

## ASUNTOS DE DERECHO EN EL EMPLEO

### INTRODUCCION

Aproximadamente el cuarenta por ciento de los más de un millón de norteamericanos diagnosticados anualmente con algún tipo de cáncer son adultos en edad de empleo. Casi diez millones de norteamericanos tienen algún antecedente de cáncer. Estas estadísticas realzan la importancia de que los pacientes y sobrevivientes de cáncer tengan conocimiento de los derechos y protecciones que tienen en materia laboral.

### LEYES DE PROTECCION EN EL EMPLEO PARA LOS PACIENTES DE CANCER

Los dos estatutos federales en materia laboral que más conciernen a los diagnosticados con cáncer (o esos con antecedentes de cáncer) son: 1.- La Ley de Ausencia por Razones Médicas y Familiares (Family and Medical Leave Act – FMLA, según nombre y siglas en inglés) y 2.- La Ley Americanos con Discapacidades (Americans with Disabilities Act – ADA – según nombre y siglas en inglés)<sup>(8)</sup> Aunque este capítulo del Guía enfoca la atención solamente hacia esos dos estatutos federales, es importante hacer notar que también existe una cantidad de leyes estatales que podrían conferirle derechos y protecciones adicionales en el contexto del empleo.<sup>(9)</sup> Con frecuencia se puede encontrar en el Internet información sobre una ley estatal en particular; incluso, al final de este capítulo encontrará direcciones de portales electrónicos que lo pueden orientar.

### LA LEY DE AUSENCIA POR RAZONES MEDICAS Y FAMILIARES (FMLA)

#### ¿Cuál es el propósito y el alcance de la FMLA?

El propósito de la FMLA es conferir a los empleados elegibles el derecho a ausentarse de su empleo por razones médicas y familiares bajo ciertas circunstancias.

- (8) La FMLA y la ADA son dos de los estatutos más complejos en la jurisprudencia de discriminación en el empleo, y continúan siendo sujetos de litigación en todos los EEUU. Por lo tanto, el Comité recomienda que para información más al día respecto a estos estatutos, incluso su aplicabilidad en circunstancias específicas y el significado de la terminología usada en los estatutos usted se comunique con su abogado, y/o con la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de los EEUU, el Departamento de Trabajo de los EEUU o con un grupo adecuado de abogados de derechos.
- (9) Este capítulo habla solo del alcance de esta protección para los empleados de empleadores en el sector privado. Sin embargo, los empleados públicos también tienen derecho a ciertas protecciones para permiso de ausencia del empleo por razones médicas y familiares, y para discriminación relacionada a discapacidades. En el Internet, incluso en el portal electrónico de la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de los EEUU puede encontrar más información respecto a las protecciones relativas a los empleados públicos.

La Oficina de Horas y Sueldos de la Secretaría del Trabajo de los EEUU (DOL según siglas en inglés) es la agencia federal a cargo de obligar el cumplimiento a la FMLA y establecer los reglamentos tocantes a las protecciones que la Ley ofrece.

La FMLA aplica a los empleadores del sector privado con cincuenta o más empleados con veinte semanas de calendario de trabajo en el año de calendario actual o inmediatamente anterior. El empleador sujeto a esta ley tiene que conceder a sus empleados elegibles permiso de ausencia por razones médicas y familiares hasta por 12 semanas sin goce de sueldo y con empleo protegido, en ciertas situaciones médicas y familiares.

### **¿Quién es un empleado elegible?**

Para ser “elegible” al permiso de ausencia por razones médicas y familiares bajo la FMLA el individuo tiene que haber estado empleado: (1) un mínimo de doce meses por el empleador a quien le está solicitando el permiso de ausencia; (2) tener mínimo 1,250 horas trabajadas en el período de 12 meses inmediatamente anterior a la solicitud de permiso de ausencia; y (3) en un sitio de trabajo donde el empleador emplea mínimo 50 o más empleados dentro de un radio de setenta y cinco millas.<sup>(10)</sup> El período de empleo de 12 meses no tiene que ser consecutivo. Pero, solamente las horas realmente trabajadas cuentan para la suma del requisito de 1,250 horas.

### **¿Bajo cuales circunstancias puedo solicitar un permiso de ausencia bajo la FMLA?**

El empleado puede solicitar permiso de ausencia FMLA para las siguientes circunstancias: (1) el nacimiento y cuidado de un hijo, o llevar a cabo una adopción o tutela; (2) un padecimiento grave de salud de un cónyuge, un padre o un hijo del empleado que requiere que el empleado falte a su trabajo para cuidar al miembro de su familia; o (3) un padecimiento grave de salud del empleado que impide que el empleado desempeñe una o más de las funciones esenciales<sup>(11)</sup> en su puesto de empleo.

(10) Notablemente, la ley estatal, los acuerdos de negociación colectiva y las prestaciones del empleado para ausencias por razones médicas y familiares (con frecuencia delineadas en el manual o póliza del empleado) podrían ofrecer beneficios más generosos que esos que confiere la FMLA. Por lo tanto, es importante confirmar si dichos beneficios adicionales existen y, si existen, averiguar cómo aplican a su necesidad específica para ausencia por razones médicas y familiares.

(11) La DOL incorpora la definición de ADA de “función esencial” en los reglamentos de FMLA. La definición de la ADA para función esencial se describe en más detalle en el capítulo de la ADA.

**¿Cómo define la FMLA “padecimiento grave de salud”?**

La FMLA define el término “padecimiento grave de salud” como: una enfermedad, lesión, incapacidad, o padecimiento físico o mental que requiere: (1) atención de paciente internado en hospital, hospicio o establecimiento residencial para atención médica; o (2) tratamiento continuo de un proveedor de atención de salud. Cualquier período de incapacidad o tratamiento subsiguiente relacionado a paciente internado también está protegido por la FMLA.

**¿La FMLA permite que yo tome permisos de ausencia en períodos más cortos o reduzca mis horas?**

Sí. Cuando es médicamente necesario, el empleado podría tomar permisos de ausencia intermitente (ejemplo: por un día o unas horas) o pedir un horario reducido (ejemplo: reducir la cantidad de horas o días de trabajo) El horario reducido puede usarse para una variedad de situaciones, incluso cuando el empleado está recuperándose de un padecimiento grave de salud y necesita reducir su horario u horas de trabajo. Los permisos de ausencia intermitente se toman en bloques separados de tiempo para una sola razón, y pueden ser usados para un padecimiento grave de salud que requiere tratamiento médico periódico, por ejemplo: la quimioterapia.

Durante tales horarios de ausencia intermitente u horario reducido el empleador puede, en algunos casos, transferir temporalmente al empleado a un puesto alterno con sueldo y beneficios equivalentes para acomodar los períodos de ausencia o capacidad limitada del empleado. El requisito de paga y beneficios equivalentes aplica aún si el nuevo puesto reduce la cantidad de horas a un nivel en el que el empleado no tendría derecho de otra manera a tal pago o beneficios. Sin embargo, el empleador no puede transferir al empleado a un puesto para desanimar al empleado a tomar permisos de ausencia o tomar represalias contra el empleado porque solicita permiso de ausencia. Una vez que la ausencia intermitente u horario reducido ya no es necesario el empleador tiene que regresar a los empleados no clave al mismo puesto que tenían o a uno sustancialmente similar (explicado a continuación).

**¿Cómo y cuándo debo avisarle a mi empleador?**

Cuando anticipa la necesidad de un permiso de ausencia el empleado debe avisarle a su empleador, cuando menos con 30 días de anticipación, que va a necesitar el permiso, y avisarle por cuánto tiempo. Es más, el empleado tiene que hacer el intento de programar su ausencia, si es posible, de manera que no sea excesivamente disruptiva a las operaciones del empleador. En las situaciones donde no se anticipa la necesidad de un permiso de ausencia el empleado tiene que dar aviso a su empleador tan pronto como sepa que necesita el permiso. Aunque las leyes federales no

requieren que el empleado específicamente mencione la FMLA cuando solicita un permiso de ausencia el empleado tiene que dar a su empleador suficiente información para ponerlo en conocimiento que la ausencia que solicita puede calificar para FMLA. Posteriormente, el empleador puede inquirir más, si es necesario, respecto a las circunstancias específicas para las que se solicita el permiso.

Una vez que se le ha dado aviso, el empleador tiene la responsabilidad de informar al empleado dentro de los dos días hábiles posteriores a la solicitud que el permiso contará como ausencia FMLA, ausentes circunstancias especiales. El empleador también tiene que darle un aviso al empleado detallando las obligaciones que el empleado tiene bajo FMLA y las consecuencias por falta de cumplimiento.<sup>(12)</sup> Muchos empleadores utilizan la forma suministrada por DOL (conocida como la forma 381) para dar el aviso mencionado. En el portal electrónico de DOL puede encontrar la forma.

### **¿Puede el empleador pedir certificado o exámenes médicos en respuesta a la solicitud para FMLA?**

Si. El empleador puede requerir que el empleado presente un certificado médico del proveedor de atención de salud atestiguando el padecimiento grave de salud del empleado o miembro de familia. Pero, el empleador no puede pedir más información que la requerida en la forma opcional DOL para certificación FMLA (conocida como la forma 380) La información que se pide en la forma DOL es acerca del padecimiento de salud específico en cuestión, incluso: la fecha en que el padecimiento comenzó, el tiempo que se espera dure el padecimiento, si el padecimiento cae dentro de la definición de “padecimiento grave de salud” y los datos médicos que fundamentan dicha conclusión. En la forma también se pregunta si la ausencia intermitente será necesaria y el ensanche de dicha ausencia intermitente, si el empleado tendrá la habilidad de desempeñar las funciones esenciales de su puesto en el empleo y, si la ausencia es debido a un padecimiento grave de salud de un miembro de su

(12) Dicho aviso debe especificar si el empleado estará obligado a presentar un certificado médico y las consecuencias si no lo presenta, el derecho que tiene el empleado a usar tiempo con goce de sueldo durante el período de ausencia bajo la FMLA y/o si el empleador requerirá que el empleado sustituya dicha ausencia con goce de sueldo, si el empleado estará obligado a pagar sus primas del seguro de salud de grupo y las consecuencias si no las paga, si se le va a exigir que presente un certificado de aptitud para trabajar cuando regrese al empleo, si el empleado será descalificado como empleado clave, y el derecho que tiene el empleado a la reinstalación de puesto.

familia, información respecto al cuidado que necesita el miembro de la familia. Muchos empleadores deciden usar la forma DOL en conexión a dichas certificaciones. En el portal electrónico del DOL puede encontrar la forma.

Cuando se anticipa la ausencia y el empleado ha dado a su empleador aviso con 30 días de anticipación, el certificado debe ser presentado antes de que comience la ausencia. Cuando no es posible dar aviso con 30 días de anticipación, el empleador tiene que dar al empleado cuando menos quince días para entregar el certificado. El empleado tiene que presentar el certificado dentro de este marco de tiempo o tan pronto como sea prácticamente posible bajo las circunstancias. El empleador no puede comunicarse directamente con el proveedor de atención de salud del empleado respecto al certificado médico. Sin embargo, el proveedor de atención de salud del empleador puede comunicarse con el proveedor de atención de salud del empleado, con permiso del empleado, para clarificación o confirmación de la autenticidad de cualquier información que se ha suministrado.

#### **¿Qué pasa si mi empleador no está de acuerdo con lo que dice mi doctor?**

Cuando un empleador tiene razón para cuestionar la validez del certificado inicial el empleador puede requerir una segunda opinión de otro proveedor de atención de salud, a costo del empleado, siempre y cuando no exija que el otro proveedor sea uno que el empleador emplea o usa regularmente. Si el segundo certificado discrepa con el certificado inicial, el empleador puede requerir un tercer certificado, a costo del empleador. El empleador y el empleado tienen que conjuntamente acordar sobre el tercer proveedor de atención de salud, cuya decisión en el tercer certificado será definitiva y obligatoria. El empleador también puede pedir una re certificación del empleado, usualmente cada treinta días después que la duración estimada se ha vencido, y puede pedir un certificado de aptitud para trabajar cuando el empleado está listo para regresar al trabajo (siempre y cuando el empleador ha aplicado uniformemente el requisito de certificado de aptitud para trabajar cuando un empleado regresa de una ausencia por razones médicas)

#### **¿Perderé mi beneficio de cobertura cuando estoy en ausencia FMLA?**

Generalmente, no. Durante una ausencia FMLA el empleador tiene que continuar suministrando la cobertura de seguro de salud de grupo patrocinada por el empleador, como si el empleado no hubiera tomado la ausencia. De este modo, cualquier cambio que ocurre en el plan de salud de grupo durante la ausencia FMLA del empleado tiene que aplicar o ser ofrecido al empleado.

En ciertas circunstancias, la obligación que el empleador tiene de continuar los beneficios de salud del empleado durante una ausencia FMLA terminará, incluso

cuando: (1) la relación obrero-patronal hubiera terminado aunque el empleado no hubiera tomado el permiso de ausencia; (2) el empleado no regresa al trabajo en la fecha que se vence el permiso (ausentes circunstancias especiales); (3) el empleado decide no seguir con la cobertura de seguro de salud de grupo; o (4) el pago de la prima del empleado ha estado vencido más de 30 días, a pesar que el empleador le ha dado suficiente aviso (usualmente 15 días)

### **¿Quién paga por los beneficios durante el permiso de ausencia FMLA?**

El empleador puede requerir que durante el período del permiso de ausencia el empleado pague la porción de sus primas de seguro por las que el empleador pagaba, lo que puede hacerse de varias maneras, incluso hacer que el empleado pague la prima: (1) en la fecha que hubiera sido pagada por medio de la nómina de sueldos; (2) de acuerdo al calendario de pagos que se hacen bajo COBRA; o (3) de acuerdo a un plan de pagos razonable entre el empleador y el empleado. El empleador tiene que dar aviso razonable al empleado sobre su opción(es) de pago, y el empleado generalmente tiene la opción de discontinuar su cobertura de beneficios durante el período del permiso de ausencia FMLA.

### **¿Tengo que usar mi tiempo de vacaciones/PTO durante la ausencia FMLA?**

El empleado elegible también puede escoger, o el empleador puede requerir, que el empleado use durante su ausencia FMLA cualquier tiempo de ausencia con pago de sueldo que tiene acumulado y que no ha usado. Cualquier empleador que requiera dicha sustitución debe notificar al empleado, con anticipación y por escrito. Dicha notificación con frecuencia está explicada en una cláusula FMLA en el manual de empleado. Cuando una sustitución de tiempo de ausencia resulta en una ausencia FMLA con goce de sueldo, la porción de las primas del empleado para el plan de seguro de salud de grupo deben ser pagadas según el método que normalmente usa el empleador para ausencias con goce de sueldo (que a menudo es por medio de un descuento en el cheque de sueldos)

### **¿Cuándo regreso de una ausencia FMLA me reinstalan en el puesto que tenía?**

Sí, en la mayoría de los casos. En general, las leyes federales requieren que cuando los empleados no clave regresan de una ausencia FMLA (o que ya no necesitan un horario intermitente o un horario reducido) sean reinstalados en el mismo puesto que tenían o en un puesto sustancialmente equivalente. El empleado normalmente tiene derecho a dicha reinstalación aún si él o ella había sido reemplazado o su puesto había sido reestructurado para acomodar la ausencia del empleado como resultado de su permiso de ausencia. El puesto tiene que ofrecer un sueldo equivalente (incluso

los aumentos de sueldo incondicionales), beneficios, y otros términos y condiciones del empleo (tales como oportunidades de ascenso, capacitación, horas, ubicación, responsabilidad, etc.)

Pero, la obligación de reinstalación no es absoluta. Por ejemplo: si el empleado no tiene derecho a la reinstalación porque él o ella no hubiera continuado como empleado durante el período de ausencia (por ejemplo: cuando un empleado hubiera sido dado de baja, terminado por disciplina basada en conducta previa a la ausencia o hubiera renunciado a su puesto antes de la ausencia) El empleado tampoco tiene derecho a la reinstalación en su empleo cuando él o ella no está dispuesto o no es capaz de regresar al empleo cuando el permiso de ausencia termina (aunque bajo la ADA podría haber un requisito para darle un acomodo razonable, como se discute a continuación)

Además, los “empleados clave” no tienen derecho a la reinstalación de su empleo si la reinstalación causaría “daños económicos sustanciales y nocivos” a las operaciones del negocio del empleador. El empleado clave está definido como: un empleado asalariado cuyo sueldo cae dentro del diez por ciento más alto de entre todos los empleados en un radio de setenta y cinco millas del sitio de trabajo. Los “daños económicos sustanciales y nocivos” se considera que existen cuando la restauración podría resultar en daños económicos sustanciales, a largo plazo o de otra manera amenazan la estabilidad económica de las operaciones del empleador – lo cual, bajo la ADA, es un estándar más rígido que “esfuerzo excesivo” (discutido a continuación)

## **LA LEY AMERICANOS CON DISCAPACIDADES (ADA SEGÚN SIGLAS EN INGLÉS)**

### **¿Cuál es el propósito y el alcance de la ADA?**

El propósito de la ADA es desarraigar los malos entendidos y estereotipos concernientes a los individuos con discapacidades, y evitar su discriminación en el empleo. La Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC) es la agencia federal a cargo de obligar el cumplimiento a la ley ADA y establecer los reglamentos tocantes a las protecciones que dicha ley ofrece.

La ADA (Título I) aplica a los empleadores particulares que emplean quince o más empleados por veinte o más semanas de calendario en el año actual o inmediatamente anterior. La ley prohíbe la discriminación en contra de un individuo calificado que padece incapacidad y ofrece protección tanto para los empleados como para los aspirantes a empleo.

### **¿Qué es una discapacidad según la ley ADA?**

Según la ley ADA el individuo está “discapacitado” si él o ella: (1) padece de una discapacidad mental o física que sustancialmente limita una o más de las actividades

principales de la vida; (2) tiene antecedentes de dicha discapacidad; o (3) se le considera como teniendo dicha discapacidad. El cáncer puede ser considerado como discapacidad bajo la ley ADA cuando el cáncer o sus repercusiones (incluso los tratamientos de quimioterapia y hasta la depresión) sustancialmente limitan una o más de las actividades principales en la vida del individuo.

### **¿Qué es una “actividad principal de la vida”?**

Las actividades principales de la vida son esas actividades que una persona común de la población en general puede desempeñar sin dificultad o con poca dificultad. Entre las actividades principales de la vida se encuentran, sin incluir a todas: el cuidado de uno mismo, el desempeño de tareas manuales, la interacción con otros, hablar, oír, aprender, dormir, caminar, respirar, comer, y la reproducción. En algunos casos “trabajar” podría ser considerado como actividad principal de la vida, pero solamente cuando el individuo está considerablemente restringido en una clase de trabajos o en un amplio campo de trabajos de varias clases – comparado con una persona común con entrenamiento, habilidades y capacidades comparables.

### **¿Qué significa estar “sustancialmente limitado” según la ADA?**

Para determinar si el individuo está “sustancialmente limitado” en una actividad principal de la vida se requiere una evaluación del padecimiento del individuo, esto se hace con base a caso-por-caso, incluso se evalúa: (1) la naturaleza y gravedad de la discapacidad; (2) la duración o esperada duración; y (3) el impacto permanente o el impacto que se espera o el impacto a largo plazo. Esta determinación se hace comparando al individuo con la persona común de la población en general. Por lo tanto, el suceso ocasional o intermitente de una discapacidad a menudo no se considera suficientemente grave o permanente para ser considerada sustancialmente limitada según la ley ADA.

### **¿Cómo son consideradas las “medidas mitigantes”?**

Para determinar si el individuo está sustancialmente limitado en una actividad principal de la vida los tribunales considerarán la condición del individuo en el tiempo que la supuesta discriminación ocurrió, incluso tomarán en cuenta cualquier medida correctiva o “mitigante” utilizada por el individuo. Por ejemplo: en un caso donde el individuo toma medicamento para corregir los efectos limitadores de la discapacidad, el individuo podría no reunir el requisito de “sustancialmente limitado” y por lo tanto no caer bajo la definición de “discapacitado” según la ADA.

### **¿Una discapacidad según la ADA es lo mismo que un padecimiento grave de salud según la FMLA?**

No, no necesariamente, aunque pudiera haber algún traslapo.<sup>(13)</sup> Un padecimiento grave de salud según la FMLA, por definición, requiere atención de paciente internado o “tratamiento continuo”. La definición de discapacidad según la ADA, es una discapacidad mental o física que sustancialmente limita una o más de las actividades principales de la vida, y requiere más que padecimientos temporales, como torceduras o cirugía de rutina.

Por ejemplo, si un empleado tiene una apendectomía de rutina, la FMLA implicaría (asumiendo que el trabajador es elegible para ausencia FMLA y empleado por un empleador regido), pero la ADA no implicaría necesariamente, a menos que ocurran complicaciones que califiquen como discapacidad.

### **¿Quién tiene derecho a acomodados razonables bajo la ADA?**

Bajo la ADA, el empleador regido está obligado a proveer acomodados razonables para las limitaciones físicas o mentales conocidas de un individuo discapacitado que de lo contrario calificaría, a menos que el empleador pueda demostrar que los acomodados impondrían un “esfuerzo excesivo” para las operaciones de su negocio.

### **¿Quién es un “individuo calificado que padece discapacidad”?**

Un “individuo calificado que padece discapacidad” es uno que puede desempeñar, con o sin acomodo razonable, las funciones esenciales de su puesto o del puesto que solicita. Las funciones esenciales son esas que son fundamentales al puesto, no marginales. La función puede ser esencial si: (1) la razón por la que el puesto existe es para desempeñar esa función; (2) hay una cantidad limitada de empleados disponibles que puedan desempeñar esa función; y/o (3) el empleado en el puesto es contratado con base a sus conocimientos especializados relacionados a dicha función.

Para determinar si una función es esencial, los juzgados toman en consideración varios factores, incluso: (1) lo que el empleador considera son funciones esenciales; (2) la descripción por escrito de los deberes del puesto; (3) la cantidad de tiempo que en el puesto se le dedica a la función; (4) las consecuencias si no se le exige al empleado que desempeñe la función; (5) las condiciones de cualquier acuerdo de negociación colectiva con un sindicato (cuando aplica); y (6) la experiencia presente y pasada de empleados en el mismo puesto. Esta determinación tiene que ser hecha con base a caso-por-caso.

(13) Los reglamentos de la DOL explícitamente declaran que un “padecimiento grave de salud” bajo la FMLA tiene que ser analizado separadamente como una “discapacidad” bajo la ADA, porque los dos términos representan diferentes conceptos.

### **¿Cómo pido un acomodo razonable?**

No hay palabras mágicas para pedir un acomodo razonable. El empleado solamente necesita dar a su empleador suficiente información para ponerlo en aviso que necesita un acomodo basado en una discapacidad amparada por la ley. Una vez que el empleado ha solicitado el acomodo el “proceso interactivo” entre el empleador y el empleado comienza. Este proceso es una comunicación continua entre el empleado y el empleador para determinar si el empleado necesita el acomodo y, si lo necesita, cuál será el acomodo razonable y adecuado bajo las circunstancias. Por medio de este proceso, el empleado y, cuando aplica, el doctor del empleado informará al empleador sobre la naturaleza y las limitaciones de la discapacidad y sugerirá los posibles acomodos para habilitar al empleado a desempeñar las funciones esenciales del puesto.

### **¿Cuáles son unos ejemplos de acomodos razonables?**

Los acomodos razonables tienen que ser diseñados para el individuo específico que necesita el acomodo. De hecho, podría haber tantos posibles acomodos razonables como haya individuos que los pidan. Algunos ejemplos de dichos acomodos son: (1) reestructuración de puesto; (2) permiso de ausencia u horario modificado (para tratamientos u otras necesidades médicas); (3) cambios materiales simples en el sitio de trabajo; (4) modificar los reglamentos del sitio de trabajo; (4) reasignar funciones no esenciales a otros; y (6) reasignar al empleado a un puesto (vacante) diferente. Es importante saber que el acomodo que el empleador escoge no necesita ser uno que el empleado prefiere o escoge, siempre y cuando eficazmente acomode al empleado. Pero un empleador no está obligado a proveer un acomodo que causa un esfuerzo excesivo (discutido a continuación)

### **¿Puede el empleador pedir certificado médico y otra documentación en respuesta a una solicitud de acomodo?**

Si. El empleador puede pedir documentación médica razonable, incluso, pero no limitada a lo siguiente: documentación estableciendo que el empleado: (1) padece de una discapacidad amparada bajo la ADA; y (2) necesita un acomodo razonable. Pero, el empleador no puede pedir el expediente médico completo del empleado, ni ningún otro documento ajeno a la solicitud para acomodo razonable.

La documentación generalmente se considera suficiente si: (1) es proporcionada por un profesional en atención de salud con la pericia necesaria; (2) describe la naturaleza, severidad y duración de la discapacidad; (3) describe las actividades limitadas por la discapacidad; (4) explica el grado en el que la habilidad funcional del empleado está limitada por la discapacidad; y (5) fundamenta el por qué es necesario

el acomodo solicitado. El empleador no puede usar dichas solicitudes como medio de represalia en contra del empleado que ha solicitado un acomodo bajo la ADA.

Cuando el empleado no provee suficiente documentación el empleador puede pedir la información que falta. Pero, el empleador debe explicar por qué la información que se le presentó no fue suficiente y dar un tiempo razonable para que el empleado entregue la información adicional que se le pide. El empleador también puede pedir el permiso del empleado para consultar directamente con el doctor del empleado (por medio de una forma de permiso) y hasta puede pedir que un doctor, escogido por el empleador, haga un examen, siempre y cuando el examen se limite solo a obtener información para decidir si, según la ADA, el empleado está discapacitado, el alcance de cualquier limitación de funcionamiento y cualquier posible acomodo que el empleado necesita. Todos los costos relacionados a un examen médico solicitado por el empleador tienen que ser pagados por el empleador.

#### **¿Qué es “esfuerzo excesivo”?**

El “esfuerzo excesivo” es una acción que requiere “cuantiosa dificultad o gasto”. Los factores que los juzgados consideran para determinar si un acomodo constituye esfuerzo excesivo son, aunque no todos: (1) la naturaleza y el costo del acomodo en cuestión; (2) los recursos económicos en total del establecimiento del empleador, la cantidad de personas empleadas en el establecimiento, el efecto en los gastos y recursos del establecimiento, o el impacto que de otra manera el acomodo tendría en la operación del establecimiento; (3) los recursos en su totalidad y el tamaño en su totalidad del negocio del empleador; y (4) el tipo de operaciones en las que el empleador está involucrado; incluso la composición, estructura y funciones de la fuerza de trabajo.

#### **¿Hay límites para lo que pueden preguntar o los exámenes médicos que pueden pedir antes de la contratación?**

Sí. Antes de haber hecho un ofrecimiento condicional de empleo el empleador potencial no puede preguntar si el aspirante al empleo tiene una discapacidad. Por ejemplo: el empleador no puede preguntar si el aspirante al empleo ha tenido o tiene cáncer. Pero, el empleador podría preguntar si el aspirante puede desempeñar las funciones concernientes al puesto. Una vez que se ha hecho un ofrecimiento condicional de empleo el empleador puede pedir exámenes médicos, pero, solamente si: (1) a todos los aspirantes a puestos de la misma categoría se les requiere que se hagan dichos exámenes; y (2) todos los criterios del examen para detección/evaluación están basados en estándares médicos relacionados al puesto y consistentes con las necesidades del negocio (y un acomodo razonable no permitirá al individuo desempeñar las funciones esenciales de su puesto)

**¿Hay límites para lo que pueden preguntar o los exámenes médicos que pueden pedir a los empleados?**

Sí. El empleador no puede conducir exámenes médicos o preguntar si el empleado ya contratado padece de una discapacidad, a menos que el examen y/o la averiguación sea relacionada al puesto y consistente con las necesidades del negocio. Esto no le prohíbe al empleador pedir exámenes médicos o hacer averiguaciones con respecto a si el empleado puede desempeñar las funciones esenciales del puesto.

**¿Qué significa ser “considerado como” discapacitado, o con “antecedentes de” una discapacidad?**

La ADA también ofrece protección al “considerado como” discapacitado o teniendo “antecedentes de” una discapacidad. Así pues, el empleador no puede tratar al individuo de manera diferente basándose en los “antecedentes” o “historial” de una discapacidad que sustancialmente limita una o más de las actividades principales de la vida. Es más, el individuo puede caer dentro de la protección de la ley para “considerado como” si el empleador ya sea: (1) erróneamente cree que un individuo tiene una discapacidad que sustancialmente limita una o más de las actividades principales de la vida; o (2) cree que una discapacidad actual, no limitadora sustancialmente limita una o más de las actividades principales de la vida.

**¿Una ausencia larga es un acomodo razonable bajo la ADA?**

La ley todavía está en desarrollo en lo que respecta a cuando un permiso de ausencia puede servir como acomodo razonable bajo la ADA. La Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo toma la posición que, reglas flexibles para ausencias deben ser consideradas como un acomodo razonable en casos cuando es adecuado y que aunque cualquier ausencia adicional no necesita ser ausencia con goce de sueldo, los empleadores deben considerar permitir el uso de días de ausencia acumulados o ausencia sin goce de sueldo, cuando no causa una dificultad excesiva al negocio.

A diferencia de la FMLA, no hay límite de tiempo anual para la ausencia (si es para acomodo razonable) bajo la ADA. Aún así, algunos tribunales han dictado que los períodos de ausencia indefinida o ausencia larga, podrían constituir un esfuerzo excesivo para el empleador. Por lo tanto, aunque puede ser que la ausencia adicional esté a disposición como acomodo razonable, el tiempo de ausencia solicitado tiene que ser razonable bajo las circunstancias.

## **COMO EVITAR LA DISCRIMINACION EN EL EMPLEO**

### **¿Las demandas son la mejor respuesta a una queja de posible discriminación en el empleo?**

No, no necesariamente. En muchos casos, las demandas pueden ser procesos que consumen mucho tiempo y dinero, y los resultados podrían no resolver de la mejor manera la presunta discriminación. Por lo tanto, es aconsejable tomar medidas para reducir la posibilidad de exponer al empleado a la discriminación. Sin embargo, si el empleado cree que se le ha discriminado, él o ella debe intentar resolver el asunto de manera interna con su empleador. Si estas medidas fallan, el empleado puede considerar la ruta jurídica.

### **¿Qué medidas debo tomar para reducir o eliminar la posibilidad de discriminación en el empleo?**

Hay varias medidas que puede tomar para reducir o eliminar la posibilidad de discriminación en el sitio de empleo. Estas medidas incluyen: (1) no decir voluntariamente que usted tiene o ha tenido cáncer, a menos que sea necesario, por ejemplo: cuando directamente impacta su habilidad para desempeñar el trabajo (y aún así, solo a esos que tienen necesidad de saber); (2) ponga énfasis en su habilidad para desempeñar las funciones esenciales del puesto, en lugar de poner énfasis en las limitaciones que pudiera tener; (3) siempre esté conciente de sus derechos y lo que tienen permitido pedirle en cuestiones de averiguaciones y exámenes médicos (si cree que el empleador le ha pedido más de lo permitido por la ley, pida clarificación); y (4) solicite puestos y asensos para los que usted está capacitado para desempeñar.

### **¿Cuáles son las primeras medidas que debo tomar en caso de posible discriminación en el empleo?**

Al principio de cualquier relación empleado-patronal usted debe familiarizarse con las reglas FMLA y las de Igualdad de Oportunidades en el Empleo descritas en el manual de empleado, incluso infórmese sobre el proceso para reportar quejas (usualmente descrito en el manual de empleado) Si cree que ha sido discriminado y/o están tomando represalias en su contra por ejercer sus derechos bajo la FMLA, ADA, o de otra manera, usted rápidamente debe seguir el proceso interno de su empleador y reportar la conducta. Puede ser que el proceso requiera que usted reporte la conducta a un supervisor, a un miembro de la administración o a un miembro del departamento de personal.

Una vez que ha reportado la conducta, usted debe darle al empleador una cantidad de tiempo razonable para que investigue y maneje el asunto. Este proceso

podría resolver el asunto rápidamente y permitir que mantenga su atención en su trabajo, en lugar de estar distraído con la posible litigación y en la relación adversaria con su empleador. En algunos casos el no reportar por medio del proceso interno puede impactar negativamente cualquier demanda futura. Por ejemplo, bajo una cantidad de leyes estatales y federales de derecho en el empleo el empleador podría argumentar que no es responsable por la supuesta conducta discriminatoria de sus empleados cuando el empleado que se está quejando no avisó a su empleador por medio del proceso interno para quejas que la conducta estaba ocurriendo y consecuentemente evitó que el empleador investigara – y posiblemente resolviera – el asunto.

#### **PARA IMPONER CUMPLIMIENTO A LOS DERECHOS**

##### **¿Cómo se obliga el cumplimiento a los derechos que confiere la ADA y la FMLA?**

ADA: En Texas, el individuo generalmente tiene 300 días a partir de la fecha en que la supuesta “infracción” o incidente discriminatorio ocurrió para presentar su Inculpación de Discriminación ante la EEOC. Este es un prerequisite obligatorio para iniciar una acción jurídica bajo la ADA en el fuero civil. La falta de cumplimiento con este requisito administrativo para remedio prohibiría cualquier acción jurídica posterior presentada por el individuo que clama discriminación. Una vez presentada la Acusación de Discriminación, la EEOC procesará la Acusación y llevará a cabo una investigación. Después, la EEOC dictará su fallo y articulará si cree que hay “causa” o “no causa” para creer que la discriminación ocurrió. La EEOC posteriormente expedirá una carta de Aviso de Derecho a Demandar, lo que permitirá al individuo (o “demandante”) a comenzar litigación. El individuo también puede pedir un Aviso de Derecho a Demandar antes de la terminación del proceso administrativo (sin esperar el fallo) En cualquier caso, el individuo tendrá 90 días, a partir de la fecha en que recibe el Aviso de Derecho a Demandar, para levantar una demanda.

FMLA: A diferencia de la ADA, la FMLA no estipula que primero se complete un extenso proceso administrativo. En su lugar, el empleado puede proceder de inmediato a la acción en el fuero civil. El individuo que quiere resolución bajo la FMLA tiene que entablar su acción civil dentro de los dos años a partir de la fecha en que ocurrió la supuesta infracción. Este período puede ser extendido a tres años en casos cuando el empleador se involucró en una infracción “intencional” contra los reglamentos de FMLA, en cuyo caso la Secretaría del Trabajo puede investigar, y posteriormente entablar acción jurídica en contra del empleador directamente. Así, el empleado puede entablar demanda o presentar una queja ante DOL, o hacer las dos cosas. Pero, cuando la Secretaría del Trabajo entabla acción civil en contra del empleador (basándose en la conducta de la que se quejó el empleado), el derecho individual del empleado para entablar acción civil termina. Por lo tanto, el emplea-

do debería consultar con un abogado y cuidadosamente escoger la opción que más le conviene en su caso específico.

### **RECURSOS UTILES**

Departamento del Trabajo de los EEUU (información FMLA)  
[www.dol.gov](http://www.dol.gov) o 1-(866)-4-USA-DOL

Comisión Igualdad de Oportunidades en el Empleo de los EEUU (información ADA)  
[www.eeoc.gov](http://www.eeoc.gov) o 1-(800)-669-4000

Advocacy, Incorporated (abogacía de derechos para discapitados)  
[www.advocacyinc.org](http://www.advocacyinc.org) o 1-(800)-252-9108

Fundación Lance Armstrong/LIVESTRONG SurvivorCare (recursos e información para sobrevivientes del cáncer) [www.livestrong.org](http://www.livestrong.org) o 1-(866)-235-7205

Barra de Abogados de Texas (información para representación en general)  
[www.texasbar.com](http://www.texasbar.com) o 1-(800)-252-9690

Find Law (información sobre la representación en general)  
[www.findlaw.com](http://www.findlaw.com)

