado en la oferta de empleo público para su cobertura entre personas con discapacidad”.

Es relevante en este punto, tener en cuenta los puntos 6 y 7 del artículo 4 del Real Decreto 702/2017, de 7 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2017: *“6. Las plazas reservadas para personas con discapacidad podrán convocarse conjuntamente con las plazas ordinarias o mediante convocatoria independiente a la de los procesos para la cobertura de plazas por turno libre, garantizándose, en todo caso, el carácter individual de los procesos. Las plazas reservadas para personas con discapacidad intelectual se realizarán en convocatoria independiente, excepto las de promoción interna, que se convocarán conjuntamente con el resto de la misma. 7. En el supuesto de que alguno de los aspirantes con discapacidad que se hubiera presentado por el cupo de reserva superase los ejercicios y no obtuviese plaza en el citado cupo, siendo su puntuación superior a la obtenida por otros aspirantes del sistema de acceso general, éste será incluido por su orden de puntuación en el sistema de acceso general”.*

También es importante para el asunto que nos ocupa, ser consciente de la existencia de normativa que, en el ámbito del **acceso a las enseñanzas universitarias** de grado, establece la posibilidad de utilizar **criterios específicos para las personas con discapacidad**. Así, el **Real Decreto 69/2000, de 21 de enero, por el que se regulan los procedimientos de selección para el ingreso en los centros universitarios de los estudiantes que reúnan los requisitos legales necesarios para el acceso a la universidad**, señala en su artículo 17,1: *“Se reservará un 3 por 100 de las plazas disponibles para estudiantes que tengan reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, o padezcan menoscabo total del habla o pérdida total de audición, así como para aquellos estudiantes con necesidades educativas especiales permanentes asociadas a las condiciones personales de discapacidad que durante su escolarización anterior hayan precisado recursos extraordinarios”.* Por su parte, el art. 21 del **Real Decreto 412/2014, de 6 de junio, por el que se establece la normativa básica de los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado**, señala: *“1. Las comisiones organizadoras de las pruebas de acceso determinarán las medidas oportunas que garanticen que los estudiantes que presenten algún tipo*

de discapacidad puedan realizar la prueba en las debidas condiciones de igualdad. En la convocatoria se indicará expresamente esta posibilidad. 2. Estas medidas podrán consistir en la adaptación de los tiempos, la elaboración de modelos especiales de examen y la puesta a disposición del estudiante de los medios materiales y humanos, de las asistencias y apoyos y de las ayudas técnicas que precise para la realización de la prueba de acceso, así como en la garantía de accesibilidad de la información y la comunicación de los procesos y la del recinto o espacio físico donde ésta se desarrolle. 3. Los tribunales calificadoros podrán requerir informes y colaboración de los órganos técnicos competentes de las Administraciones educativas, así como de los centros donde hayan cursado estudios los estudiantes con discapacidad, que deberán informar de las adaptaciones curriculares realizadas”. Y el artículo 26 de esta misma norma, dispone: **“Se reservará al menos un 5 por 100 de las plazas ofertadas** para estudiantes que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, así como para aquellos estudiantes con necesidades educativas especiales permanentes asociadas a circunstancias personales de discapacidad, que durante su escolarización anterior hayan precisado de recursos y apoyos para su plena normalización educativa. A tal efecto, los estudiantes con discapacidad deberán presentar certificado de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad expedido por el órgano competente de cada Comunidad Autónoma”. Nuestra **Audiencia Nacional, en Sentencia de 2 de noviembre de 2009**, Sala de lo Contencioso, ha avalado así la concesión de una beca a una persona con discapacidad que no reunía la nota exigida.

Por ultimo, como hemos visto, la adopción de estas medidas requiere de la acreditación del un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Pues bien, es importante ser conscientes que la **determinación del grado de discapacidad** está regulada por el **Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía**. En el artículo 5 de esta norma puede leerse: *“1. La valoración de la discapacidad, expresada en porcentaje, se realizará mediante la aplicación de los baremos que se acompañan como anexo I, apartado A), del presente Real Decreto. 2. La valoración de los factores sociales complementarios se obtendrá a través de la aplicación del baremo contenido en el anexo I, apartado B), relativo, entre otros factores, a entorno familiar, situación*

laboral y profesional, niveles educativos y culturales, así como a otras situaciones del entorno habitual de la persona con discapacidad. 3. Para la determinación del grado de discapacidad, el porcentaje obtenido en la valoración de la discapacidad se modificará, en su caso, con la adición de la puntuación obtenida en el baremo de factores sociales complementarios en la forma prevista en el párrafo siguiente y sin que ésta pueda sobrepasar los 15 puntos. El porcentaje mínimo de valoración de la discapacidad sobre el que se podrá aplicar el baremo de factores sociales complementarios no podrá ser inferior al 25 por 100”.

3.- APLICACIÓN AL CASO

El **acceso de las personas con discapacidad al ámbito universitario es una de las muchas asignaturas pendientes** que existen en cuanto a la satisfacción de sus derechos. El porcentaje de alumnos/as con discapacidad en las Universidades a pesar de haber aumentado en los últimos años, es todavía muy bajo. Y esto, obviamente condiciona la presencia de personas con discapacidad en el campo de la docencia y de la investigación.

Tradicionalmente el **acceso a la carrera docente e investigadora**, en el ámbito público, se realiza mediante **becas y contratos** dentro de programas de ayudas y subvenciones estatales. En la actualidad la **convocatoria** de becas y contratos al hilo de estos programas **suelen contemplar algún tipo de medida relacionada con posibles candidatos/as que se encuentren en situación de discapacidad**. Estas medidas consisten bien en una especie de **reserva de plazas y/o bien en alguna adaptación o modificación de cómputos de plazos**.

En el Estado español, existen dos Órdenes ministeriales que regulan la concesión de subvenciones y de ayudas públicas que soportan estos contratos y becas: la Orden ECD/1619/2013, de 4 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en los ámbitos de los subprogramas de formación y movilidad del Programa Estatal de promoción del talento y su empleabilidad del Plan Estatal de Investigación científica y técnica y de innovación 2013-2016; y la Orden ECC/1402/2013, de 22 de julio, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas públicas en el marco del Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de

Innovación 2013-2016. En ellos no se establecen medidas para el acceso al empleo público de las personas con discapacidad.

Sin embargo luego, en las Convocatorias de cada modalidad, sí que suele haber disposiciones. Es el caso, por ejemplo, de la Resolución de 5 de diciembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, por la que se convocan ayudas para la formación de profesorado universitario, de los Subprogramas de Formación y de Movilidad incluidos en el Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016. O también de la Resolución de la Presidencia de la Agencia Estatal de Investigación por la que se aprueba la convocatoria de tramitación anticipada, correspondiente al año 2017, de diversas actuaciones contempladas en el Subprograma Estatal de Formación y en el Subprograma Estatal de Incorporación, del Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 –Ayudas Ramón y Cajal, Ayudas Juan de la Cierva-Formación, Ayudas Juan de la Cierva-Incorporación y Ayudas para personal técnico de apoyo-.

Normalmente, las diferentes convocatorias **poseen un primer filtro** que tiene que ver con **nota media del expediente** (en ocasiones el CV). Existen dos maneras de trabajar con esa nota media. Algunas convocatorias establecen la consecución de un mínimo de puntuación general, por ejemplo 8,5 sobre 10 o 85 puntos sobre 100, siendo este mínimo un primer filtro para acceder. Otras establecen una nota de referencia ponderada según áreas y estudios, siendo esa nota de referencia el primer filtro aplicable para acceder. Normalmente, la reserva de plazas por discapacidad, se hace desde el turno ordinario y, en ningún caso, se hace referencia a una variación o corrección en este punto respecto a las personas con discapacidad.

Luego suele haber una **segunda fase**. En esta segunda fase **se califican cuestiones del candidato (méritos) y del grupo/organismo/director**. En este punto las correcciones que se establecen respecto a las personas con discapacidad no suelen pasar de meros ajustes respecto a plazos de obtención de méritos.

Sin embargo, **estas disposiciones no consiguen el acceso a las personas con discapacidad a este tipo de becas y contratos**. Las razones de este fracaso pueden

reconducirse a tres. La primera tiene que ver con una **comprensión de la discapacidad anclada en el modelo médico** y, por tanto, con una visión que asocia discapacidad con incapacidad y con a-normalidad. La segunda tiene que ver con el **desconocimiento de la normativa y con ello de las obligaciones vigentes destinadas a corregir la discriminación**. La tercera razón tiene que ver con la manera en la que esas normas regulan la cuestión de la discapacidad y que de ninguna manera puede considerarse como una **buena técnica**.

Estas convocatorias suelen establecer el cupo por discapacidad dentro de la convocatoria ordinaria y esto puede provocar una situación de discriminación desde una determinada interpretación del **artículo 3** del Real Decreto 2271/2004 ya citado. En efecto, en el punto 3 de dicho artículo, que regula el cupo por discapacidad dentro de la convocatoria ordinaria, se dice: ***“3. Las pruebas selectivas tendrán idéntico contenido para todos los aspirantes, independientemente del turno por el que se opte, sin perjuicio de las adaptaciones previstas en el artículo 8. Durante el procedimiento selectivo se dará un tratamiento diferenciado a los dos turnos, en lo que se refiere a las relaciones de admitidos, los llamamientos a los ejercicios y la relación de aprobados. No obstante, al finalizar el proceso, se elaborará una relación única en la que se incluirán todos los candidatos que hayan superado todas las pruebas selectivas, ordenados por la puntuación total obtenida, con independencia del turno por el que hayan participado. Dicha relación será la determinante para la petición y la adjudicación de destinos, excepto lo previsto en el artículo 9”***. Según una determinada lectura de este precepto se viene a afirmar que, finalmente, tanto los/as candidatos/as que van por el turno de discapacidad como los/as que no van, deben ir en la misma lista y su puntuación ser realizada con los mismos referentes. Así por ejemplo, si se establece una nota de corte esta vale para unos y para otros. Sin embargo, esta interpretación pasa por alto la mención expresa que se hace a la posibilidad de que la relación de aprobados sea diferente y que en ningún caso se dice que el referente de puntuación deba ser el mismo. Además, no se tiene en cuenta lo que afirma el punto 2 de este mismo artículo: ***“2. Con el fin de avanzar en el propósito de conseguir la igualdad de oportunidades, en el supuesto de que alguno de los aspirantes con discapacidad que se haya presentado por el cupo de reserva de personas con discapacidad superase los ejercicios***

correspondientes, pero no obtuviera plaza y su puntuación fuera superior a la obtenida por otros aspirantes del sistema de acceso general, será incluido por su orden de puntuación en el sistema de acceso general". Y es que, la única manera de que este precepto tenga sentido es entender que el turno por discapacidad posee un tratamiento diferente.

Ciertamente, en el ámbito del acceso al **empleo público**, los dos grandes referentes son el **mérito y la capacidad**. Y estos dos grandes referentes, están como no podría ser de otro modo, muy presentes en el campo de la investigación y la docencia. Se trata de unos referentes objetivos y aparentemente neutrales. Sin embargo, pueden dar lugar a situaciones de discriminación.

En efecto, estos referentes se miden utilizando criterios que colocan a las personas con discapacidad en situación de desventaja al no tener en cuenta factores sociales. No se **tienen en consideración unos factores que, de ninguna manera tienen que ver con capacidad o condición, y que poseen un carácter objetivo: los factores sociales**. En este sentido, una aplicación de las normas basada en méritos y capacidad, que no tiene en cuenta los factores sociales que producen discapacidad, resulta discriminatoria.

Pero es que además, en realidad, con la atención a los factores sociales no estamos alterando los criterios de mérito y capacidad, ni estamos estableciendo unos criterios de cualificación profesional diferentes, salvando así las objeciones que nuestro Tribunal Supremo ha planteado a este tipo de medidas (vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2015, Sala 3ª, núm. de recurso 3521/2013). Estamos sólo corrigiendo una situación de discriminación objetiva y tratando de lograr satisfacer la igualdad de oportunidades.

Ciertamente puede sugerirse que, si se tiene como uno de los objetivos abrir procesos como estos a las personas con discapacidad, se opte por una **convocatoria por el turno independiente**. La convocatoria por turno ordinario, bajo una determinada interpretación del Real Decreto 2271/2004 como la que apuntamos, parece dejar sin sentido las cuotas de reserva. Sin embargo, como hemos visto, es posible entender esta normativa, admitiendo la posibilidad de que los méritos sean corregidos para las personas con discapacidad atendiendo a los factores sociales, escogiendo las personas

con discapacidad mejor puntuados hasta cubrir la cuota de reserva, con independencia de que existan otros candidatos mejor valorados fuera del turno por discapacidad.

Y esta interpretación adquiere una mayor fuerza si tenemos en cuenta que el caso nos ocupa posee también dimensiones relacionadas con el ámbito de la formación académica. Como vimos, la normativa de acceso a las enseñanzas universitarias de grado, establece la posibilidad de utilizar criterios específicos para las personas con discapacidad (Artículo 17,1 del Real Decreto 69/2000, de 21 de enero, por el que se regulan los procedimientos de selección para el ingreso en los centros universitarios de los estudiantes que reúnan los requisitos legales necesarios para el acceso a la universidad; Artículo 21 del Real Decreto 412/2014, de 6 de junio, por el que se establece la normativa básica de los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado) y esto ha sido avalado por la Audiencia Nacional, en Sentencia de 2 de noviembre de 2009.

De esta forma, la atención a los factores sociales para ser efectiva y corregir la situación de discriminación, debe proyectarse tanto en la valoración de los méritos de los candidatos como en el establecimiento de posibles notas de corte. Además, atendiendo al ámbito sobre el que se proyecta, la Universidad y el espacio de la investigación, en el que existe unos porcentajes de acceso de personas con discapacidad muy bajos, la incidencia de estos factores debería multiplicarse.

4.- PROPUESTA

A la vista de todo ello, consideramos que es posible realizar tres medidas.

La primera de ellas se presenta como una medida contra la discriminación, en la terminología del Real Decreto Legislativo 1/2013 y no exigiría, necesariamente, convocar plazas reservadas a personas con discapacidad.

Medida (1)

La puntuación obtenida por las personas con discapacidad se incrementará teniendo en cuenta el valor del porcentaje por factores sociales en su grado de discapacidad conforme a los siguientes criterios:

- a) A la nota obtenida por su expediente académico o su curriculum vitae, se le sumarán los puntos de discapacidad por factores sociales hasta un máximo de 15 (sobre 100) o de 1,5 (sobre 10), multiplicados por 1,5.

$$Puntuación\ obtenida + (Puntuación\ factores\ sociales \times 1,5)$$

- b) En aquellos procedimientos que impliquen una valoración del expediente académico del candidato o de su curriculum vitae, los apartados referidos a esos dos referentes, esto es, los apartados referidos a los méritos del candidato, se verán incrementados de manera proporcional, por los puntos de discapacidad por factores sociales del candidato multiplicados por 1,5.

$$Puntuación\ obtenida + \frac{Puntuación\ obtenida \times (Puntuación\ factores\ sociales \times 1,5)}{100}$$

La segunda y la tercera se presentan como medidas de acción positiva en la terminología del Real Decreto Legislativo 1/2013 y requieren de la convocatoria de plazas reservadas para personas con discapacidad, que pueden ser por el turno ordinario o por el turno independiente. Se trata de dos medidas incompatibles entre sí y que pueden utilizarse junto a la medida 1.

Medida (2)

En toda convocatoria se reservará un porcentaje del 7% para personas con discapacidad. Este cupo será evaluado de manera independiente conforme a los criterios generales corregidos como sigue:

- a. La nota de corte para este grupo será el resultado de restar a la nota general de corte obtenida para la convocatoria, la mitad de los posibles puntos de discapacidad por factores sociales que se pueden obtener (0,75 sobre 10 o 7,5 sobre 100), multiplicados por 1,5.

Si la nota general es sobre 10:

$$Nota\ de\ corte = Note\ de\ corte\ general - (0,75 \times 1,5)$$

Si la nota general es sobre 100:

$$Nota\ de\ corte = Note\ de\ corte\ general - (7,5 \times 1,5)$$

- b. En aquellos procesos en los que se valoren los méritos de las personas con discapacidad junto a otros criterios, los candidatos admitidos por el cupo de discapacidad no podrán obtener una nota total inferior a la resultante de restar a la nota más baja de los admitidos por el turno ordinario la media de los posibles puntos de discapacidad por factores sociales que se pueden obtener (0,75 sobre 10 o 7,5 sobre 100), multiplicada por 1,5.

Si la nota general es sobre 10:

$$Nota\ límite = Nota\ mas\ baja\ seleccionada\ turno\ general - (0,75 \times 1,5)$$

Si la nota es sobre 100:

$$\text{Nota límite} = \text{Nota mas baja seleccionada turno general} - (7,5 \times 1,5)$$

Medida (3)

En toda convocatoria se reservará un porcentaje del 7% para personas con discapacidad. Este cupo será evaluado de manera independiente conforme a los criterios generales corregidos como sigue:

- a. La nota de corte para este grupo será el resultado de restar a la nota general de corte obtenida para la convocatoria, la media de los puntos de discapacidad por factores sociales que poseen todos los candidatos presentados, multiplicada por 1,5.

$$\text{Nota de corte} = \text{Nota de corte general} \\ - (\text{media de puntos por factores sociales de candidatos} \times 1,5)$$

- b. En aquellos procesos en los que se valoren los méritos de las personas con discapacidad junto a otros criterios, los candidatos admitidos por el cupo de discapacidad no podrán obtener una nota total inferior a la resultante de restar a la a la nota más baja de los admitidos por el turno ordinario la media de los puntos de discapacidad por factores sociales que poseen todos los candidatos presentados.

$$\text{Nota límite} = \text{Nota mas baja seleccionada turno general} \\ - (\text{media de puntos por factores sociales de candidatos} \times 1,5)$$

En este sentido, es posible adoptar la medida 1, la medida 2, la medida 3, las medidas 1 y 2 y las medidas 1 y 3, siendo lo más aconsejable optar por alguna de estas dos últimas.

Por otro lado, estas normas deberían adoptarse en las bases de las Convocatorias.