

## **¿QUÉ NECESITAN SABER LOS GERENTES DE RECURSOS HUMANOS Y PROPIETARIOS DE NEGOCIOS SOBRE "ABORDAJE" DE NUEVOS EMPLEADOS H-1B?**

Por: Michael Phulwani, Esq., David H. Najman, Esq., y Rabindra K. Singh, Esq.

Primero de octubre marca el inicio del "abordaje" de los nuevos empleados H-1B en muchas empresas en todo Estados Unidos. Ganar la lotería y tener peticiones H-1B aprobadas por el Servicio de Ciudadanía e Inmigración de los Estados Unidos (USCIS)<sup>11</sup> fueron sólo dos pasos iniciales envueltos en el proceso de retención y contratación de extranjeros talentosos en los Estados Unidos. Abordar cuidadosamente al empleado H-1B es tan crucial como la seleccionarlos, contratarlos y traerlos a los Estados Unidos (o ayudarlos en el cambio de su estatus de no inmigrante en los Estados Unidos). En este artículo se abordan brevemente algunos temas muy básicos pero muy importantes que los gerentes de recursos humanos, los profesionales de recursos humanos y los dueños de negocios deben tener en cuenta, y religiosamente cumplir, con el fin de evitar posibles peligros relacionados con el abordaje de nuevos empleados H-1B.

### **Diligentemente completa la los Requisitos de la Verificación de Elegibilidad de Empleo (Formulario I-9).**

El Formulario I-9 se utiliza para la verificación de la identidad y autorización de empleo de las personas contratadas para trabajar en los Estados Unidos. Todos los empleadores de los Estados Unidos deben garantizar el debido cumplimiento de la Forma I-9 para cada persona que contratan para trabajar en los Estados Unidos. El Formulario I-9 se compone de tres secciones.

Los nuevos empleados, incluidos los empleados H-1B, deben completar la Sección 1 del Formulario I-9 a más tardar el primer día de trabajo. Cada empleado contratado a partir del 7 de noviembre de 1986 debe completar la parte designada del Formulario I-9. El Formulario I-9 requiere que el empleado certifique, bajo pena de perjurio, que él o ella está autorizado para trabajar en los Estados Unidos como ciudadano estadounidense, residente legal permanente, o no inmigrante con una forma limitada de tiempo en la autorización de trabajo. Dentro de los tres (3) días hábiles de contratación, el empleado también deberá presentar al empleador ciertos documentos originales que establecen la identidad y autorización de empleo para su revisión. Los empleadores no pueden especificar qué documento(s) los empleados pueden presentar de la Lista de Documentos aceptados, que se encuentran en la última página del Formulario I-9, para establecer su identidad y autorización de empleo.

Los empleadores o sus representantes deberán llenar la Sección 2 del Formulario I-9 examinando las pruebas de identidad y autorización de empleo presentado por el empleado dentro de los tres (3) días hábiles de primer día de trabajo del empleado. Si el empleado ha proporcionado un documento con fecha de caducidad en la sección del empleado del Formulario I-9, el empleador también debe volver a verificar la elegibilidad de empleo del empleado antes de que pase de esa fecha. El empleador debe retener el Formulario I-9 completo durante por lo menos tres (3) años, o un (1) año después de que termina el empleo, el que sea más tarde. Esto se conoce como el "período de retención".

---

<sup>1</sup> Principal cuerpo Investigativo del Departamento de Seguridad de Estado.

Los empleadores que no completan y conservan las Formas I-9 por cada empleado contratado a partir del 7 de noviembre de 1986 pueden enfrentarse a multas civiles por parte de la Oficina de Inmigración y Aduanas de los Estados Unidos (ICE)<sup>2</sup> por no preparar adecuadamente cada Formulario I-9. La severidad de la pena se puede determinar a través de: (i) el tamaño de la empresa; (ii) los esfuerzos de buena fe del empleador para cumplir con la ley; (iii) el número de empleados no autorizados; y (iv) si el empleador<sup>3</sup> tiene un historial de violaciones. Además, ICE puede imponer sanciones civiles por cada empleado extranjero no autorizado. Tenga en cuenta que los empleadores son responsables tanto del conocimiento "real" como "constructivo" de que un empleado no está autorizado para trabajar. Hay otras sanciones y penalizaciones involucradas que están más allá del alcance de este artículo.

### **Cumplir con los requisitos de la Aplicación de Condición de Labor (LCA) para evitar una Investigación del Departamento de Trabajo.**

Desde 1990, todos los empleadores que presenten peticiones de visa H-1B primero deben tener una Aplicación de Condición Laboral ("LCA") certificada por el Departamento de Labor (DOL) de Estados Unidos y la Administración de Capacitación. La LCA requiere que los empleadores den fe de que: (i) al no inmigrante H1B se le pagará al menos el salario local prevaleciente<sup>3</sup> o el salario actual del empleador, el que sea mayor, y se le pagará por el tiempo no productivo; (ii) al no inmigrante H1B se le ofrecerán beneficios en las mismas condiciones que a los trabajadores estadounidenses; (iii) el empleo de los no inmigrantes H-1B no afectaran negativamente a los salarios y las condiciones laborales de los trabajadores empleados de manera similar; (iv) no hay huelga, cierre patronal, o paro laboral; y (v) notificación de la LCA ha sido debidamente publicada por lo menos diez (10) días o proporcionada al representante de uniones laborales, si es que existe.

La División de Horas y Salarios del Departamento de Trabajo ("WHD") recibe quejas por parte de personas u organizaciones agraviadas o a través de su propia investigación iniciada relativa a la tergiversación o el fracaso de la empresa para cumplir con las condiciones establecidas en el LCA. Un empleado agraviado tiene doce (12) meses después de la última fecha en que se cometieron las presuntas violaciones para presentar una queja ante el Departamento de Trabajo; Sin embargo, el presente Estatuto de Limitaciones (SOL) no se aplica a la responsabilidad de pago retroactivo de un empleador.

WHD podrá realizar investigaciones, ejecutar procedimiento, e imponer sanciones a los empleadores que violan las disposiciones de la LCA. Las violaciones pueden ser: (i) hacer una representación material de una LCA; (ii) incumplimiento deliberado de pagar el salario requerido o de proporcionar las condiciones de trabajo requeridas; (iii) la presentación de una LCA durante una huelga; (iv) no proporcionar aviso de la aplicación LCA; (v) la falta sustancial de ser específico sobre la aplicación; (vi) cargar a un empleado por una penalidad de "terminación anticipada"; y (vii) al no publicar la notificación de la aplicación LCA por al menos diez (10) días.

En respuesta a cualquiera de estas violaciones, WHD puede: (i) evaluar sanciones civiles-monetarias; (ii) exigir al empleador el pago de los salarios atrasados a los trabajadores agraviados; y / o (iii) impedir al empleador de presentar Aplicaciones de Condición Laboral (LCA), peticiones de inmigrante basadas en empleo, y peticiones de no inmigrante H, L, O, P durante al menos un (1) año. El Departamento de

---

<sup>2</sup> Principal cuerpo Investigativo del Departamento de Seguridad de Estado.

<sup>3</sup> Si es necesario para pagar el salario prevaleciente, el salario debe ser del 100% del mandato federal de salario prevaleciente

Trabajo también puede imponer otros remedios administrativos. Además, las sanciones penales pueden ser impuestas por la presentación consciente de declaraciones falsas al Gobierno Federal de Estados Unidos.

### **Esté al tanto de la Regla 30/60 días para comenzar la nómina de pago de los salarios en los "Status Inactivo"**

Las regulaciones requieren que los empleadores comiencen a pagar los salarios establecidos en la Aplicación de Condición de Empleo (LCA) cuando el empleado "se hace a sí mismo disponible para el trabajo", pero no más tarde de 30 días de la entrada del empleado o 60 días a partir de Cambio de Estatus en caso de estar en los EE.UU. La responsabilidad empieza a acumularse cuando la persona "entra en el empleo" con el empleador. Por lo tanto, incluso si el trabajador no ha todavía "entrado en el empleo," cuando el trabajador H-1B está presente en los EE.UU. en la fecha de la aprobación de la petición H-1B, el empleador deberá pagar al trabajador el inicio salario requerido 60 días después de la fecha en que el trabajador tenga derecho a trabajar para el empleador patrocinador. El trabajador H-1B se hace "elegible para trabajar" para el empleador en la fecha establecida en la aprobación de la petición H-1B sometida por el empleador.

Un empleador debe continuar pagando a un empleado H-1B que no esté trabajando debido a un estado improductivo por parte del empleador (por ejemplo, construcción, debido a la falta de trabajo, o la falta de un permiso o licencia). Esta regla se aplica incluso si el empleado H-1B está recibiendo capacitación ya sea proporcionado por el empleador o a través de algún otro arreglo externo bajo la dirección del empleador. Por lo tanto, el empleador es responsable tanto del tiempo productivo como del no productivo una vez el empleado se convierte en elegible para el trabajo. Los empleadores que no pagan a los empleados H-1 B no liquidados pueden enfrentar multas civiles. Es por esto que se les aconseja a los empleadores pagar al empleado H-1B el salario establecido en la LCA hasta que ese empleado haya sido liquidado terminado y se haya enviado a USCIS la solicitud de retiro de la petición H-1B.

### **Cambios en el sitio de trabajo del empleado/condiciones de empleo: Presentar o no una nueva/enmendada petición**

Una nueva petición o enmienda no es necesaria cuando LCA ha sido presentada y certificada para la nueva ubicación del empleo, la adecuada publicación del nuevo lugar de trabajo se ha llevado a cabo, y se han cumplido otras obligaciones salariales y de horas. Nueva petición/enmienda no será necesaria independientemente de cuando el LCA se presentó y certificó, siempre y cuando la certificación se llevó a cabo antes de que se trasladó al empleado. Por lo tanto, si la H-1B es aprobada para el sitio A y la persona es trasladada al sitio B y hay LCAs para ambos sitios, la modificación de una petición H-1B no es necesaria. Sin embargo, si la persona nunca trabajó en el sitio A, entonces una nueva petición (no simplemente emendada) debe ser presentada para que el empleado H-1B pueda trabajar en el sitio B.

Las regulaciones también requieren que el empleador H-1B notifique a USCIS de cualquier cambio en los términos y condiciones de empleo de un empleado H-1B que puedan afectar "materialmente" la "elegibilidad" en la categoría H. Una petición nueva o enmendada debe ser presentar en: (1) la ubicación del empleo ha cambiado y está fuera del ámbito del empleo especificado en la LCA, y una nueva LCA no ha sido presentada; (2) hay un cambio en los deberes de una ocupación especial a otra; o (3) hay un "cambio sustancial" en los términos y condiciones de empleo.

## ¿Qué Reglamentos hablan s<sup>4</sup>obre "Roving" empleados H-1B?

Un empleador que necesita colocar temporalmente a un empleado H-1B en un lugar de trabajo que no está listado en una LCA certificada existente, puede hacerlo bajo la provisión de colocación a corto plazo sin la presentación de una nueva LCA para el área geográfica temporal de empleo. Tenga en cuenta que esta disposición sólo se puede usar para un empleado H-1B que ya está en los Estados Unidos y trabaja para el empleador.

Hay ciertas obligaciones que los empleadores necesitan satisfacer para al utilizar la opción de colocación de corto plazo. En concreto, el empleador debe pagar a ese trabajador: (a) La tasa de salario requerido (aplicable al centro de trabajo permanente establecida en la LCA); (b) El costo actual de alojamiento (por cada día laboral y no laboral); y (c) El costo actual de viajes, comidas y los gastos varios (por cada día laboral y no laboral).

Además, también hay ciertas limitaciones para el uso de la opción de colocación a corto plazo. Un empleador puede colocar a un empleado H-1B en una colocación a corto plazo sólo si no hay huelga o cierre patronal en progreso en la posición del empleado H-1B en la ocupación a corto plazo y el empleador no tiene ya un LCA pendiente en el área geográfica del empleo. Además, la colocación del empleado H-1B en cualquier área temporal de trabajo no debería exceder de 30 días laborables (consecutivos o no consecutivos) dentro de un plazo de un año. Tal colocación puede ser por un período adicional de 30 días de trabajo, pero no por más de 60 días de trabajo, en un período de un año, si el empleador puede demostrar que el empleado H-1B mantiene vínculos con el lugar de trabajo permanente (por ejemplo, una estación de trabajo dedicada al lugar de trabajo permanente; el espacio de trabajo del empleado se encuentra cerca de ese lugar de trabajo permanente), y el trabajador gasta una cantidad considerable de tiempo en el sitio de trabajo permanente.

### **Primero llega, primero es servido: Beneficios potenciales en el temprano Inicio del proceso de la *Green Card* para empleados H-1B.**

Nunca es demasiado temprano para comenzar el proceso de la *Green Card*, especialmente si los trabajadores H-1B son de la India y China<sup>4</sup> u otros países con cuotas. Para los empleados H-1B de la India, puede tardar más de una década obtener una *Green Card* basada en el empleo<sup>5</sup>. Con tan enorme tiempo de espera, hace una diferencia que los empleados H-1B se unen la línea de espera de *Green Card* tan pronto como sea posible. Se entiende que uniéndose a la línea de espera de la *Green Card* no ofrece ninguna ayuda inmediata a los empleados H-1B, pero puede permitir que los cónyuges de ciertos empleados H-1B puedan trabajar si estos son capaces de demostrar una intención de vivir y trabajar en los Estados Unidos permanentemente.

El Departamento de Seguridad de Estado (DHS) se encuentra actualmente en el proceso de finalizar la propuesta de una norma que puede extender la autorización de empleo a los cónyuges dependientes (no niños dependientes) de ciertos empleados H-1B. La nueva regla propuesta permitiría a los cónyuges

---

<sup>4</sup> Nacido en el continente.

<sup>5</sup> Proyecciones basadas en el Boletín de Visas publicado por el Departamento de Estado para Noviembre 2014.

H-4 dependiente de ciertos empleados H-1B solicitar autorización de empleo, siempre y cuando el empleado H-1B ya ha comenzado el proceso de buscar la residencia legal permanente a través del empleo. Las personas elegibles incluirían cónyuges H-4, dependientes de los principales empleados H-1B que: (1) son los beneficiarios de un Formulario I-140, Petición de Inmigrante para Trabajador Extranjero aprobado; o (2) se les haya concedido una ampliación de su período autorizado de estadía en los Estados Unidos bajo la Ley del 2000 de Competitividad Americana del Vigésimo Primer Siglo ("AC21"), modificado por el La Ley de Autorización de Asignaciones del Siglo 21 del Departamento de Justicia. Los detalles sobre la regla propuesta y cuando se deduce que puede salir pueden ser obtenidos en nuestro artículo publicado previamente, [¿Cuándo Y En Qué Forma Saldrá La Regla De Autorización De Empleo De H-4?](#)

### **Conclusión**

Contratar empleados H-1B requiere adherirse estrictamente a las regulaciones H-1B y los muchos matices prácticos asociados con esas regulaciones. Aunque las regulaciones H-1B han sido llamadas un "tigre sin dientes" en el pasado, ciertamente no lo son. Los gerentes de recursos humanos, los profesionales de recursos humanos y los dueños de negocios deben "Jugar Seguro" cuando se trata de manejar el abordaje de nuevos empleados H-1B ya que de no acatar las regulaciones, puede resultar en grandes multas y/o cargos civiles/penales. También existe la posibilidad de excluir al empleador de utilizar el programa H-1B en el futuro, e incluso podría impactar el uso de otras categorías de visas de no inmigrante e inmigrante para cualquier proyecto futuro.