

Discriminación Laboral

FISHER & PHILLIPS LLP
A T T O R N E Y S A T L A W

Solutions at Work®

*Representing employers nationally in labor,
employment, civil rights, employee benefits, and immigration matters*

www.laborlawyers.com

DISCRIMINACIÓN LABORAL

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
LEY SOBRE LOS DERECHOS CIVILES DE 1964	2
A. ¿Cuáles son los empleadores cubiertos en virtud del Título VII?	2
B. Clases protegidas del Título VII	3
1. Raza y color	3
2. Sexo	3
3. Religión	6
4. Nacionalidad	7
C. Discriminación intencional: trato desigual	7
1. Prueba directa de la discriminación intencional: casos de motivos mixtos	7
2. La defensa de BFOQ	8
3. Prueba indirecta de discriminación	9
D. Discriminación intencional: impacto desigual	10
DECRETO EJECUTIVO 11246	11
LEY SOBRE LOS DERECHOS CIVILES DE 1871	12
A. Sección 1981	12
B. Sección 1983	13
LEY CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN EL EMPLEO	14
A. Prueba indirecta de discriminación	14
B. Reducciones en la fuerza laboral	15
C. Planes de jubilación anticipada	16
D. Exención de reclamaciones de la ADEA	17
DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD	19
A. Clase protegida	20
B. Obligación de adaptación	20

LEY DE REFORMA Y CONTROL DE LA INMIGRACIÓN	21
DERECHOS EN VIRTUD DEL SERVICIO MILITAR	23
A. Ley de Asistencia de Readaptación para los Veteranos de la Era de Vietnam	23
B. Ley de Derechos de Contratación y Recontratación de los Servicios Uniformados	23
1. Obligación de reincorporación	24
2. Discapacidades debido al servicio militar	25
3. Protección contra la discriminación	25
PROTECCIÓN PARA DENUNCIANTES INTERNOS Y CONTRA REPRESALIAS	26
A. Discriminación por “participación”	26
B. Discriminación por “oposición”	27
LEYES ESTATALES Y LOCALES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL	28
MEDIDAS PREVENTIVAS	28
A. Evaluaciones del desempeño	28
B. Capacitación para supervisores	29
C. Procedimiento para el manejo de las quejas	29
D. Políticas laborales	30
E. Contratación y despido	30
F. Arbitraje	31
CONCLUSIÓN	32

This booklet should not be construed as legal advice or legal opinion on any specific facts or circumstances. You are urged to consult your lawyer concerning your particular situation and any specific legal questions you may have. Employers are specifically encouraged to consult an attorney to determine whether they are subject to other unique state requirements that extend beyond the scope of this booklet.

H

ace aproximadamente cincuenta años, el Congreso comenzó a desarrollar estatutos dirigidos a la protección de los empleados contra la discriminación basada en estereotipos infundados, la generalización desmedida, y el prejuicio sexual o racial. Estas leyes prohíben a los empleadores contemplar algunos factores al momento de tomar decisiones laborales tales como la contratación, el ascenso, el descenso de la categoría laboral y el despido de personas. Entre estas leyes se destaca el Título VII de la Ley sobre los Derechos Civiles de 1964 (Título VII) que protege a individuos contra la discriminación por razón de raza, color, nacionalidad, sexo y religión.

Pocos años luego de haber aprobado el Título VII, el Congreso agregó otra clase protegida al aprobar la Ley de Discriminación por Edad en el Empleo (Age Discrimination in Employment Act, ADEA) que prohíbe la discriminación laboral de individuos que tengan al menos 40 años de edad. A partir de entonces, el Congreso ha aprobado leyes adicionales que protegen otras categorías de individuos, como aquellos que padecen ciertas discapacidades y están protegidos por la Ley de estadounidenses con discapacidades (Americans with Disabilities Act, ADA).

Mientras que esta legislación ha beneficiado sin duda alguna a las minorías raciales y étnicas, mujeres, empleados discapacitados y otros, el volumen y la complejidad de estas leyes ha presentado un desafío para el cumplimiento, incluso por parte del empleador que tenga las mejores intenciones. Debido a la posibilidad de una responsabilidad legal significativa, todos los empleadores deben adquirir al menos una comprensión básica de las disposiciones más importantes de las leyes federales contra la discriminación laboral, y cómo estas han sido comúnmente interpretadas por los tribunales.

El presente folleto, que expone las disposiciones claves de los estatutos más importantes sobre la discriminación, tiene como objeto proporcionar información preliminar en materia de discriminación laboral a los ejecutivos y profesionales de recursos humanos que no cuentan con mucho tiempo. Aunque no pretende sustituir la asesoría legal,

este folleto brinda un apoyo práctico para interpretar, reconocer y resolver las reclamaciones correspondientes a la discriminación laboral. Tenga en cuenta que el alcance del folleto se limita a las leyes federales. Mientras que algunos estados reflejan exactamente las disposiciones federales, otros estados tienen leyes que brindan una protección más amplia a los empleados.

LEY SOBRE LOS DERECHOS CIVILES DE 1964

La Ley sobre los Derechos Civiles de 1964 buscaba atacar la discriminación en casi todos los aspectos de nuestra sociedad. El Título VII de la Ley protege a los empleados contra la discriminación por razón de raza, color, nacionalidad, sexo (incluyendo el embarazo) y religión. Una vez que una empresa haya sido clasificada como “empleador” para efectos del Título VII, todos los aspectos de la relación laboral deben conducirse de un modo no discriminatorio, incluyendo la contratación, remuneración, el ascenso, despido y la asignación de oportunidades o beneficios no monetarios.

A. ¿Cuáles son los empleadores cubiertos en virtud del Título VII?

El Título VII define al “empleador” como una entidad dedicada a un negocio que influye sobre el comercio, que tiene 15 o más empleados para cada día hábil de un período de 20 o más semanas durante el año calendario anterior o actual. Como prácticamente consideramos que todas las compañías influyen sobre el comercio, los criterios claves de esta definición son los requisitos de 15 empleados y el período de 20 semanas.

Al evaluar el requisito de 20 semanas, el año “actual” es el año calendario en el que ha ocurrido la presunta discriminación, mientras que el “año anterior” es el año previo al año “actual”. El período de 20 semanas no necesariamente debe ser consecutivo.

Para efectos del requisito de 15 empleados, los tribunales, por lo general, comprueban si el empleador tiene el derecho de controlar el trabajo de una persona en particu-

lar. De ser así, la persona, ya sea que trabaje a tiempo parcial o tiempo completo, es considerada un empleado para efectos del Título VII y corresponde al requisito de 15 empleados. Normalmente **no** se han incluido los contratistas independientes, voluntarios y directores corporativos.

B. Clases protegidas del Título VII

1. Raza y color

La prohibición contra la discriminación racial es muy conocida: no se puede discriminar a personas sencillamente porque sean afroamericanos, asiáticos, hispanos, etc. Por lo general, las personas no se dan cuenta de que el Título VII protege a los blancos, así como a las minorías, contra la discriminación ilegal.

A menudo no se utiliza la disposición del Título VII que estipula la prohibición contra la discriminación por el color. Normalmente, la discriminación por el color es sinónimo de la discriminación racial. No obstante, se han dado casos en los que la protección del Título VII se extiende, a modo de ejemplo, a situaciones en las que existe una preferencia por los afroamericanos con un color de piel claro en lugar de aquellos con la piel más oscura.

2. Sexo

Resulta evidentemente ilegal que una compañía tenga preferencia sobre los hombres en lugar de las mujeres (o *viceversa*) con respecto a sus decisiones laborales. Aunque no parezca obvio, no se puede evaluar a un empleado potencial o actual midiendo su desempeño en función de algunas expectativas estereotipadas de comportamiento. Por ejemplo, sería discriminación sexual e ilegal que un empleador describa a una empleada o aspirante femenino como “macho”, “una que compensa en exceso por ser mujer”, o “una dama que dice groserías”, y luego tome una decisión laboral basada en esta percepción, o le aconseje “caminar de un modo más femenino, utilizar maquillaje, arreglarse el cabello y utilizar joyas” para mejorar sus posibilidades de ser contratada o ascendida.

Asimismo, constituye discriminación sexual e ilegal el hecho de negarse a contratar mujeres que, a modo de ejemplo, tengan hijos o estén en edad de tener hijos, sencillamente porque el empleador esté convencido de que tales mujeres no trabajarán muy bien debido a sus compromisos familiares.

A excepción de algunos casos, constituye discriminación sexual e ilegal rechazar a una mujer por estar embarazada, y es ilegal rechazar a una mujer por haber realizado o negarse a realizar un aborto. Además, se deben otorgar beneficios a mujeres embarazadas bajo los mismos términos que a empleados con otras discapacidades temporales.

La discriminación sexual con respecto a la remuneración también es ilegal de conformidad con la Ley de Igualdad de Pago de 1963, correspondiente, en general, a empleadores de dos o más personas con un volumen anual de ventas que supere los \$500,000. Este estatuto prohíbe diferencias salariales basadas en el sexo por un trabajo equivalente que requiera la misma destreza, esfuerzo y responsabilidad bajo condiciones de trabajo similares.

Recientemente, en enero de 2009, el Congreso aprobó la Ley de Igualdad de Pago de Lilly Ledbetter, que enmendaba la Ley sobre los Derechos Civiles de 1964, declarando que la ley de prescripción de 180 días para entablar una demanda de igualdad de pago en relación a la discriminación de pago, se restablecía con cada cheque de pago discriminatorio. Esta ley fue una respuesta directa a *Ledbetter contra Goodyear Tire & Rubber Co.*, una decisión del Tribunal Supremo de los EE. UU., que mantenía que la ley de prescripción para entablar una demanda de igualdad de pago comienza a partir de la fecha en que se ha acordado el pago, no en la fecha del cheque de pago más reciente.

Por lo general, el tipo de reclamación del Título VII más común relacionado con el sexo ha sido el acoso sexual. Mientras que el acoso por razón de raza, religión, nacionalidad y otras características también es procesable, el tema del acoso sexual ha recibido la mayor atención nacional.

Básicamente, existen dos tipos de reclamaciones: aquellos en los que el acoso culmina en una acción laboral adversa y tangible (como el despido, descenso de categoría laboral o la reasignación indeseada) y el acoso que no resulta en una acción laboral adversa.

Las decisiones del Tribunal Supremo están dirigidas específicamente a los supervisores como la mayor fuente de responsabilidad potencial para los empleadores. El empleador es exclusivamente responsable de un empleado que sea víctima del acoso por parte de un supervisor con autoridad inmediata o sucesivamente superior sobre el empleado, en el caso en que exista un perjuicio laboral tangible. Por lo general, no existe la defensa en esta situación y la única cuestión sería el alcance de los daños. En consecuencia, todos los empleadores deben tomar una acción afirmativa para capacitar adecuadamente a sus supervisores y ayudar a evitar tales situaciones.

Por el contrario, en las reclamaciones por acoso contra supervisores en las que no corresponde un perjuicio laboral, se otorga una defensa afirmativa al empleador. Según el Tribunal Supremo, esta defensa comprende dos elementos:

- 1) que el empleador ha tomado precauciones razonables para prevenir y corregir oportunamente todo comportamiento de acoso sexual, y
- 2) que el empleado victimizado no ha aprovechado injustificadamente las oportunidades preventivas o correctivas otorgadas por el empleador o de otro modo para evitar los daños.

Esta defensa afirmativa constituye un motivo convincente para establecer un procedimiento de resolución de quejas internas que minimice su responsabilidad potencial en torno a estas acciones de acoso. Se debe asignar la misma importancia a la necesidad de capacitar regularmente a los supervisores y empleados en relación con la política contra el acoso y el procedimiento de quejas que debe ser utilizado si los empleados consideran que han sido acosados.

Si el acosador imputado no es un supervisor, los empleadores pueden ser responsables por una conducta sexual inoportuna que sea tan grave o generalizada que interfiere injustificadamente con el desempeño laboral de la persona. Reiteramos que su mejor defensa ante tales reclamaciones incluye el hecho de mantener una política que prohíba el acoso ilegal de un modo que cumpla con los criterios anteriores.

El acoso sexual se trata más a fondo en un folleto separado de esta serie.

3. Religión

La prohibición contra la discriminación religiosa es similar a los demás tipos de prohibiciones discriminatorias, pero con una única diferencia importante, es decir, los empleadores tienen el deber de adaptar razonablemente las actividades religiosas de sus empleados. Si bien parece que esto genera una carga económica sustancial para su negocio, no tiene por qué ser así.

No tiene la obligación de adaptar los requerimientos religiosos si la adaptación produce una dificultad indebida, que el Tribunal Supremo ha definido como cualquier cosa que genere un “costo mayor al costo *de minimis* [simbólico]”. Por ejemplo, normalmente no se le exige cambiar los horarios de trabajo para adaptarse a las costumbres religiosas de un empleado si esto viola las normas de antigüedad acordadas colectivamente o amerita la programación de horas extras en exceso. Por otro lado, permitir que un empleado solicite a otro empleado intercambiar los días de trabajo en forma voluntaria, podría ser una adaptación razonable.

Mientras que el intento de lograr una adaptación razonable implica pedir que la persona proponga soluciones, no se le exige elegir la adaptación preferida de su empleado. El empleador debe buscar una adaptación que elimine eficazmente cualquier conflicto religioso y resguarde razonablemente la situación laboral de la persona.

4. Nacionalidad

Generalmente, la nacionalidad se refiere al país de origen de la persona o de sus antepasados. Por consiguiente, se prohíbe la discriminación contra alguien por su ascendencia. Por ejemplo, no puede discriminar a alguien porque originalmente sea de Libia o porque sus padres o abuelos sean de Rusia.

La prohibición del Título VII sobre la discriminación por la nacionalidad se extiende al prejuicio basado en los antecedentes étnicos, incluso si las personas no guardan relación con una nación en particular (como los gitanos) o están asociados con grupos que claramente son estadounidenses (como los cajunes).

C. Discriminación intencional: trato desigual

El tipo de discriminación más sencillo es el intencional y se denomina “trato desigual”. Esto significa que algunos reciben intencionalmente un trato menos favorable porque pertenecen a un grupo protegido. Por ejemplo, se despidió a alguien porque pertenece a una raza en particular o no se le da el ascenso a una persona por razón de su sexo.

1. Prueba directa de la discriminación intencional: casos de motivos mixtos

Al probar la discriminación intencional, obviamente resulta útil para el demandante tener una prueba directa del motivo ilegal, como los comentarios raciales realizados durante una decisión laboral tomada por el supervisor, o un memorándum interno que describe los beneficios del despido de personas de cierta edad o miembros de algún grupo religioso. Si un demandante puede probar mediante esta evidencia directa que la razón discriminatoria fue un factor alentador en relación a una acción laboral adversa, se transfiere al empleador la carga de demostrar que la acción laboral hubiera ocurrido incluso si la condición protegida del demandante no hubiera sido tomada en cuenta.

Por ejemplo, supongamos que existen pruebas, como un memorándum interno del supervisor declarando sus prejuicios raciales al referirse al despido de un empleado afroamericano. Si el empleado despedido entabla una demanda por discriminación basada en el despido y el contenido del memorándum, la compañía aún puede refutar la reclamación presentando evidencia de que la finalización de la relación laboral se basaba en razones legítimas y no discriminatorias, como las habituales llegadas tardías del empleado, su escaso desempeño o incapacidad para llevarse bien con sus compañeros de trabajo.

A menos que el demandante pueda demostrar que esas razones comerciales efectivamente constituyen un pretexto, es decir, no representan la verdadera razón, el empleador puede evitar el pago de determinados daños de este caso de “motivo mixtos”. No obstante, si el demandante es considerado una “parte vencedora” incluso si se adjudican daños mínimos, la compañía todavía podría ser responsable por alguna parte de los honorarios de los abogados y los gastos directamente atribuidos al hecho de llevar adelante la reclamación.

2. La defensa de BFOQ

En casos excepcionales, el empleador no tendrá otra alternativa más que discriminar contra ciertos grupos. Por ejemplo, un director de cine puede tener un papel que, por motivos de autenticidad, solamente lo puede desempeñar una mujer. El Congreso ha creado una excepción limitada para este tipo de discriminación, denominada la defensa de calificación ocupacional de buena fe (Bona Fide Occupational Qualification; BFOQ), que se aplica al Título VII y a las reclamaciones basadas en la edad. Para presentar una defensa exitosa de BFOQ, el empleador debe demostrar que no todos o principalmente no todos los miembros de la clase excluida pueden desempeñar funciones laborales *esenciales*.

La defensa de BFOQ no puede basarse en la preferencia del cliente ni tampoco en la preocupación por el bienestar del empleado (a menos que el perjuicio del empleado

afecte la seguridad de los demás). Por ejemplo, una aerolínea no podría negarse a contratar aeromozos porque sus pasajeros prefieren ser atendidos por mujeres; y una fábrica no podría negarse a contratar mujeres por el temor de que los químicos utilizados en la producción puedan afectar adversamente sus aparatos reproductivos.

Por otro lado, la privacidad del cliente puede ser relevante en la defensa de BFOQ. Algunos cargos en las tiendas de ropa, como el supervisor de los probadores, pueden estar disponibles únicamente para miembros de un sexo en particular, exclusivamente según los asuntos de privacidad del cliente. Sin embargo, la defensa de BFOQ rara vez tiene éxito, y no debe apoyarse en ella excepto en las circunstancias más limitadas.

3. Prueba indirecta de discriminación

La mayoría de los demandantes no pueden proporcionar una prueba directa de discriminación. De todos modos, los tribunales le han permitido proceder con sus reclamaciones del Título VII y establecer el motivo ilegal presentando *pruebas indirectas* de discriminación. El marco para hacer esto es relativamente sencillo. Inicialmente, el demandante debe demostrar que:

- 1) es miembro de una clase protegida,
- 2) calificaba para el cargo,
- 3) tuvo lugar una acción laboral adversa, y
- 4) una persona de otra clase obtuvo el cargo, o el cargo permaneció vacante y la compañía siguió buscando personas para cubrirlo.

Si el demandante puede establecer estos cuatro elementos, se habrá establecido un caso *prima facie*. Como en los casos de motivos mixtos descritos anteriormente, la carga al empleador de presentar un motivo legítimo y no discriminatorio para el trato del demandante se transfiere al empleador. Si el empleador es incapaz de hacer esto, el demandante será la parte vencedora. No obstante, si el empleador puede presentar una razón comercial legítima

para la acción laboral adversa, la carga de intentar establecer que la razón declarada por el empleador constituye un pretexto se transfiere de vuelta al demandante.

Cuando intente probar el pretexto, el demandante puede contar con un sinfín de evidencia: prueba de trato desigual, estándares contradictorios de disciplina o contratación, pruebas estadísticas, etc. Según el Tribunal Supremo, el demandante puede probar el pretexto directamente “convenciendo al tribunal que un motivo discriminatorio seguramente ha motivado al empleador o, indirectamente, demostrando que la explicación propuesta por el empleador es indigna de credibilidad”.

D. Discriminación no intencional : impacto desigual

Antes de ofrecerle un trabajo a alguien, muchos empleadores solicitan que el aspirante cumpla con ciertos requisitos o apruebe algún tipo de examen. Aunque no pretenda discriminar contra un grupo en particular, la prueba o el requisito, no obstante, puede tener un impacto adverso sobre una clase protegida.

Por ejemplo, puede exigir un título de escuela secundaria para un cargo específico. Si este requisito tiene como resultado la exclusión desproporcionada de los miembros de una clase protegida del grupo de aspirantes potenciales, ellos pueden cuestionar el requisito del título. Para defenderse ante este cuestionamiento de impacto desigual, tendría que demostrar que el requisito se basa en una *necesidad comercial legítima* para el cargo específico.

Igualmente, puede exigirle a los empleados que realicen un conjunto de pruebas para evaluar su aptitud para un ascenso. Si alguna de las pruebas excluye en forma desproporcionada a un alto número de personas de una clase protegida, entonces estaría sujeta al cuestionamiento incluso si la decisión final del ascenso no arroja resultados desiguales. Por ejemplo, supongamos que una compañía tiene diez empleados, cinco mujeres y cinco hombres, que buscan el ascenso a dos cargos gerenciales que están disponibles. Para evaluar a los candidatos, la compañía

elabora un conjunto de pruebas que la persona debe aprobar a fin de calificar para el ascenso. Si cuatro empleados masculinos suspendieron la primera prueba y ahora no son tomados en cuenta, mientras que todas las empleadas la aprobaron, los hombres pueden presentar una reclamación de impacto adverso incluso si la decisión final de la compañía era promover a un hombre y a una mujer.

Las reclamaciones de impacto desigual no solo abarcan pruebas o requisitos educativos, sino también criterios subjetivos, como la cortesía, actitud, confiabilidad o el entusiasmo. Estos criterios subjetivos pueden utilizarse en forma legítima, pero únicamente si no excluyen injustamente a aquellos que formen parte de una clase protegida.

DECRETO EJECUTIVO 11246

El Decreto Ejecutivo 11246 es aplicable a contratistas federales con contratos gubernamentales que superen los \$10,000 en cualquier período de 12 meses, y prohíbe la discriminación por razón de raza, religión, sexo, color o nacionalidad.

La prohibición en contra de esta discriminación no es diferente a la estipulada en el Título VII de la Ley sobre los Derechos Civiles. Sin embargo, la Oficina de Programas de Cumplimiento de Contratos Federales (Office of Federal Contract Compliance Programs, OFCCP) del Departamento de Trabajo impone el cumplimiento del Decreto Ejecutivo 11246, en lugar de la Comisión de Igualdad de Oportunidades de Empleo, que impone el cumplimiento del Título VII.

Asimismo, el Decreto Ejecutivo 11246 exige que los empleadores que tengan contratos federales con un valor por encima de \$50,000 y que empleen a más de 50 empleados deben implementar y actualizar anualmente un plan escrito de acción afirmativa. No existe una obligación de acción afirmativa comparable en virtud del Título VII de la Ley sobre los Derechos Civiles.

LEY SOBRE LOS DERECHOS CIVILES DE 1871

Después de la Guerra Civil, el Congreso promulgó algunos estatutos sobre los derechos civiles para promover los objetivos de la Decimotercera, Decimocuarta y Decimoquinta Enmienda ratificadas recientemente. Las Secciones 1981 y 1983 de la Ley sobre los Derechos Civiles de 1871 son de importancia con respecto a las leyes sobre la discriminación laboral.

A. Sección 1981

Aunque se elaboró inicialmente para proteger a los antiguos esclavos contra la discriminación, se ha interpretado que la Sección 1981 también protege a los blancos y a otros que alegan discriminación racial. El estatuto no se aplica expresamente a la discriminación por razón de religión o nacionalidad. Sin embargo, los tribunales han definido la raza en términos bastante generales; por ejemplo, al incluir a los judíos y a los árabes bajo la protección de la Sección 1981, ya que “estaban entre las personas que el Congreso consideraba como razas distintas”.

Hay diferencias importantes del Título VII que aportan ventajas y desventajas para los demandantes. A diferencia del Título VII, la Sección 1981 cubre a *todos* los empleadores privados, independientemente de su tamaño, así como a los empleadores del Gobierno federal, estatal y local. En los casos de la Sección 1981, no existe el requisito de que el demandante primero presente un cargo por discriminación en un organismo administrativo, como la Comisión de Igualdad de Oportunidades de Empleo (Equal Employment Opportunity Commission, EEOC), antes de entablar la demanda. El período de tiempo para presentar una reclamación de la Sección 1981 es de cuatro años, el cual es mucho más extenso que el período de tiempo para presentar cargos por discriminación del Título VII. No obstante, la carga de la prueba del demandante en virtud de la Sección 1981 es más estricta que bajo el Título VII. Se debe probar la discriminación intencional; el impacto desigual involuntario no es procesable.

B. Sección 1983

La Sección 1983 estipula una reparación por las violaciones de los derechos constitucionales o legales de un empleado. A diferencia de la Sección 1981, generalmente no es aplicable a empleadores privados o a la discriminación por parte del Gobierno federal. Sin embargo, cubre principalmente las acciones tomadas por Gobiernos estatales o locales. En consecuencia, se ha utilizado para tratar la discriminación laboral en los departamentos de la policía o de bomberos, escuelas públicas, universidades, hospitales y organismos de transporte.

Los empleados del sector público utilizan a menudo la Sección 1983, cuando consideran que se han violado sus derechos en virtud de la Primera Enmienda. Por ejemplo, el empleado de un hospital estatal puede criticar públicamente al director del hospital por un presunto fraude en el programa de Medicaid. Si el director somete al empleado a una acción laboral adversa en base a estos comentarios, el empleado puede presentar una reclamación en virtud de la Sección 1983.

Para evaluar estas reclamaciones de la Primera Enmienda, los tribunales comparan los derechos de libertad de expresión del empleado con el interés del empleador para controlar el entorno de trabajo. El empleador solo debe demostrar una **probabilidad** de interferencia en el lugar de trabajo, en vez de la interrupción real del entorno de trabajo. Sin embargo, “mientras más se refleje la expresión del empleado en los asuntos de interés público, más tendrá que demostrar el empleador que la expresión podría ser perjudicial, antes de poder castigarse”. Como tal, la expresión sobre asuntos estrictamente privados, como la condición laboral del empleado, normalmente no está protegida, mientras que la expresión del empleado criticando las acciones ilegales o poco éticas de un funcionario público normalmente está protegida.

LEY CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN EL EMPLEO

En términos generales, la ADEA protege a los empleados de 40 años o más contra la discriminación por razón de su edad. Su definición de “empleador” cubierto es idéntica a la del Título VII, excepto que la ADEA tiene un requisito de 20 empleados, en lugar del requisito de 15 empleados del Título VII.

Además, la ADEA es similar al Título VII en el sentido de que permite los casos de motivos mixtos pero, a diferencia del Título VII, en estas situaciones la carga de la prueba no pasa al empleador. En lugar de ello, en una reclamación de motivos mixtos de la ADEA, el demandante debe probar mediante la preponderancia de la prueba que la edad fue la causa “determinante” de la acción laboral adversa cuestionada. Algunos tribunales han declarado sin validez determinadas políticas de las compañías debido a su efecto sobre los trabajadores mayores, tales como:

- no contratar a profesores con más de 5 años de experiencia;
- negar la indemnización por despido a empleados que son elegibles para recibir beneficios de jubilación;
- fijar estándares distintos para aspirantes de reasignaciones laterales y aspirantes sin experiencia;
- utilizar un programa computarizado para medir el desempeño que tuvo como consecuencia el cese de 10 de los 27 trabajadores más ancianos, pero únicamente el cese de 1 de los 25 trabajadores más jóvenes; y
- elegir empleados para el descenso de categoría laboral en base a su mayor número de años de servicio.

A. Prueba indirecta de discriminación

Aunque en ocasiones es posible probar una reclamación por trato desigual de la ADEA por medio de la prueba directa, la mayoría de los demandantes intentan probar la dis-

criminación en forma indirecta utilizando un patrón similar al utilizado en el Título VII. El demandante de la ADEA debe probar que:

- tenía 40 años o más;
- reunía los requisitos para el cargo en cuestión;
- fue sometido a una acción laboral adversa; y
- la persona empleada, ascendida o contratada era más joven que el demandante.

En relación al cuarto elemento, la persona empleada, ascendida o contratada no tiene que ser menor de 40 años para que el demandante presente una reclamación válida de la ADEA, sino “sustancialmente más joven” que el demandante.

Como en los casos del Título VII, una vez que el demandante haya presentado un caso *prima facie*, se transfiere la carga al empleador de presentar una razón legítima y no discriminatoria para el tratamiento dado al demandante. Posteriormente, el demandante puede intentar demostrar que la justificación propuesta por el empleador constituye un pretexto.

B. Reducciones en la fuerza laboral

Las reclamaciones de discriminación por edad son más comunes cuando las compañías reducen drásticamente la fuerza laboral. En ocasiones, los empleadores identifican a aquellos que ganan sueldos más altos cuando buscan reducir la fuerza laboral. A menudo, las personas que ganan sueldos más altos tienden a ser trabajadores mayores. Los demandantes de estos casos tienen problemas para presentar la prueba anteriormente mencionada de los cuatro elementos, ya que sus cargos normalmente son eliminados y no son sustituidos por ninguna otra persona, mucho menos por un empleado más joven. Los tribunales se han ocupado de este hecho estableciendo diferentes elementos para los casos de reducción en la fuerza laboral. En estos casos, el demandante debe mostrar que:

- es miembro del grupo de edad protegido;
- se desempeñaba según las expectativas legítimas del empleador;
- fue desvinculado; y
- otros que no estaban en la clase protegida recibieron un trato más favorable.

Como respaldo para esta prueba indirecta de discriminación, los demandantes de casos de reducción en la fuerza laboral también dependen de factores como: el número de personas despedidas que tenían más de 40 años en comparación con aquellas con menos de 40 años; las evaluaciones de desempeño de un empleado despedido en comparación con aquellas de los empleados más jóvenes que fueron contratados; el porcentaje de empleados mayores de 40 años que fueron despedidos; y las declaraciones directas en relación a la edad realizadas por las personas que toman las decisiones. Por lo general, los demandantes deben demostrar que los empleados más jóvenes recibieron un trato más favorable que las personas mayores con respecto a la reducción de la fuerza laboral.

C. Planes de jubilación anticipada

Aunque generalmente se le prohíbe obligar a trabajadores mayores a jubilarse, puede ofrecer planes de jubilación anticipada siempre que los planes sean voluntarios y “acordes a los propósitos relevantes” de la ADEA.

- Al evaluar si un plan es voluntario, los tribunales normalmente consideran los factores a continuación:
- si el empleado ha tenido tiempo suficiente para considerar sus alternativas;
- si se ha proporcionado información *completa y precisa* sobre los beneficios disponibles según el plan de desvinculación anticipada; y
- si han existido amenazas, intimidación o coacción por parte del empleador.

De acuerdo con un informe del Senado con respecto al tercer elemento, la “pregunta decisiva... es si, bajo las circunstancias, una persona razonable hubiera concluido que no existía otra alternativa más que aceptar la oferta”. La jurisprudencia sobre los hechos que cumplen con este criterio es, en el mejor de los casos, inconsistente.

En términos generales, no puede ofrecerle al empleado una “alternativa” entre la desvinculación anticipada o la finalización de la relación laboral. Por otro lado, ofrecerle al empleado un plan tan generoso que sea “demasiado bueno como para rechazarlo” no será considerado involuntario. Entre estos dos ejemplos extremos, los tribunales han llegado a conclusiones diferentes. Esto sugiere que debe tomar precauciones antes de ofrecer incentivos para la desvinculación anticipada y que deberá elaborar muy bien su decisión.

D. Exención de reclamaciones de la ADEA

Para disminuir el riesgo en torno a las reclamaciones por discriminación, muchos empleadores intentan hacer que los empleados firmen exenciones para renunciar a su derecho ante cualquier reclamación laboral a partir del cese, normalmente a cambio de algún beneficio, como una indemnización por despido más elevada. No obstante, cuando se renuncia a las reclamaciones por edad, también deben cumplirse algunos estándares exigidos por la Ley de Protección de Beneficios de Trabajadores Mayores (Older Workers Benefits Protection Act, OWBPA). La OWBPA exige lo siguiente:

- la renuncia debe hacerse por escrito y en inglés claro y conciso;
- debe referirse específicamente a las reclamaciones y derechos de la ADEA;
- no debe eximir ni renunciar a reclamaciones o derechos futuros;
- debe ser a cambio de alguna contraprestación de valor pecuniario más allá de cualquier beneficio o monto al que ya tenga derecho el empleado;

- se le debe aconsejar al empleado consultar con un abogado antes de firmar el acuerdo que contiene la renuncia;
- se le debe otorgar al empleado por lo menos 21 días para considerar el acuerdo (si la renuncia se hace con respecto al cese de un grupo de empleados, el período debe ser de, por lo menos, 45 días); y
- la renuncia debe ser revocable durante, al menos, siete días a partir de la firma del acuerdo por parte del empleado.

Si se solicita la renuncia en relación con un programa de indemnización por despido ofrecido a un grupo o categoría de empleados, entonces al principio del período de espera de 45 días también debe informarle a cada empleado elegible, por escrito, acerca de la categoría de empleados elegible, los requisitos específicos de elegibilidad, cualquier límite de tiempo aplicable a la participación, los títulos de los cargos y las edades de todos los empleados elegibles o elegidos para el programa, y las edades de todos los empleados en la misma categoría laboral o unidad organizativa que no son elegibles o no han sido elegidos. Estos requisitos son pertinentes a los planes voluntarios de desvinculación anticipada y a la reducción involuntaria en la fuerza laboral.

No cumplir con los requisitos de la OWBPA anulará el acuerdo de renuncia; esto significa que el antiguo empleado puede entonces presentar una reclamación de discriminación por edad contra el empleador. Este sería el caso incluso si el empleado antiguo aceptó la contraprestación adicional otorgada a cambio del acuerdo de renuncia.

DISCRIMI- NACIÓN POR DISCAPA- CIDAD

Existen dos estatutos federales que tratan la discriminación por discapacidad: la Ley de estadounidenses con discapacidades (Americans with Disabilities Act, ADA) y la Ley de Rehabilitación de 1973. Los estatutos se asemejan en muchos aspectos, pero existen diferencias importantes. Por ejemplo, la ADA es pertinente para todos los empleadores privados, del Gobierno estatal y del local que cuenten con 15 o más empleados. Por el contrario, la Sección 503 de la Ley de Rehabilitación es pertinente para los contratistas del Gobierno federal, y la Sección 504 es pertinente para los que reciben fondos federales. Asimismo, a diferencia de la ADA, la Sección 503 de la Ley de Rehabilitación impone obligaciones de acción afirmativa para todos los contratistas federales cubiertos. Existen otras distinciones sobre cómo los estatutos son exigidos, los recursos disponibles y las adaptaciones que serían consideradas razonables.

Puesto que se ha tratado ampliamente la ADA en dos folletos anteriores de esta serie, solo se resumirán en el presente las disposiciones más importantes que comparten la ADA y la Ley de Rehabilitación.

En términos generales, ambos estatutos prohíben la discriminación “contra una persona calificada que padece una discapacidad, debido a su discapacidad en procedimientos correspondientes a la solicitud de empleo, la contratación, el ascenso o el despido de empleados, la remuneración de empleados, la capacitación laboral y otros términos, condiciones y privilegios del empleo”. Para vencer en una acción entablada en virtud de uno de estos estatutos, el demandante debe establecer que:

- es miembro de la clase protegida;
- puede llevar a cabo las funciones esenciales del empleo con o sin la necesidad de adaptaciones razonables; y
- fue sometido a una acción laboral adversa debido a una discapacidad.

A. La clase protegida

La ADA y la Ley de Rehabilitación incluyen en la clase protegida a toda persona que: 1) padezca una discapacidad física o mental que limite sustancialmente una o más de las principales actividades vitales de la persona, 2) tenga antecedentes de dicha discapacidad, o 3) se considere que padece dicha discapacidad.

Para evaluar si la persona de hecho está discapacitada, los tribunales no deben tomar en cuenta las medidas tomadas por la persona para mitigar la discapacidad. Por ejemplo, las personas con diabetes que consumen insulina deben ser evaluadas con el fin de determinar si padecen de una “discapacidad” cuando se encuentran en un estado sin medicación. Esto representa un cambio significativo sobre la forma en que se había interpretado históricamente la ADA.

La ADA y la Ley de Rehabilitación no protegen a los alcohólicos o drogadictos habituales.

B. Obligación de adaptación

La ADA y la Ley de Rehabilitación no solo prohíben la discriminación contra un empleado protegido, sino que también imponen una obligación afirmativa a las compañías de *realizar adaptaciones razonables* para los empleados con discapacidades. Estos requisitos de adaptación se aplican a todas las decisiones laborales, no solo a aquellas relacionadas con la contratación y los ascensos. Por ejemplo, la obligación de realizar adaptaciones se aplica a los servicios de contratación o asesoría financiados por el empleador y a las cafeterías, salas de espera, gimnasios, auditorios, el transporte y servicios similares suministrados por el empleador.

Si bien estas disposiciones ciertamente tienen un alcance más amplio que la disposición de adaptación *de minimis* para la religión estipulada en el Título VII, son similares a su equivalente del Título VII en el sentido de que ni la ADA ni la Ley de Rehabilitación exigen la **mejor** adaptación posible o la que el empleado más desee. La

adaptación solo debe ser suficiente para cumplir con las necesidades laborales de la persona que recibe la adaptación.

Obviamente, no todas las solicitudes de adaptación son razonables, y ningún estatuto exige una adaptación que genere una “dificultad indebida” para la compañía. “Dificultad indebida” se refiere a cualquier adaptación que resulte indebidamente costosa, onerosa, sustancial, o perjudicial, o que básicamente altere la naturaleza o el funcionamiento de la compañía.

Aunque no se ha declarado un estándar preciso, los tribunales normalmente consideran un número de factores al determinar si la adaptación produciría una molestia indebida: el tamaño de las instalaciones, el costo de la adaptación requerida, el número de empleados afectados, el impacto sobre la empresa como un todo, y la interrupción potencial del trabajo de la compañía.

Como se ha tratado detalladamente en otro folleto de esta serie, la Ley de Reforma y Control de la Inmigración (Immigration Reform and Control Act, IRCA) exige a los empleadores documentar el derecho legal del empleado para trabajar en los Estados Unidos al llenar el Formulario I-9 del Servicio de Inmigración y Naturalización (Immigration and Naturalization Service, INS). Asimismo, la IRCA contiene tres disposiciones contra la discriminación.

La primera prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad y extiende esta protección a todos los empleadores que tengan cuatro o más empleados (en lugar del requisito de 15 empleados del Título VII). Además, a diferencia del Título VII, el demandante de la IRCA debe demostrar la discriminación intencional y no puede proceder bajo una teoría de impacto adverso.

La segunda disposición prohíbe la discriminación con respecto a la contratación y el despido basada en la condición de ciudadanía, sujeto a tres salvedades. Primero,

LEY DE REFORMA Y CONTROL DE LA INMIGRACIÓN

al momento de la presunta discriminación, el empleado debe ser ciudadano de los EE. UU. o extranjero: 1) admitido en forma legítima como residente permanente; 2) admitido en forma legítima como residente temporal; 3) admitido como refugiado; o 4) asilado. Segundo, la IRCA permite que el empleador prefiera a un ciudadano de los EE. UU. en lugar de un extranjero “si ambas personas tienen calificaciones equivalentes”. Sin embargo, esta disposición se ha interpretado muy al pie de la letra. Efectivamente, las dos personas deben ser prácticamente idénticas, excepto por su condición de ciudadanía. Tercero, puede discriminar según la condición de ciudadanía si lo exige una ley, un reglamento o un decreto ejecutivo. Esta disposición también se ha interpretado muy al pie de la letra, y debe quedar bastante claro que la ley prohíbe la contratación de alguien que no sea ciudadano para un trabajo en particular.

La tercera disposición contra la discriminación se aplica en el proceso del Formulario I-9 y se conoce como la discriminación en base al “abuso del documento”. Existen tres componentes para esta prohibición. Primero, no puede especificar los documentos que el empleado debe presentar con respecto a la verificación de identidad y elegibilidad de empleo. Esto significa que no puede exigirle a todos los recién contratados presentar únicamente una licencia de conducir o una tarjeta del Seguro Social, o exigir la presentación de un documento emitido por el INS, por ejemplo. Segundo, no puede exigirle a un empleado presentar más documentos de los que sean necesarios para establecer su identidad y elegibilidad de empleo. Tercero, no puede negarse a aceptar los documentos que parezcan ser razonablemente auténticos en su apariencia y se relacionen al empleado en cuestión. Tome nota que las disposiciones sobre el abuso del documento se aplican a todos los empleados, independientemente de su condición de ciudadanía.

DERECHOS EN VIRTUD DEL SERVICIO MILITAR

A. Ley de Asistencia de Readaptación para los Veteranos de la Era de Vietnam

La Ley de Asistencia de Readaptación para los Veteranos de la Era de Vietnam (Vietnam Era Veterans' Readjustment Assistance Act, VEVRAA) prohíbe la discriminación contra veteranos por parte de contratistas o subcontratistas federales con contratos de \$25,000 o más. Para contratos celebrados después del 1 de diciembre de 2003, los contratos deben totalizar \$100,000 o más. La clase protegida incluye a veteranos discapacitados especiales que tienen derecho a una remuneración (gestionada por el Departamento de Asuntos de los Veteranos) por una discapacidad con una calificación del 30% o más. La Ley también protege a los veteranos con una calificación de discapacidad del 10 o del 20% si el veterano padece una minusvalía grave o ha sido dado de baja o liberado del servicio militar activo debido a una discapacidad relacionada al servicio.

VEVRAA además protege a los veteranos que hayan sido dados de baja o liberados por otro motivo distinto a una baja deshonrosa, si alguna parte del servicio militar activo ocurrió durante la era de Vietnam y el veterano prestó servicios militares activos durante al menos 180 días. El estatuto ha sido enmendado para ampliar la protección a todo veterano que haya prestado servicio militar activo durante una guerra o en una campaña o expedición para la cual haya sido autorizada una insignia de campaña.

Además de prohibir la discriminación laboral contra miembros de la clase protegida, VEVRAA también impone requisitos de acción afirmativa a los contratistas federales que cuenten con 50 o más empleados y contratos del Gobierno federal de un valor de \$50,000 (\$100,000 si los contratos fueron celebrados después del 1 de diciembre de 2003).

B. Ley de Derechos de Contratación y Reconstratación de los Servicios Uniformados

Aprobada en 1994, la Ley de Derechos de Contratación y Reconstratación de los Servicios Uniformados (Uniformed Services Employment and Re-employment Rights Act,

USERRA) estipula diversos derechos y beneficios laborales para los miembros de los servicios uniformados. Además de imponer la obligación afirmativa a todos los empleadores públicos y privados para otorgarle el permiso a sus empleados para cumplir el servicio militar, la USERRA contiene disposiciones contra la discriminación.

1. Obligación de reincorporación

Generalmente, los empleadores tienen una obligación en virtud de la USERRA de volver a contratar “inmediatamente” a los empleados no temporales que regresan luego de haber cumplido sus obligaciones del servicio militar. Para personas que regresan del servicio militar después de uno a 90 días, la persona debe ser recontratada en la siguiente prioridad de trabajos: 1) el cargo que obtendría el empleado si hubiera sido contratado en forma continua; 2) el cargo que el empleado tenía antes del servicio militar; o 3) un cargo con una condición y un salario inferior para el cual califique el empleado, sin perder la antigüedad. Si el empleado regresa del servicio militar después de más de 90 días, se aplica la prioridad de cargos a continuación: 1) el cargo que obtendría el empleado si hubiera sido contratado en forma continua, o un cargo con antigüedad, condición y salario equivalente; 2) el cargo que el empleado tenía antes del servicio militar, o un cargo con antigüedad, condición y salario equivalente; y 3) un cargo con una condición y un salario inferior para el cual califique el empleado, sin perder la antigüedad.

Puesto que el estatuto no define la “recontratación inmediata”, los límites de dicho estándar serán fijados según el caso. Por ejemplo, para la persona que cumple un fin de semana de obligaciones militares, la recontratación probablemente sería “inmediata” si su regreso está programado para el siguiente día hábil. Sin embargo, la reincorporación luego de varios años de servicio militar puede ameritar un período de reincorporación más prolongado, de modo que se le notifique con suficiente tiempo a la persona que ocupa el puesto actualmente.

2. Discapacidades debido al servicio militar

En virtud de la USERRA, todos los empleadores, independientemente de su tamaño, tienen una obligación afirmativa de realizar adaptaciones para los empleados que regresan del servicio militar con discapacidades debido al mismo. La obligación del empleador es realizar adaptaciones razonables con respecto a la discapacidad del empleado de modo que este pueda desempeñar el cargo que hubiera ocupado si no fuera por el servicio militar.

Si no existe una adaptación razonable para dicho cargo, el empleado debe ser recontratado en un cargo con antigüedad, condición y salario equivalente para el cual califique o pueda calificar. Si esto no es posible, el empleado debe ser recontratado en un cargo que constituya la “aproximación más cercana” en términos de antigüedad, condición y salario.

3. Protección contra la discriminación

En conclusión, la USERRA contiene una disposición poco común que estipula que el empleado recontratado luego de un servicio militar de 181 días o más no *podrá ser despedido sin motivo* durante un año a partir de la fecha de recontratación. Aquellos empleados que sean recontratados luego del servicio militar de entre 30 y 180 días no podrán ser despedidos sin motivo durante seis meses a partir de la fecha de recontratación. El “motivo” exige que la finalización de la relación laboral sea una sanción razonable por la conducta del empleado, y que el empleado tuviera conocimiento real o implícito de que el despido representaba una posible sanción por la conducta en cuestión.

Además de estas protecciones específicas del despido sin motivo, la USERRA brinda protección contra la discriminación y las represalias debido a obligaciones militares pasadas, actuales o futuras. Por ejemplo, no puede negarse a contratar a alguien porque forme parte de la reserva militar; y no puede negarse a ascender a alguien sencillamente porque exista la posibilidad de que la persona sea llamada para hacer el servicio militar.

Para proceder con una reclamación de la USERRA, el empleado debe demostrar que si no fuera por la obligación militar, el empleador no habría tomado una acción laboral adversa. Para evitar la responsabilidad legal, el empleador tendría que probar que se habría tomado la misma acción independientemente de las obligaciones militares del empleado.

PROTECCIÓN PARA DENUNCIANTES INTERNOS Y CONTRA REPRESALIAS

Muchos estatutos, incluyendo el Título VII, la ADEA y la ADA, prohíben la discriminación contra un empleado actual, un aspirante o un antiguo empleado porque la persona haya presentado cargos, haya asistido o participado de algún modo en una demanda o investigación por discriminación, o porque se haya opuesto a una práctica laboral discriminatoria. Por lo general, las “represalias” normalmente se refieren a la discriminación contra un empleado por presentar su propio cargo; el término “denunciante interno” se refiere a alguien que se ha quejado en nombre de otros con respecto a las prácticas de una compañía.

A. Discriminación por “participación”

No puede discriminar contra una persona en base a su “participación” en una demanda o investigación por discriminación. Esta disposición ha sido interpretada ampliamente y no solo cubre la presentación de un cargo formal, sino también expresar la intención de presentar un cargo, la recolección privada de información no confidencial para uso de la agencia de investigación que se ocupa del cargo, actuar como testigo para un demandante, testificar para un compañero de trabajo o negarse a actuar como testigo para un empleador. Tampoco puede negarse a contratar a alguien porque haya entablado una demanda por discriminación contra un empleador anterior.

En estos casos, la protección se extiende incluso si el empleado se equivoca con respecto a los méritos del cargo e incluso si usted considera difamatorio el contenido del cargo, siempre que las palabras o acciones se limiten al contexto del litigio por discriminación.

B. Discriminación por “oposición”

En ocasiones, puede que el empleado no presente un cargo por discriminación; sin embargo, puede negarse a seguir una orden, o decirle a otro empleado que se niegue a hacer algo, porque considera que la orden viola un estatuto sobre la discriminación. Esta conducta está protegida en muchos casos, pero no en todos. Por ejemplo, un empleado puede decirle a un compañero de trabajo que la política de discapacidad por embarazo del empleador es ilegal en virtud del Título VII. El empleado puede estar protegido por la disposición de represalias estipulada en el Título VII siempre que el empleado haya tenido la “creencia razonable” de que la práctica en cuestión era ilegal.

No obstante, no todas las formas de oposición están protegidas. La forma en que el empleado expresa su oposición ante una práctica laboral presuntamente discriminatoria debe ser razonable. Por ejemplo, las huelgas que interrumpan la capacidad de los trabajadores para entrar y salir del lugar de trabajo no estarían protegidas. No obstante, las huelgas pacíficas que no interfieran significativamente con las actividades comerciales del empleador probablemente estarían protegidas no solo de acuerdo a las leyes sobre la discriminación, sino también bajo la Ley Nacional de Relaciones Laborales. (Esta ley compleja se trata en dos folletos de esta serie).

Un empleado que descuide sus funciones laborales a modo de protesta puede perder la protección como denunciante interno. No obstante, el empleado que utiliza pequeñas cantidades razonables de tiempo del trabajo para presentar quejas, probablemente estaría protegido. Por ejemplo, un trabajador que utiliza tiempo del trabajo para redactar un correo electrónico dirigido al supervisor y que documente las prácticas presuntamente discriminatorias, probablemente estaría protegido.

LEYES ESTATALES Y LOCALES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL

El Gobierno federal no es el único organismo que se encarga de la discriminación laboral: los Gobiernos estatales y locales también han aprobado diversos estatutos con respecto a esta materia. En algunas zonas, las leyes contra la discriminación sencillamente reflejan exactamente sus equivalentes federales. Sin embargo, algunos estados y ciudades han ampliado extensamente la protección ante la discriminación laboral.

Por ejemplo, algunos estados y municipalidades prohíben la discriminación basada en factores tales como el historial como fumador, información genética, antecedentes criminales, condición de asistencia pública, orientación sexual, estado civil y opiniones políticas. Algunos estatutos estatales sobre denunciantes internos también protegen a empleados que denuncian diversos tipos de actividades ilícitas de un empleador. Debido a que el nivel de protección varía en forma drástica dependiendo del estado, siempre es mejor consultar con abogados competentes antes de tomar una acción adversa contra un empleado que pudiera estar protegido.

MEDIDAS PREVENTIVAS

Prácticamente todos los empleados tienen el potencial de formar parte de alguna clase protegida, y puesto que los tribunales generalmente han facilitado la presentación de una reclamación por discriminación de parte del demandante, es esencial que los empleadores tomen precauciones con respecto a todas sus decisiones laborales. A continuación se presentan algunos pasos prácticos que puede tomar para minimizar la responsabilidad legal de su compañía ante estas demandas.

A. Evaluaciones del desempeño

Es bastante común que los empleadores finalicen la relación laboral de un empleado debido a un “desempeño escaso”, incluso si el empleado ha recibido continuamente evaluaciones de desempeño laboral como “satisfactorio” o “bueno”. A menudo, “satisfactorio” es la peor calificación que otorga una compañía. Si el empleado eventualmente fue objeto de una finalización de la relación laboral debido

a deficiencias de desempeño y luego presenta una demanda por discriminación, usted puede estar en la posición difícil de tener que convencer al juez o al jurado de que una evaluación como “bueno” realmente significa “malo”. Para evitar este problema, es esencial la realización de evaluaciones sinceras y precisas. Si alguien no se desempeña de modo satisfactorio, se le deben notificar claramente sus deficiencias. En la medida en que se utilicen formularios escritos, es mejor que se llenen con un estilo narrativo en lugar de depender de un sistema de numeración arbitrario.

B. Capacitación para supervisores

Como se ha señalado anteriormente, el ingente volumen de estatutos contra la discriminación hace difícil evitar las reclamaciones por discriminación, incluso para el empleador o supervisor que tenga las mejores intenciones. Puesto que los supervisores sencillamente pueden no estar conscientes de sus obligaciones legales, una forma de disminuir la posibilidad de reclamaciones por discriminación es proporcionarles capacitación e información con regularidad sobre los nuevos avances en las leyes contra la discriminación. Una capacitación realizada con regularidad para supervisores sobre las prácticas generales de gestión también sería una inversión sensata.

C. Procedimiento para el manejo de las quejas

Una compañía puede minimizar su responsabilidad legal ante la mayoría de las reclamaciones por acoso mediante la implementación de un procedimiento para las quejas de sus empleados. Esta política sería una buena idea para las quejas de todo tipo. Para ser eficiente, la política debe incluir, como mínimo, una prohibición detallada en tono enérgico contra el acoso, una descripción clara de los pasos que debe tomar un empleado para denunciar el acoso y un mecanismo para una medida correctiva e inmediata.

Una vez que se haya enterado de una queja del empleado, es imprescindible realizar una investigación y, según corresponda, llevar a cabo rápidamente una medida correctiva. La severidad de la acción de la compañía debe reflejar exactamente la severidad del acoso u otro asunto. Por

ejemplo, si un empleado toca constantemente a sus compañeros de trabajo de un modo inapropiado y ofensivo, la compañía probablemente no se protegerá ante la responsabilidad sencillamente transfiriendo al empleado transgresor a un nuevo departamento. En este caso extremo, la suspensión o el despido inmediato podría ser la única medida apropiada.

Es una buena idea no solo incluir la política en todo manual del empleado, sino además publicarla por separado, en tableros de anuncios. La política debe tratarse a fondo durante la orientación del empleado recién contratado. También es aconsejable exigirle a los empleados y supervisores firmar acuses de recibo de que han obtenido una copia de la política o la capacitación con respecto a esta disposición. Asimismo, la redistribución anual de la política (incluso con el primer cheque de pago de cada año) también es una buena forma de demostrar la importancia de esta política.

D. Políticas laborales

Puesto que muchos de los estatutos contra la discriminación permiten los cuestionamientos sobre el impacto adverso, es importante que usted vuelva a evaluar los criterios utilizados al tomar decisiones en torno a la contratación, el ascenso o el despido. Cerciórese de que sus requisitos actuales correspondan al trabajo, y elimine aquellos que solo se relacionen ligeramente a las funciones importantes del trabajo o que no estipulen muy bien las previsiones sobre la capacidad de la persona para llevar a cabo determinadas tareas esenciales.

E. Contratación y despido

La contratación y el despido ocupan el primer lugar en la lista de acciones laborales más susceptibles de ocasionar una reclamación por discriminación. Los procedimientos claros y coherentes para la selección, las entrevistas y la contratación pueden disminuir significativamente sus riesgos. Es incluso más importante tomar precauciones durante el proceso de finalización de la relación laboral.

Sus políticas deben ser lo suficientemente flexibles como para permitir la finalización de la relación laboral de inmediato para los casos inusuales o notorios, pero en los casos de despido más típicos, como aquellos que impliquen el escaso desempeño o el absentismo, usted debe seguir un método progresivo de disciplina, que documente los problemas a lo largo del proceso. A diferencia de los empleados que han recibido asesoramiento y advertencias con antelación, es más probable que los empleados conmovidos o sorprendidos por el despido reaccionen con enojo y presenten una reclamación.

Incluso cuando una mala conducta grave amerite la inmediata finalización de la relación laboral, nunca intente despedir al empleado “en el momento” o cuando usted esté enojado. Investigue detenidamente, identifique y obtenga documentos importantes, y entreviste al acusado y a otros que puedan tener información relevante. Si los hechos son verdaderos y probablemente ocasionarían la finalización de la relación laboral, a menudo es aconsejable suspender al empleado sin salario mientras realiza su investigación. Permitir que la persona continúe trabajando luego de haber sido acusada de una mala conducta grave genera dudas de si la compañía realmente considera la conducta un fundamento suficiente para el despido.

La entrevista de despido debe hacerse en privado, con dignidad y ante la presencia de un representante adicional de la gerencia. Asuma que su conducta y sus declaraciones en la entrevista se relatarán eventualmente en el tribunal. Todo esto, por supuesto, constituye un tipo de “debido proceso”. Estos métodos ciertamente disminuirán la probabilidad del litigio y, si de todos modos se entabla una demanda, toda legalidad en el caso será mucho menos importante para el resultado que el hecho de que en las mentes de los miembros del jurado usted haya tratado al empleado de manera justa.

F. Arbitraje

Debido al auge de demandas y la tendencia en nuestra sociedad de entablar demandas por asuntos insignifi-

cantes, incluso el empleador más cauteloso tendrá que enfrentarse, ocasionalmente, a una demanda. Hasta las acciones sin mérito pueden ser costosas y su defensa consume tiempo, y muchas compañías vencedoras han dejado el tribunal con la sensación de la derrota y el agotamiento.

Como método de resolución de disputas, cada día hay más compañías que se mantienen distantes de juicios costosos y emocionalmente extenuantes; en lugar de ello, prefieren el arbitraje financiado por la compañía. Dicho programa, si se realiza apropiadamente, generalmente ofrece una forma más rápida y menos costosa para resolver las disputas que de otro modo se resolverían en un tribunal.

Si bien los detalles de este programa van más allá del alcance del presente folleto, Fisher & Phillips LLP tiene a su disponibilidad un resumen y análisis detallado.

CONCLUSIÓN Aunque el cumplimiento del sinnúmero de leyes federales y estatales que brindan protección a los empleados puede parecer abrumador e increíblemente limitado, este no es necesariamente el caso. Las compañías aún pueden utilizar el sentido común y el juicio comercial adecuado para la toma de decisiones con respecto a la contratación y el ascenso.

Incluso en aquellos estados en que se haya disminuido severamente la doctrina de “empleo voluntario”, aún se puede despedir a los empleados que presenten un desempeño escaso o problemas de disciplina. Sencillamente requiere un poco de atención y precaución.

Para obtener mayor información sobre este tema, contacte a cualquier oficina de Fisher & Phillips LLP o visite nuestro sitio web www.laborlawyers.com.

OTHER BOOKLETS IN THIS SERIES:

Age Discrimination In Employment Act

Americans With Disabilities Act
(Employment Aspects)

Americans With Disabilities Act
(Public Accommodations)

Business Immigration

COBRA

Family Medical Leave Act

Fair Labor Standards Act
(Exemptions & Recordkeeping)

Fair Labor Standards Act
(Wage & Hour Provisions)

HIPAA

Immigration Law

National Labor Relations Act
(Unfair Labor Practices)

National Labor Relations Act
(Union Organizing)

OSHA

Sexual Harassment

USERRA

WARN Act

FISHER & PHILLIPS LLP

A T T O R N E Y S A T L A W

Solutions at Work[®]

www.laborlawyers.com