Prohibición de discriminación de las personas con discapacidad en Austria[1]
Ajustes razonables para personas con discapacidad

Dr.Wolfgang Brodil
Catedrático Asociado de la Universidad de Viena

1. Introducción

Las medidas de transposición a ser tomadas en los Estados miembros y aquí tratadas se fundamentan en las disposiciones europeas de transposición. En base sobre todo al art. 13 Tratado CE, en el que se prevén, entre otras, las medidas para evitar discriminaciones por motivo de discapacidad, la Directiva 2000/78/CE[2] obliga a hacer *ajustes razonables para personas con discapacidad*, para garantizar que se aplique el principio de igualdad de trato para las personas con discapacidad.

En sí, dicha Directiva sólo se refiere al empleo y a la ocupación[3]. Según el art. 5 ello significa que los empresarios deberán tomar en un caso concreto las medidas adecuadas para permitir a las personas con discapacidad el acceso al empleo, a trabajar en su profesión, a progresar profesionalmente o que se les ofrezca formación. Sin embargo, en la Directiva se estipula que lo anterior no se aplicará cuando esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Pero la carga no se considerará excesiva cuando sea compensada en grado suficiente con medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades (por lo visto en el sentido de disposiciones legales)[4], como se verá adelante.

En todo caso, la Unión Europea fue ampliando el campo de aplicación del principio de la igualdad de trato cimentado en diferentes actos jurídicos, extendiéndolo también a las personas con discapacidad[5]. Se consideró el principio de que todas las personas son iguales ante la ley y que la protección contra la discriminación es un derecho humano universal[6]. También la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales reconoce que es importante combatir toda forma de discriminación y que es necesario adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas mayores y de las personas con discapacidad[7]. El considerando no. 11 de la Directiva señala expresamente que la discriminación – por discapacidad, entre otras – pone en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en especial el logro de un alto nivel de empleo. Asímismo se señala expresamente cuán importante es tomar medidas para combatir la discriminación por motivos de discapacidad[8]. Así se toman en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad en

---

[1] El presente trabajo se basa sobre todo en las contribuciones del ponente en Tomandl/Schrammel (eds.) Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) p. 63 y ss. y/o en Rebhahn (eds.) Gleichbehandlungsgesetz Kommentar (2005) Anhang II, Diskriminierungsverbote für Menschen mit Behinderung p.681 y ss.

[2] Directiva del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

[3] Cfr. art. 1 y/o 3 Directiva 2000/78/CE.

[4] Ultima frase del art. 5 de la Directiva.

[5] Para lo que sigue cfr. *Brodil*, Differenzierung nach Behinderungen, en Tomandl/Schrammel (eds.), Arbeitsrechtliche Diskriminerungsverbote (2005) p. 63 y ss.

[6] Cfr. el considerando no. 4 de la Directiva 2000/78/CE.

[7] Considerando No. 6 Directiva 2000/78/CE.

[8] Cfr. considerandos no. 16 y/o 20 Directiva 2000/78/CE.

el puesto de trabajo. Se tratan las medidas *adecuadas* – queriendo entender por ello el legislador europeo medidas eficaces y prácticas – para acondicionar el puesto de trabajo en función de la discapacidad. Forma parte de ello por ejemplo adaptar las instalaciones y el equipamiento de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad.

Por lo demás, la Directiva 2000/78/CE se rige por las estructuras básicas de "probada eficacia". Aparecen en ella los conceptos conocidos de discriminación directa e indirecta[9] así como el concepto de acoso. También el sistema de la posible justificación objetiva se rige por las estructuras conocidas[10]. Además se excluyen del campo de aplicación los sistemas de seguridad social y de protección social[11]. Además, se pueden excluir las condiciones de trabajo al tratarse de las fuerzas armadas – y también al tratarse de la policía, cárceles, etc.[12] - de la obligación de combatir la discriminación por motivos de discapacidad o de edad[13].

2. La transposición en Austria con la Ley de igualdad de trato de las personas con discapacidad (Behindertengleichstellungsgesetz – BGStG por sus siglas en alemán)

Por razones que no vamos a explicar aquí en detalle, el legislador austríaco decidió aprobar una muy **amplia** protección de las personas con discapacidad contra la discriminación. De esta forma, la transposición de la Directiva 2000/78/CE se realizó en dos ámbitos: en el "ámbito general" mediante la Ley de igualdad de trato de las personas con discapacidad (BGStG) y en el ámbito laboral se modificaron las leyes existentes de contratación de personas con discapacidad[14].

El objetivo de la ley austríaca BGStG "general" es la eliminación de la discriminación de personas con discapacidad[15]. Al mismo tiempo se garantiza que las personas con discapacidad puedan participar con igualdad de derechos en la vida de la sociedad y llevar una vida autodeterminada.

Más allá del campo de aplicación previsto en el contexto europeo, la ley austríaca BGStG garantiza una protección "general" de las personas con discapacidad contra la discriminación[16]. El legislador persigue aquí la intención esencial de fomentar la igualdad de trato de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida[17].

---

[9] Cfr. art. 2.

[10] Cfr. art. 2, párr. 2 lit i, ii.

[11] Art. 3, párr. 3 de la Directiva.

[12] Véase considerando no. 18 Directiva 2000/78/CE.

[13] Cfr. art. 3, párr. 4 de la Directiva.

[14] BGBl I 82/2005 (Boletín Federal de Leyes). Ley federal, en la que se define la igualdad de las personas con discapacidad (Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz – BGStG). Al mismo tiempo se modificaron la ley de contratación de personas con discapacidad, la ley de personas con discapacidad, la ley de asistencia social, la ley de igualdad de trato, la ley de la comisión de igualdad de trato y de abogacía de la igualdad de trato, así como la ley federal de igualdad de trato.

[15] Cfr. las disposiciones del art. 1.

[16] Cfr. el considerando no. 18 de la Directiva 2000/78/CE.

[17] Cfr. el considerando no.18. de la Directiva 2000/78/CE y el art. 7, párr. 1 Ley Federal de la protección de la Constitución (B-VG).

Fuera de los campos de aplicación especiales que no vamos a tratar aquí, la BGStG incluye elementalmente relaciones jurídicas, inclusive su creación y fundamentación, así como el requerimiento o la reivindicación de prestaciones que no forman parte de la relación jurídica, en tanto se trate del acceso a y del suministro de bienes y servicios públicos, y esté dada la competencia directa de regulación del Estado[18]. Sin embargo, queda excluida la protección contra la discriminación en el mundo laboral, que se regula en la Ley de contratación de personas con discapacidad (BEinstG)[19].

El concepto de discapacidad corresponde al art. 3 de la Ley de contratación de personas con discapacidad (BEinstG), que también fue modificado. Las regulaciones centrales incluyen la prohibición de la discriminación directa o indirecta (art. 4 BGStG), que se refiere (también) al acceso técnico o a su complicación para las personas con discapacidad ("*ámbitos de la vida sin barreras*"). Sin embargo, el concepto de discriminación en lo que se refiere a personas con discapacidad queda limitado por la **proporcionalidad**, pues según el art. 6, párr. 1 BGStG no se produce una discriminación indirecta en el sentido del art. 5, párr. 2 cuando la eliminación de causas que pudieren ser motivo de discriminación, sobre todo la eliminación de barreras, fuere ilegal o fuere una carga desproporcionadamente excesiva.

También la Ley de igualdad de trato de las personas con discapacidad BGStG prevé consecuencias jurídicas copiadas de la igualdad de trato "general", en caso de incumplimiento de la prohibición de la discriminación[20]. En el caso de reivindicaciones que se desprenden de la BGStG el órgano competente es el *órgano de conciliación*[21]. Aquí no entraremos en detalles.

Sin embargo, podemos decir ya aquí que por lo general el legislador austríaco copia literalmente el texto de la versión en alemán de la Directiva y no dispone regulaciones detalladas clarificantes. La Directiva misma se caracteriza por ser en términos generales muy imprecisa – por lo visto por ser muy difícil para los 15 o 25 Estados miembros llegar a un acuerdo –. En el momento de transponer la Directiva literalmente en derecho nacional, los difíciles problemas de definición les son traspasados a los que aplican el derecho nacional. Por ello, permítanme que trate ahora de clarificar algunos aspectos.

3. Cambios en la contratación de personas con discapacidad en la Ley de contratación de personas con discapacidad (Behinderteneinstellungsgesetz BEinstG por sus siglas en alemán)

3.1. Introducción

En el **ámbito laboral** prácticamente no va a cambiar nada en el derecho vigente de las personas con discapacidad[22]. Ello significa que las disposiciones que hacen referencia a los discapacitados "favorecidos", esto es, a las personas con un grado de discapacidad de más del 50% (véase también el Código Social alemán SGB IX), no sufren modificaciones. Para estas

---

[18] Cfr. art. 2, párr. 2 BGStG.

[19] Para más detalles véase cap. 3.

[20] Cfr. art. 9 y ss. BGStG.

[21] Véase también la disposición de competencias en caso de discriminación múltiple en el art. 11 BGStG.

[22] Ley de contratación de personas con discapacidad (BEinstG) BGBl 22/1970, versión BGBl I 71/2003.

personas la ley BEinstG prevé ya ahora excepciones (protección contra el despido, obligación de contratar personas con discapacidad o pago de multa en caso de incumplimiento, etc.).

Las prohibiciones de discriminación previstas en el derecho europeo serán sustituidas por una amplia reforma del art. 7 y ss. de la Ley de contratación de personas con discapacidad. Hasta ahora el art. 7 sólo incluía la prohibición de pagarle menos remuneración a una persona con discapacidad por el hecho de ser discapacitada. Aparte de ello, en el art. 6, párr. 1 BEinstG se estipulaba ya una protección "suave" contra la discriminación, al estipularse que había que tener consideración con las personas con discapacidad según cuál fuere el trabajo que realizaban o el tipo de establecimiento. En el nuevo art. 6, párr. 1a se estipula la **obligación general de eliminar** cualquier barrera, como veremos en seguida.

3.2. El concepto de discapacidad

Veamos en primer lugar la definición legal de discapacidad: las normas austríacas definen la discapacidad como "la consecuencia de la limitación funcional física, mental o psíquica, de carácter no sólo transitorio, o de una limitación funcional sensorial, que pueden dificultar la participación en la vida laboral. No sólo transitorio quiere decir un lapso de tiempo de probablemente más de seis meses."

En la Directiva no se define el concepto de discapacidad, por lo que los legisladores nacionales cuentan con un margen de maniobra relativamente amplio. La definición austríaca se sigue basando en el planteamiento "basado en el sistema del seguro de enfermedad" material, pero ahora incluye también limitaciones sensoriales[23]. En el marco de una definición *material* del concepto de discapacidad deberá verse también si se ve dificultada la participación de esta persona en la vida laboral.

Con reservas se puede decir que definir la discapacidad reviste una gran importancia, puesto que las consecuencias jurídicas se fundan en la existencia de *cualquier forma mínima de discapacidad*. Lógicamente resulta fácil comprender cuál es la discapacidad de una persona parapléjica. Pero ¿acaso una persona zurda o alguien que suda mucho es una persona con discapacidad? Al mismo tiempo la definición de "discapacidad" es importante a la hora de decidir qué medidas adecuadas hay que tomar y de qué índole.

Este concepto de discapacidad se basa en los planteamientos de la Comisión Europea[24], que aparecen también en las definiciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS)[25]. Esto guarda similitud con las estipulaciones del art. 2, párr. 1 del Código Social alemán SGB IX[26].

---

[23] Véase suplemento No. 836 del comentario de los proyectos gubernamentales, 22ª legislatura, pág. 12 (836 BlgNR EBzRV XXII. GP, Seite 12).

[24] Véase Helios II – Guía Europea de buena práctica. Hacia la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Cfr. asimismo *Sturm*, Der europarechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und dessen Umsetzung im österreichischen Arbeitsrecht, tesis doctoral, Viena 2003, 171 en nota a pie de página 536; cfr. también *Steinmeyer*, en Council of Europe Publishing (eds.), Legislation to counter discrimination against persons with disabilities[2] (2003).

[25] Cfr. *Steinmeyer*, en Council of Europe Publishing (eds.), Legislation to counter discrimination against persons with disabilities[2] 23.

[26] Cfr. en detalle *Mrozynski*, SGB IX Cap. 1 (2002) art. 2 número marginal 1 y ss.; véase también *Rolfs*, ErfK (Comentarios de Erfurt de derecho laboral) 580 SGB IX art.68, 69 número marginal 1.

El problema de definir lo que es discapacidad es algo sumamente complejo, porque es muy ambigua la definición de la enfermedad y son muchas las cuestiones de delimitación que no quedan claras. La discapacidad y la superación de la misma en el contexto social se explican principalmente con la tríada formada por "impairment – activity – participation"[27]. La palabra *impairment* (daño, deterioro) hace referencia a la pérdida o al cambio de la estructura física, o de una función física o psíquica. Con la palabra *activity* (actividad) se designa el tipo y el grado de la (limitación de la) capacidad de funcionar de una persona concreta, que se considera normal para un ser humano. Finalmente, *participation* (participación) es el tipo y el grado de participación de una persona en los diferentes ámbitos de la vida. O sea que de un daño de salud debe resultar una limitación funcional, que desemboca en déficits de participación en uno u otro ámbito de la vida[28].

Tomemos como ejemplo una persona inválida que no puede caminar bien (porque p.ej. tiene rígida la articulación de la rodilla). El deterioro o daño (impairment) existe. La limitación de la capacidad de funcionar (activity) podría ser que no puede subir bien las gradas. De ser permanente esta limitación, en la mayoría de las veces se verá limitada también la participación (participation), por lo que cabría hablar de discapacidad[29]. Puede haber otros casos en los que no se puede hablar de discapacidad a pesar de que exista una limitación funcional, porque en el caso concreto no ha quedado limitada la participación. De ello resulta que el concepto de discapacidad hay que entenderlo como un *concepto de tipo*. No siempre tienen que darse todos los elementos en un caso concreto. Cuáles son los que deben estar presentes depende del *entorno concreto* en el que se usará la palabra "discapacidad".

Si por ejemplo la persona con problemas de caminar que mencionábamos antes quiere trabajar de mecánico de precisión, podrá ejercer esa profesión en sí, o sea, que no pasaría por discapacitada en lo que al trabajo en sí se refiere. Pero la participación se ve limitada en el momento de desplazarse al lugar de trabajo, por lo que hay discapacidad. Si al contrario, la persona tiene deficiencias intelectuales, dependerá también del contexto concreto si está limitada su participación o no. Se hablaría de discapacidad en el momento en que tuviera que participar en medidas de formación[30]. En el caso de querer trabajar de obrero haciendo trabajos sencillos con las manos, no se podrá hablar de discapacidad. En caso de duda habrá que partir de una definición más amplia de discapacidad en el marco del *derecho laboral*[31].

3.3. Ajustes razonables y medidas de promoción

En el art. 6, párr. 1a de la ley de contratación de personas con discapacidad (BEinstG) se estipula en un primer momento: "El empleador deberá tomar las medidas adecuadas y en su caso necesarias para permitir a las personas con discapacidades el acceso al empleo, a trabajar en su profesión, a progresar profesionalmente o para que puedan participar en medidas de formación, salvo que dichas medidas constituyeran una carga excesiva para el empleador. Dicha carga no se considerará excesiva cuando se pueda compensar en grado suficiente con medidas de promoción del Estado o de los estados federados."

---

[27] *Mrozynski*, SGB IX Cap. 1 art. 2 número marginal 1 y ss..
[28] *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX art. 68, 69 número marginal 1.
[29] *Mrozynski*, SGB IX Cap. 1 art. 2 número marginal 5.
[30] P.ej. *Mrozynski*, SGB IX Cap. 1 art. 2 número marginal 33 y otras justificaciones.
[31] *Brodil*, en Tomandl/Schrammel, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote 63 y ss.

La normativa del art. 6, párr. 1a BEinstG aparentemente contiene una obligación *general* del empleador a eliminar o a impedir lo que obstaculiza el acceso de las personas discapacidad. Sin embargo, no se dice nada cómo está relacionado esto con el art. 7c, párr. 4 y ss. de la misma ley[32]. Veamos por ello cuál es el núcleo de la normativa del art. 7c.

(3) En caso de existir diferencias de trato por una característica relacionada con una discapacidad, no se considerarán como discriminación si la característica en cuestión por el tipo de actividad profesional o por las condiciones generales del ejercicio de la actividad profesional, constituye una condición profesional esencial y decisiva, y si se trata de un objetivo legítimo y de requisitos proporcionados.
(4) No existirá discriminación indirecta en el sentido del párrafo 2 si la eliminación de las condiciones de las que resulta una discriminación, en especial la eliminación de barreras, fuera ilegal o constituyera una carga desproporcionadamente excesiva.
(5) Al examinar si se trata de una carga desproporcionadamente excesiva, habrá que tener en cuenta especialmente lo siguiente:

1. el esfuerzo que significará eliminar las condiciones de las que resultó la discriminación,
2. el rendimiento económico del empleador o en los casos previstos en el art. 7b, párr.1 número 8 – 10, del titular de derechos respectivo,
3. las ayudas del Estado para las medidas respectivas,
4. el lapso de tiempo transcurrido desde que entró en vigor esta ley federal y la discriminación alegada.

(6) Si la eliminación de las condiciones de las que resulta una discriminación probara ser una carga desproporcionadamente excesiva según el párr. 4, se hablará de discriminación si se faltó al deber de al menos mejorar de forma decisiva la situación de la persona afectada, en el sentido de que resulte lo más que se pueda un trato igual, tomando medidas exigibles. Al examinar si las medidas son exigibles, deberá recurrirse al párr. 5.
(7) A la hora de juzgar si existe discriminación indirecta por barreras, deberá examinarse también si existen disposiciones legales sobre la accesibilidad sin barreras y aplicables al caso concreto y si se cumplieron o no. Se habla de edificios arquitectónicos y demás construcciones, medios de transporte, aparatos técnicos, sistemas de procesamiento de datos y demás ámbitos de la vida diseñados sin barreras cuando son accesibles para y utilizables por personas con discapacidades en la forma que se considera normal, sin mayor dificultad y básicamente sin ayuda de terceros.

El art.7c es la normativa central de la antidiscriminación de personas con discapacidades. En caso de discapacidad, está prohibido discriminar a la persona directa o indirectamente, acosarla u ordenar la discriminación. De conformidad con los criterios generales también se puede hablar de discriminación de una persona con discapacidad cuando no existen *causas de justificación objetivas*. Por lo tanto el art. 7c, párr. 1 y 2 de la Ley de contratación de personas con discapacidad (BEinstG) corresponde a las "estructuras de antidiscriminación conocidas".

En lo que respecta al párr. 3 ha de constatarse que del tipo de la discapacidad pueden resultar diferencias reales en la capacidad de rendimiento. Dichas diferencias son en todo caso en parte característica de la discapacidad. Y esto es lo que diferencia claramente este ámbito del

---

[32] Cfr. *Brodil*, Invalidi v avstrijskem pravnem redu (Menschen mit Behinderungen in der österreichischen Rechtsordnung; zweisprachig), in Nacionalni informativni dnevi 2005 - Nediskriminacija in enake pravice invalidov v zakonodaij (National Information Days - Non-discrimination and equal rights in legislation for persons with disabilities, Slovenija 2005) 69 y ss., 151 y ss.; *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich – Teil 2: Überblick über die RL, deren Umsetzung bevorsteht, insb die Antidiskriminierungs-RL, DRdA 2003, 523 (530).

trato desigual por razones de sexo, de orientación sexual o raza. En lo que se refiere a la estructura de las disposiciones, debe *dividirse el problema en dos partes*: por un lado habrá que estudiar los casos en los que pudiera haber discriminación no porque esté dificultado técnicamente el acceso. En estos casos la discriminación se puede evitar típicamente por una decisión de voluntad o una disposición autárquica del empleador (párr. 3). Al otro lado tenemos los casos en los que la limitación de la participación de la persona con discapacidad sólo se puede eliminar adoptando medidas técnicas en el sentido amplio de la palabra (básicamente párr. 4 y ss.).

El art. 7c, párr. 3:
no existe discriminación cuando una característica determinada es por el tipo de actividad profesional o por las condiciones generales del ejercicio de esa actividad profesional una condición profesional esencial y decisiva. En todo caso deberá tratarse de un objetivo legítimo y de un requisito proporcionado, de conformidad con la justificación objetiva. De acuerdo con el material estudiado[33] una característica tal sólo puede tomarse como condición esencial y decisiva para poder hacer ese trabajo al tratarse de tareas núcleo del contrato laboral. Por ello, la imagen deportiva que se espera que tenga un vendedor de artículos deportivos, (seguramente) no podrá ser razón de excluir a una persona en silla de ruedas de esta posición. En parte ello contradice la judicatura de la Corte Suprema de Justicia en materia de discriminación por razones de sexo: el hecho de que un empresario se hubiera negado a permitir que vendedoras de ropa trabajaran en el servicio exterior no viola la prohibición de discriminación por razones de sexo.[34] O sea que limitar el servicio exterior a trabajadores masculinos es una justificación objetiva.

Sin duda no sólo depende de la *disposición* del empleador si existe discriminación o no. Porque si no, en caso extremo se les podría negar ese trabajo con justificación objetiva a personas que sudan mucho o que pesan demasiado – que también *podrían* ser personas con discapacidad por lo que explicábamos de la limitación funcional y limitación de la participación- alegando que no cumplen los requisitos de imagen requeridos.

Sin embargo, tiene que existir objetivamente la discapacidad. Con reservas debe decirse que debe ser posible constatar de manera abstracta qué **grado de discapacidad o de disminución de la capacidad laboral** hay[35]. Según el art. 14 de la Ley de contratación de personas con discapacidad (BEinstG) sólo se requiere una disminución de la capacidad laboral de por lo menos un 50% para *constatar* la característica de discapacidad favorecida. Sin embargo, si tenemos en cuenta la unidad del ordenamiento jurídico y el contexto sistemático, sólo aquella limitación funcional que dé lugar a la disminución de la capacidad laboral conforme a la sistemática de la Ley de contratación de personas con discapacidad o de otras normas similares, será considerada como discapacidad. También deben tenerse en cuenta aquí las tasas orientativas existentes (que se orientan por las tablas de invalidez profesional por daños de los huesos y de las extremidades). O sea que características físicas que según estos criterios no llevan a una disminución de la capacidad laboral, nunca podrán ser motivo de

---

[33] Suplemento No. 836 del comentario de los proyectos gubernamentales, 22ª legislatura, pág.14 (836 BlgNR EBzRV XXII. GP, Seite 14)

[34] Corte Suprema de Justicia OGH 12.1.2000, 9 Ob A 318/99a, RdW 2000, 474 – Herrenmodeverkäufer; véase *Gerlach*, Gleichbehandlung bei der Begründung des Dienstverhältnisses, RdW 2000, 610; *Rauch*, Zum Schadenersatz nach dem GlBG, ecolex 2000, 441

[35] *Brodil*, en Tomandl/Schrammel, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote 63 y ss.

discriminación. Por ello las diferenciaciones de los empleadores en este ámbito no están sujetas a un control del contenido.

Por otro lado debe interpretarse la prohibición de discriminación desde el aspecto teleológico. El punto de partida lo forman las palabras que se emplearon "condición profesional decisiva" y la finalidad del derecho europeo. Según el material que hemos estudiado se podrán aplicar criterios de diferenciación resultando de características físicas realmente sólo en el ámbito de las tareas núcleo del contrato laboral, por lo que habrá que interpretar de forma muy estricta la disposición de excepción del art. 7b, párr.3 [36]. O sea que la diferencia de trato no se podrá producir *exclusivamente por la discapacidad*. Queda excluida con ello la diferencia de trato que resulta de una consideración de tipo general, que no se base especialmente en el trabajo a hacer.

Con ello, la diferencia de trato se justificará antes bien objetivamente mientras mayor sea el grado de discapacidad. En caso de discapacidad grave resultará más fácil explicar y entender que determinadas funciones o habilidades físicas son condiciones profesionales esenciales y decisivas. Simultáneamente surten efecto los sistemas especiales de ayudas, tales como la supresión de la obligación de pagar la tasa de compensación, entre otros. Y viceversa: mientras menor sea el grado de discapacidad, tanto más difícil será para el empleador basar la diferenciación que hizo en las condiciones profesionales esenciales y decisivas del art. 7c, párr. 3.

El art. 7c, párr. 4 y ss.:
las normas que regulan la obligación de eliminar la discriminación de las personas con discapacidad suscitan toda una serie de problemas de delimitación, puesto que la normativa europea obliga al empleador a tomar medidas exigibles, adecuadas y necesarias en el caso concreto, para hacer posible que las personas con discapacidad tengan acceso al empleo y puedan trabajar en su profesión. Lo que aquí juega un papel no es tanto la decisión singular ex profesa del empleador, sino la eliminación técnica de las barreras. Ello significa que tenemos ante nosotros un ámbito "nuevo" de igualdad de trato, al tener el empresario no sólo obligaciones de omisión sino también verdaderas obligaciones de actuar[37].

Veamos en primer lugar las estipulaciones del art. 6, párr. 1a. Al igual que el art. 7c, párr. 4 y 5 contiene la obligación de evitar o eliminar las limitaciones al acceso. Resulta interesante que el art. 6, párr. 1a ordena aparentemente la obligación que existe *básicamente* de adecuar los puestos de trabajo en el sentido amplio de la palabra, a las necesidades de las personas con discapacidad, pareciendo quedar compensado el esfuerzo que ello significa con las medidas de promoción. Por el contrario, el art. 7c, párr. 4 (y/o 5) sólo habla de la *eliminación* de barreras, y sólo hay que "tomar en cuenta" las medidas de promoción y las ayudas a la hora de examinar si se trata de cargas excesivas[38].

---

[36] Igual al planteamiento alemán; cfr. *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX § 81 Rz 7.

[37] En la génesis de las normas no encontramos consideraciones de derecho constitucional en lo que se refiere a la intervención en la propiedad, creada implícitamente; véase p.ej. la crítica de *Winkler*, Die neuen europäischen Gleichbehandlungsregeln, ZAS 2004, 52 (57).

[38] Siguiendo a *Brodil*, Invalidi v avstrijskem pravnem redu (Menschen mit Behinderungen in der österreichischen Rechtsordnung; zweisprachig), in Nacionalni informativni dnevi 2005 - Nediskriminacija in enake pravice invalidov v zakonodaij (National Information Days - Non-discrimination and equal rights in legislation for persons with disabilities, Slovenija 2005.

Ya el concepto de *obligación de eliminar* las barreras es ambiguo, pues en ningún momento se define cuándo hay que hacer qué cosa y en qué medida. El que el empleador deba ofrecer de forma previsora un acceso libre de barreras al centro de trabajo, en tanto ello no conlleve costes desproporcionadamente altos[39], parece ser exagerado. Es por ello que no se puede garantizar que una construcción nueva o que un edificio remodelado cuenten siempre con un acceso para personas en sillas de ruedas, o con guías táctiles para ciegos, p.ej. La normativa europea y la transposición nacional se encuentran en el campo de tensión natural, en el que al otro extremo está el derecho de propiedad, protegido también por el derecho europeo y el derecho constitucional[40]. Por ello es absolutamente indispensable sopesar los intereses de las personas con discapacidad y los de los empresarios[41]. Antes de que no se estipule concretamente en qué consiste la obligación de igualdad de trato – p.ej. con la solicitud de trabajo o la colocación de una persona con discapacidad – el empleador no estará obligado profilácticamente a adecuar los puestos de trabajo totalmente o al máximo posible a las necesidades de las personas con discapacidad. Una obligación general de este tipo podrá tener sentido cuando se trata de espacios accesibles para el público en general (como lo prevé la BGstG). Pero cuando se trata de espacios a los que sólo acceden los trabajadores, es de presumirse que no. Finalmente, no sabemos todavía hasta qué punto y en qué medida va a ser necesario algún día adecuar los espacios a las necesidades de las personas con discapacidad.

Si bien en el art. 6, párr. 1a se habla de la obligación "general", al mismo tiempo sólo se menciona el "caso concreto". Por ello es de preferirse un planteamiento más equilibrado, por el que un empleador deba estar obligado a que al construir un edificio nuevo o al remodelar uno existente se tengan en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad, *en tanto* existan ayudas del Estado.

En el art. 7c párrafos 4 y 5, al contrario, se menciona la *eliminación* de las condiciones que dan lugar a la discriminación de las personas con discapacidad. Dicha eliminación no tendrá lugar si fuere una carga desproporcionada. O sea, que al tener que decidir esta cuestión, habrá que examinar cuán grande es el esfuerzo y ver cuál es el rendimiento económico del empleador. El hecho de que la carga sea desproporcionada puede tener su fundamentación en el rendimiento económico de la empresa[42], que parece ser un criterio decisivo, como se ve también con suficiente claridad en el considerando no. 21 de la Directiva, en el que se dice que la carga financiera y de otro tipo, así como el tamaño de la empresa, sus recursos económicos, la facturación y la disponibilidad de fondos públicos o de otras ayudas deberán tenerse en consideración a la hora de ver si la carga que supone eliminar las barreras es demasiado grande o no.

Siguiendo el material jurídico que hay sobre el art. 7c , no se podría exigir del empresario que construyera un ascensor en un edificio, en el que este empresario tuviera su empresa de menos de 5 trabajadores en un piso superior. Este ejemplo deja muchas cuestiones sin contestar. En todo caso, aparte de la carga económica, también hay que tener en cuenta la *posibilidad (o imposibilidad) legal* de la eliminación. Esto tendría aplicación p.ej. en el caso de que el empleador sólo tuviera alquilada esa localidad y que no se le pudiera obligar al dueño a hacer los cambios para las personas con discapacidad (véanse las cuestiones que tienen que ver con el derecho de alquiler).

---

[39] *Schindler*, DRdA 2003, 523 (530).

[40] P.ej. art. 5 StGG (Constitución austríaca), art. 1 1.ZP-EMRK (protocolo adicional Convención Europea de Derechos Humanos); véase p.ej. *Öhlinger*, Verfassungsrecht[5] (2003) 375 y ss. y otras justificaciones.

[41] *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX § 81 Rz 16.

[42] Cfr. párr. 5 número 1 y 2; véase también *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX § 81 Rz 16.

También se da el caso de ser la carga demasiado grande, cuando p. ej. la remodelación hiciera peligrar otros puestos de trabajo o fuera una carga desproporcionada para los demás trabajadores[43]. Una persona con discapacidad no podría exigir *trabajo a tiempo parcial* si el empleador tuviera que cambiar de tal forma la organización del trabajo que tendría que modificar los demás contratos laborales[44]. Juegan también un papel importante la relación coste-beneficios y la probable duración del contrato de la persona con discapacidad[45]. De todo ello se deduce que la definición exacta de si es o no una carga exigible eliminar las barreras para que tengan libre acceso las personas con discapacidad, depende del tipo y del grado de la discapacidad, del rendimiento económico del empleador y de las demás condiciones laborales de la empresa.

Conforme a lo estipulado en el párr. 6, empero, sí existe discriminación aún cuando se trate de una carga excesiva o desproporcionada, si el empleador (o la organización) faltó al deber de generar una situación que signifique una mejora decisiva para la persona con discapacidad en el sentido de que *resulte lo más que se pueda un trato igual*. Con ello se quiere introducir un procedimiento escalonado para examinar si la carga es excesiva o no[46]. Las obras consultadas ponen el ejemplo de que de hecho es imposible remodelar el comedor de un establecimiento para adecuarlo a las necesidades de las personas con discapacidad. Aquí se quiere que el empleador no se vea en la situación de escaparse de la discriminación sólo con no hacer nada. Antes bien estaría obligado a ofrecer otras soluciones exigibles, como p.ej. poner a disposición vales de comida canjeables en otros restaurantes accesibles. Estas obligaciones – por así decir subsidiarias – están sujetas sin embargo a un examen de si la carga es excesiva o no, conforme a lo estipulado en el art. 7c, párr. 6 aE.

Finalmente, a la hora de examinar si la carga es excesiva o no deberá tenerse en cuenta si existe la posibilidad de aprovechar las ayudas que ofrece el Estado. Además, deberá considerarse el lapso de tiempo que transcurrió desde que entró en vigor la ley y el momento en que se produjo la discriminación (alegada). Al examinar si el acceso está libre de barreras (técnicas), deberá verse si se cumplieron o no las normas respectivas arquitectónicas y de otro tipo[47].

4. Conclusión

Resumiendo, podemos decir que quedaron pendientes algunas cuestiones, como p.ej. el problema de si al momento de crearse una relación de trabajo hay que informar conforme a la verdad de que existe una discapacidad[48]. Tampoco quedó claro hasta qué punto una discapacidad – pensemos en la discriminación de la mujer, p.ej. – va a desempeñar un papel, y sobre todo, qué papel en el marco de la protección contra el despido. Asímismo tampoco está

---

[43] *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX § 81 Rz 16 y otras justificaciones.

[44] P.ej. LAG Schleswig-Holstein (Tribunal territorial de trabajo), LAGReport 2003, 29, como lo cita *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX § 81 Rz 16 y otras justificaciones.

[45] *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX § 81 Rz 17 y otras justificaciones.

[46] Cfr. 836 BlgNR EBzRV XXII. GP, pág. 14.

[47] Párr. 7; están contenidas p.ej. normas de la protección técnica de los trabajadores y de los puestos de trabajo; cfr. 836 BlgNR EBzRV XXII. GP, pág. 15.

[48] Ver p.ej. *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX § 81 Rz 6; respuesta afirmativa según la antigua situación legal BAG 5.10.1995, AP BGB art. 123 Nr. 40; véase también *Düwell*, BB 2001, 1527 y ss.; finalmente *Schaub*, Ist die Frage nach Schwerbehinderung zulässig? NZA 2003, 299.

claro qué repercusiones tendrá la prohibición de discriminación en el despido. O sea que el examen de estos y muchos más detalles mantendrá ocupados a los expertos de derecho.

En lo que respecta a la transposición que estudiamos aquí, sin embargo, podemos constatar que en gran parte respeta el derecho europeo. Al mismo tiempo ha quedado de manifiesto el problema que últimamente se ve cada vez más claro, y que consiste en que la normativa europea es ambigua, lo cual significa un problema difícil de resolver para el legislador y los juzgados nacionales.