

FELS® *Farm Employers Labor Service*

2300 River Plaza Drive • Sacramento, CA 95833 • (800) 753-9073 • Fax 9916) 561-5696 • www.fels.org

Resumen del Reglamento Final del Departamento de Seguridad Nacional “Procedimientos de Protección de Datos para Empleadores que Reciben Cartas ‘No Concuerta’”

por

Carl Borden, Associate Counsel, California Farm Bureau Federation (rev. 8/8/08)

Introducción

- Después que el Congreso fracasó pasar la legislación de la reforma inmigratoria, en agosto de 2007, la administración del Presidente Bush anunció una **serie de medidas migratorias administrativas**
- Una medida era **una nueva** regla emitida por el Departamento de Seguridad Nacional (DHS) la que hubiera afectado a empleadores que reciben **cartas ‘no concuerda’** de la Administración del Seguro Social (SSA por sus siglas en inglés)
- Una **carta ‘no concuerda’** dice que la **combinación de nombre y número de cuenta de seguro social** (SSN por sus siglas en inglés) sometida por el empleador a la SSA para un empleado **no concuerdan con los registros de la SSA**

Estado de la Regla

- Por orden judicial, **la regla nunca ha estado en efecto**
- La SSA **trato de enviar una carta ‘no concuerda’** (Código V) a un empleador sobre sus **Formas W-2 del Servicio de Impuestos Internos (IRS)** por sus siglas en inglés) del **año 2006** junto con **una carta guía del DHS** sobre su regla de no concuerda sólo si estos dos aplicaban:
 - El empleador archivó **más de 10 Formas W-2** no concuerda, y
 - Esas formas no concuerdan eran **por lo menos un medio (½) por ciento** de todas las Formas W-2 archivadas por el empleador
- Debido al mandato, la SSA **no envió** las cartas Código V sobre la Forma W-2 del año 2006
- La SSA no planea enviar cartas Código V para el año de impuestos 2007 antes que el litigio se arregle
- El 27 de marzo, el DHS emitió una **proposición de regla suplemental (PRS)** para dirigir las preocupaciones de la corte
- El DHS esta **preparando respuestas a comentarios** que recibió sobre su PRS
- Una **conferencia de estado** en el caso judicial esta fija para el 12 de septiembre de 2008

Antecedentes

- Desde 1987, la ley federal ha:
 - **Requerido** que todo empleador confirme y verifique la identidad y autorización para trabajar en los EE.UU. de todo empleado recientemente contratado
 - **Prohibido** a todo empleador de
 - **Contratar** a una persona que el empleador sabe que no esta autorizada para trabajar
 - **Continuar empleando** a una persona después de obtener **conocimiento** que la persona no esta autorizada para trabajar
- **Conocimiento** de la ilegalidad de trabajo de un empleado puede ser **actual** o **constructivo**

Conocimiento Constructivo

- **Conocimiento constructivo** es conocimiento que puede deducirse justamente a través de noción de ciertos hechos y circunstancias que llevarían a una persona, a través de practicas de cuidado razonable, para saber sobre una cierta condición

- **Ejemplo:** Una regulación ya existente del DHS ha declarado que un empleador puede tener conocimiento constructivo de que un empleado no es elegible para trabajar cuando el empleador falla en completar o inadecuadamente completa la Forma I-9 (Verificación de Elegibilidad de Empleo) para el empleado
- **Conocimiento constructivo** de ilegalidad para trabajar también puede atribuirse a un empleador a quien,
 - **Después de obtener información** que levanta dudas sobre la pretendida elegibilidad para trabajar de un empleado,
 - **Falla en tomar pasos razonables** para determinar si el empleado es verdaderamente elegible para trabajar.
 - **Ejemplo:** Un empleador tiene conocimiento constructivo que sus empleados no estaban autorizados para trabajar donde, después que les informo un funcionario del INS que él sospechaba que ellos estaban usando documentos inmigratorios fraudulentos, el empleador no hizo más indagaciones y no tomó ninguna acción correctiva apropiada (*Mester Mfg. Co. v. INS* (9th Cir. 1989) 879 F.2d 561, 566-67)
- En otras palabras, un **fracaso deliberado para investigar** circunstancias sospechosas **imputa conocimiento** La **regla agregaría** estos **tres artículos** como **ejemplos de información** que, dependiendo en la **totalidad** de las **circunstancias** el DHS podría usar para **imputar** a un empleador **conocimiento** de que un **empleado no está autorizado para trabajar** donde el empleador **fallo en tomar pasos razonables para investigar:**
 - La **petición del empleado** que el empleador archivo una **certificación laboral** o una **petición de visa** basada en empleo para el empleado
 - Un **Aviso del DHS** que el **estado inmigratorio** o **documento de autorización de empleo** usado por el empleado al completar la Forma I-9 **no está asignado al empleado** (aviso del DHS)
 - Una **carta ‘no concuerda’** de la SSA

La Norma de Protección de Datos

- La norma dice que el **DHS no puede usar una carta ‘no concuerda’** como evidencia del conocimiento constructivo de un empleador sobre la ilegalidad para trabajar de un empleado **dónde el empleador ha tomado estos pasos:**
 - **Paso No. 1 (Empleador Revisa sus Registros)**
 - El empleador debe **revisar sus registros** para ver si la desigualdad fue debido a un error de la administración de registros del empleador
 - Si fue debido a un **error de la administración de registros**, entonces el empleador debe:
 - **Corregir** el error,
 - **Informar a la SSA** de la información correcta, y
 - **Confirmar con la SSA** que el nombre corregido y SSN concuerdan con los registros de la SSA
 - El empleador debe **documentar esa comprobación** y **guardar esa documentación** con la Forma I-9 del empleado
 - El Empleador debe hacer todo esto **dentro de 30 días** después de que recibió la carta ‘no concuerda’

Si se determina que la desigualdad **no fue debido a error de los registros de la administración**, el empleador debe **seguir con el**

- **Paso No. 2 (Empleador Pide al Empleado Confirmación de Información)**
 - El empleador debe prontamente **pedirle al empleado que confirme** que el nombre y SSN en los registros del empleador son correctos
 - Si el empleado dice que estos son **incorrectos**, entonces el empleador debe hacer las cosas que se especifican en el **Paso No. 1** para corregir errores de registros

Si el empleado dice que el nombre y SSN en los registros del empleador están **correctos**, el empleador debe **seguir con el**

- **Paso No. 3 (Empleador Pide al Empleado que Resuelva el Problema con la SSA)**
 - El empleador debe prontamente **pedirle al empleado que resuelva el problema con la SSA**
 - Al hacerlo, el empleador debe **aconsejar al empleado:**
 - De la **fecha** en que el empleador **recibió la carta ‘no concuerda’** y
 - Que **resuelva la desigualdad dentro de 90 días** de esa fecha

Entonces el empleador debe **seguir con el**

- **Paso No. 4 (Empleador Trata de Verificar la Información con la SSA)**
 - Dentro de 90 días después de haber recibido una carta ‘no concuerda,’ el **empleador debe tratar de verificar con la SSA** que el nombre del empleado y SSN concuerdan con los registros de la SSA
 - El Sistema de Verificación del SSN puede accederse en línea al www.ssa.gov/employer/ssnv.htm o por teléfono al (800) 772-6270

Si el empleador dentro de esos 90 días **no puede verificar con la SSA** que el nombre del empleado y SSN concuerdan con los registros de la SSA, el **empleador debe seguir con el**

- **Paso No. 5 (Empleador y Empleado Completan una Nueva Forma I-9)**
 - El Empleador y el empleado deben, dentro de 93 días después de la fecha de haber recibido la carta ‘no concuerda,’ **completar una nueva Forma I-9** para el empleado como si el empleado fuera recién contratado **excepto**
 - Para establecer **autorización de empleo, identidad, o ambos**, el empleador **no puede aceptar**
 - Un documento mencionado en un **aviso del DHS**
 - Un documento que contiene un **SSN disputado** o **número de extranjero** mencionado en una **carta ‘no concuerda’** o **aviso del DHS**
 - Un **recibo de aplicación** para el reemplazo de cualquier tal documento
 - Para establecer **identidad** o ambos, **identidad y autorización de empleo**, el empleado debe mostrar un documento que contiene la **fotografía del empleado**
 - El empleador debe **guardar la nueva Forma I-9 con la(s) Forma(s) I-9 anteriores del empleado**
- El resumen de la regla dice que si la **diferencia no puede resolverse** y la **identidad y autorización de trabajo del empleado no pueden confirmarse** por ese proceso de la Forma I-9 modificada, el empleador debe elegir entre
 - **Despedir** al empleado o
 - **Tomarse el riesgo de que el DHS se entere** que el empleador tenía conocimiento constructivo de que el empleado era un extranjero ilegal y, violó la ley por continuar empleando a la persona

Ningún Empleado es Deducido Desautorizado por su Apariencia o Acento

- **Conocimiento de que un empleado es desautorizado no puede deducirse** por la **aparición extranjera** del empleado o **acento**

Aceptación de Documentos

- La regla **no permite** a un empleador a
 - Pedir a un empleado por **más o diferentes documentos** que aquéllos que ordinariamente son requeridos por ley
 - **Negarse a honrar documentos** que razonablemente en su cara **parecen ser genuinos** y que se **relacionan al empleado, salvo** a un **documento** que se describe en una carta ‘no concuerda’ de la SSA o aviso del DHS de la cual el empleador **no ha recibido comprobación** de la SSA o del DHS

Nivel de Multas por Emplear a una Persona Desautorizada a Sabiendas (Por cada Empleado)

- **Primera** Ofensa: \$375 - \$ 3,200
- **Segunda** Ofensa: \$3,200 - \$ 6,500
- **Tercera+** Ofensa: \$4,300 - \$ 16,000

Problemas / Cometarios

- **Aceptar Documentos Nuevos Podría Ser Riesgoso**
 - **Paso No. 5** de la protección de datos **le permiten a un empleador continuar empleando** a un empleado con un SSN disputado **completando una nueva Forma I-9**
 - Además, **prohibición de la regla contra la negativa de un empleador para honrar documentos aparentemente genuinos** mostrados por el empleado en ese proceso parece significar que un empleador **puede y debe aceptar** como prueba de autorización de empleo, por ejemplo, una tarjeta de extranjero [mica] (quizás inclusive la que el empleado pudo haber mostrado para demostrar autorización de trabajo cuando fue contratado por primera vez) o una tarjeta del Seguro social con un SSN que no esta en disputa y parece genuina

- Al hacerlo, el empleador **técnicamente** estaría **cumpliendo con una lectura estricta y estrecha** de la norma de protección de datos y debería así **tener derecho a su protección** (es decir, contra uso por el DHS de la carta ‘no concuerda’ como evidencia de conocimiento constructivo del empleador que el empleado era un extranjero no autorizado)
- Pero el resumen de la norma anota que la **presentación** por un empleado de “**diferentes documentos con diferentes números,**” dependiendo de las circunstancias, puede poner al empleador sobre aviso que el empleado se ha cometido **fraude de documentos**
- La implicación es que ser puesto sobre **tal aviso puede juzgarse como conocimiento constructivo**
- Pero: ¿Entonces **por qué el DHS no incluyó** en la propia norma la **presentación por un empleado de diferentes documentos** como un ejemplo de **conocimiento constructivo**?
- Pueda que un tribunal finalmente tenga que pesar esto, pero entretanto **un empleador que acepta diferentes documentos estaría actuando a su propio riesgo**
- **Empleados Estacionales**
 - La norma **cubre** sólo situaciones dónde una persona esta **empleada actualmente**
 - **No cubre** situaciones dónde una carta ‘no concuerda’ identifica a un **ex-empleado**
 - Su resumen anota que un **empleador no tiene que actuar** en una carta ‘no concuerda’ que identifica a un **ex-empleado**; el empleador **no podría ser culpable** de una violación de continuar empleando en cuanto a un ex-empleado
 - El resumen dice que en situaciones **dónde un empleador no puede usar la protección de datos** (quizás como para empleados estacionales cuyo empleo se interrumpe y reanuda esporádicamente) un empleador **debe actuar de buena fe** para resolver los problemas “no concuerda” en cuanto sea factible y hacer y **guardar documentación** de esos esfuerzos
 - Así, por ejemplo, un **patrón podría mostrar que hizo un esfuerzo de buena fe** dónde vuelve a contratar a un empleado estacional para quien ha recibido una carta ‘no concuerda’ durante el descanso de la estación pero entonces **aplica los pasos de protección de documentos lo mejor que pueda**

Consejo

- **Siga los Procedimientos de la Forma I-9**
 - Al **contratar** empleados, **minuciosamente siga la Forma I-9** pasos de comprobación de elegibilidad de empleo
 - Periódicamente haga una **auditoria** de sus Formas I-9 (por ejemplo, anualmente)
- **No ignore las Cartas ‘No Concuerda’**
 - Sí, **al recibir una carta ‘no concuerda,’** usted **decide seguir** los **pasos de la norma de protección de datos,** sígalos **al pie de la letra**
 - En cualquier caso, **al recibir una carta ‘no concuerda,’ no la ignore;** aun cuando no puede o decide no seguir los pasos de la norma de protección de datos, **tome alguna acción** que se piensa que es **razonable intencionada** a resolver la discrepancia, *p. ej.,* los pasos sugeridos en la carta ‘no concuerda’ (esencialmente, Pasos 1 al 3 de arriba)
 - **Claramente anote** todos los pasos que usted toma para resolverse las diferencias que no concuerdan, y guarde esa documentación
- **Considere** usar el programa **H-2A** Programa de Trabajadores Agrícolas Extranjeros Temporales
- **Considere** usar el sistema **E-Verify** (http://www.dhs.gov/ximgtn/programs/gc_1185221678150.shtm), un sistema basado en la Internet operado por el DHS y la SSA que les permite a los empleadores a confirmar electrónicamente la elegibilidad de empleo y los números de seguro social de sus empleados recién contratados