



Resolución de Superintendencia

VISTOS: El recurso de apelación de fecha 24 de abril del 2018, interpuesto por la ciudadana de nacionalidad colombiana María Clara Choucair Cárdenas, contra la Resolución de Gerencia N° 6195-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 3 de abril de 2018; y, el Informe N° 000406-2018-AJ/MIGRACIONES, de fecha 6 de julio del 2018, de la Oficina General de Asesoría Jurídica, y;

CONSIDERANDO:

Mediante Decreto Legislativo N° 1130 se crea la Superintendencia Nacional de Migraciones – MIGRACIONES, como Organismo Público adscrito al Ministerio del Interior, con personería jurídica de derecho público interno, con autonomía administrativa, funcional y económica en el ejercicio de sus atribuciones;

En adición a lo antes señalado, el artículo 6 del enunciado Decreto Legislativo en los incisos b), c), e) y f) señalan lo siguiente:

MIGRACIONES, tiene las siguientes funciones:

- b) Ejecutar la política migratoria interna, en el marco de su competencia y de conformidad con la normatividad y los tratados internacionales, promoviendo la integración de las personas migrantes a la sociedad peruana.*
- c) Administrar, supervisar, fiscalizar, normar y sancionar las actividades en materia de su competencia.*
- e) Aprobar y autorizar visas, prórrogas de permanencia y residencia, así como el cambio de clase de visa y calidad migratoria.*
- f) Regularizar la condición migratoria de extranjeros de acuerdo a los requisitos establecidos en la normativa vigente y convenios;*

Con fecha 27 de marzo del 2017, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano”, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2017-IN; el mismo que en el numeral 88.1 del artículo 88 establece que:

“MIGRACIONES otorga la calidad migratoria de TRABAJADOR a aquellas personas extranjeras que deseen realizar actividades lucrativas de forma subordinada o independiente para los sectores públicos o privados, en virtud de un contrato de trabajo, relación administrativa o contrato de prestación de servicios”.

En atención a la normativa antes acotada, el numeral 88.3 del artículo 88 del citado Reglamento, establece que:

“Las condiciones para el otorgamiento de la calidad migratoria son: a) En caso de trabajador dependiente contar con un contrato en el sector público o privado en cualquiera de los regímenes establecidos en la legislación sobre la materia, las empresas contratantes deben contar con RUC activo y habido (...)”.

Respecto, a los recursos impugnatorios, el artículo 109 de la Ley N° 27444,



Ley del Procedimiento Administrativo General, dispone que:

“Frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos”;

El artículo 26 del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, señala que:

“Los actos administrativos y su trámite, relativos a materia migratoria, que así lo permita el presente Decreto Legislativo, pueden ser materia de impugnación conforme a lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”;

Siendo en el caso en particular que, con fecha 19 de octubre del 2017, la ciudadana de nacionalidad colombiana María Clara Choucair Cárdenas (en adelante, la administrada), identificada con pasaporte N° PE142440, solicitó cambio de calidad migratoria de Turista (TUR) a Trabajador Residente (TBJ), generándose para tal efecto el expediente administrativo LM170398474;

De la revisión realizada a la documentación que obra en el expediente, se advierte que, a través del Memorando N° 001119-2017-SM-IN-MIGRACIONES, de fecha 20 de diciembre del 2017, la Subgerencia de Inmigración y Nacionalización solicitó a la Subgerencia de Verificación y Fiscalización, para que en cumplimiento de sus funciones realicen las siguientes diligencias: Sobre la administrada i) Realizar visita inopinada al domicilio que consigna en el expediente; ii) Realizar entrevista personal; Sobre el representante de la empresa, a) Realizar visita inopinada a la empresa; ii) Realizar entrevista personal; c) Verificar la PLAME y lista de trabajadores de la empresa y otros que estime conveniente, de acuerdo a las funciones establecidas en el artículo 48¹ del Reglamento de Organización y Funciones de MIGRACIONES, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-IN;

Con fecha 12 de febrero del 2018, personal de la Subgerencia de Verificación y Fiscalización se constituyó al domicilio fiscal de la empresa “CHOUCAIR CARDENAS TESTING S.A.”, ubicado en Av. Paseo de la República N° 3211 Oficina 1001, levantando el Acta de Verificación Domiciliaria N° 104-2018-MIGRACIONES-SM-VF; que señala lo siguiente:

- i) Que, personal de la Subgerencia se constituyó al domicilio fiscal de la empresa “CHOUCAIR CARDENAS TESTING S.A.”, declarada ante SUNAT, ubicado en la dirección antes mencionada, siendo atendidos por el señor Jorge Eduardo Acosta Oliden, quien manifestó ser Analista de Gestión Humana de la citada empresa.
- ii) Que, el giro comercial de la empresa “CHOUCAIR CARDENAS TESTING S.A.”, es Software Testing (revisión de software), cuenta con Licencia de Funcionamiento, tiene a su cargo 26 trabajadores, el inmueble donde funciona la empresa es alquilado.
- iii) Que, la ciudadana María Clara Choucair Cárdenas, actualmente labora en la empresa, desempeñando el cargo de Gerente General, percibiendo por ello la suma de S/ 850.00, tiene como función revisar los planes, avances y procesos de la empresa.

¹ Artículo 48.- Subgerencia de Verificación y Fiscalización

La Subgerencia de Verificación y Fiscalización es la encargada de verificar e investigar la información brindada por los administrados, constatando los lugares consignados como domicilio, trabajo, estudio, alojamiento y otros, cuando exista causa justificada, a fin de verificar el cumplimiento de la normativa vigente; coordinando para ello con los órganos y organismos públicos y privados competentes.



- iv) Finalmente, el señor Jorge Eduardo Acosta Oviden, señaló que la administrada no domicilia en el domicilio fiscal de la empresa.

En atención a ello, la Gerencia de Servicios Migratorios, emitió la Resolución de Gerencia N° 6195-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 3 de abril del 2018, que declaró improcedente la solicitud presentada, en razón a que la documentación que obra en el expediente administrativo se constató que la administrada viene realizando actividades laborales como Turista sin haber obtenido previamente la calidad migratoria habilitante; por consiguiente, incumplió lo dispuesto en el literal h) del numeral 29.1 del artículo 29 del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, el artículo 77 de su Reglamento, y lo regulado en el tercer párrafo del artículo 1 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 689, Ley de Contratación de Personal Extranjero;

Mediante escrito de fecha 24 de abril del 2018, la administrada interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia N° 6195-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, argumentando lo siguiente:

- i) Que, con fecha 28 de noviembre de 2016 obtuvo su calidad migratoria habilitante como Trabajador, mediante Contrato de Trabajador Migrante Andino celebrado bajo la Decisión N° 545 Instrumento Andino de Migración Laboral, como trabajador con desplazamiento individual presentado a través de la página habilitada del Ministerio de trabajo y promoción del Empleo.
- ii) De otro lado, señala que la mencionada resolución se basa en el Decreto Legislativo N° 689 Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros y su Reglamento, el mismo que no es aplicable, como la misma ley lo indica para trabajadores extranjeros de otras nacionalidades que mantengan un Convenio Internacional con el Perú.
- iii) Finalmente, argumenta que tanto la regulación internacional y nacional de los derechos que le asisten a los trabajadores migrantes permite garantizar los derechos mínimos de los trabajadores y generar un marco normativo que favorezca a los migrantes que se encuentran en forma regular en un país receptor, tanto en sus derechos laborales como en su dignidad humana mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales;

Del análisis de los argumentos planteados en el recurso de apelación de fecha 24 de abril de 2018, interpuesto por la ciudadana de nacionalidad colombiana María Clara Choucair Cárdenas, y de lo resuelto en la Resolución de Gerencia N° 6195-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 3 de abril del 2018, se infiere que la materia de controversia recae en determinar si la administrada cumple todos los requisitos previstos en la normativa legal vigente para acceder al cambio de calidad migratoria solicitada;

De la revisión del recurso de apelación interpuesto por la administrada, se verifica que ha sido presentado dentro del plazo de quince (15) días hábiles, tal como se puede corroborar con el cargo de recepción de la Resolución de Gerencia N° 6195-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, notificada a la administrada el 5 de abril de 2018 (ver foja 65), previsto en el numeral 2 del artículo 207 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Además de ello, se aprecia que el escrito presentado cumple con los requisitos establecidos en el artículo 113 del citado cuerpo legal;

En relación a la evaluación integral de los documentos que presentó la administrada para obtener el cambio de calidad migratoria de Turista a Trabajador



Residente, la Gerencia de Servicios Migratorios, advirtió que la ciudadana María Clara Choucair Cárdenas viene realizando actividades laborales como Turista sin haber obtenido la calidad migratoria habilitante;

A efectos de evaluar los argumentos que sustentan la apelación, se ha procedido a efectuar la revisión de los considerandos de la resolución impugnada, por cuanto estos deben sustentar la adopción de la decisión de la Administración; siendo necesario transcribir la sección pertinente:

RESOLUCIÓN DE GERENCIA N° 6195-2018-MIGRACIONES-SM-CCM

CONSIDERANDO:

(...)

Que, para efectos de la obtención de la residencia de Trabajador Residente (TBJ), la administrada presento los requisitos y condiciones contempladas en el TUPA – IN vigente, y en la norma de la materia;

Que, no obstante lo señalado, siendo deber de la Administración comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar a través de la unidad orgánica competente las sanciones pertinentes, se cursó los actuados a la Subgerencia de Verificación y Fiscalización, a fin que en el marco de sus funciones contempladas en el artículo 49° del Reglamento de Organización y Funciones de esta Superintendencia Nacional, realice las actuaciones necesarias para la verificación y constatación de las declaraciones y documentación presentada por la administrada para obtener la residencia en el país;

Que, sobre lo señalado, la Subgerencia de Verificación y Fiscalización, remitió el Acta de Verificación Domiciliaria N° 104-2018-MIGRACIONES-SM-VF, de fecha 12 de febrero de 2018, el cual refiere, entre otros, lo siguiente: De la declaración rendida por el ciudadano peruano Jorge Eduardo Acosta Ojeda, trabajador de la empresa contratante quien ocupa el cargo de analista de gestión humana, se puede colegir que la administrada se encuentra actualmente trabajando sin haber obtenido previamente la calidad migratoria habilitante, lo cual es corroborado mediante la planilla electrónica – PLAME adjuntado al expediente, el cual se observa que la administrada se encuentra registrada como trabajadora;

Que, al haberse constatado que la ciudadana María Clara Choucair Cárdenas, viene realizando actividades laborales como turista sin haber obtenido previamente la calidad migratoria habilitante, se ha incumplido con lo dispuesto en el literal h, del numeral 29.1 del artículo 29° del Decreto Legislativo N° 1350, y el artículo 77 de su reglamento (...).

(...)

[Los subrayados son nuestros]

En el texto transcrito la autoridad migratoria sostiene que, la recurrente viene realizando actividades laborales como Turista sin haber obtenido previamente la calidad migratoria habilitante, cuando lo correcto debió haber sido que la Administración valore la documentación presentada por la administrada, tales como: Contrato de Trabajo de Migrante Andino y la Ficha RUC N° 20535889300 de la empresa "CHOUCAIR CARDENAS TESTING S.A.", condiciones necesarias para la obtención de calidad migratoria de Trabajador Residente, tal como lo establece el numeral 88.3 del artículo 88 del Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones N° 1350;



En ese contexto, debemos señalar que MIGRACIONES otorga el cambio de calidad migratoria de Turista a Trabajador Residente, a aquellas personas que deseen realizar actividades lucrativas de forma subordinada o independiente para los sectores públicos o privados, en virtud de un contrato de trabajo, relación administrativa o contrato de prestación de servicios, previsto en el numeral 88.3 del artículo 88² del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2017-IN (en adelante, el Reglamento); por los fundamentos que a continuación se detalla:

- a) *En caso de trabajador dependiente contar con un contrato en el sector público o privado en cualquiera de los regímenes establecidos en la legislación sobre la materia, las empresas contratantes deben contar con RUC activo y habido.*
- b) *En caso de ser trabajador independiente, la persona extranjera debe contar con Registro Único de Contribuyentes (RUC) activo y habido.*

En atención a las normas antes señaladas se puede concluir que, la autoridad migratoria deberá otorgar el cambio de calidad migratoria de Trabajador Residente (TBJ), siempre y cuando la administrada reúna las condiciones establecidas en la normativa legal vigente, como son: contar con contrato en el sector público o privado en cualquiera de los regímenes establecidos en la legislación sobre la materia, las empresas contratantes deben contar con RUC activo y habido;

En el caso en particular, la administrada presentó la solicitud de cambio de calidad migratoria de Turista a Trabajador Residente, adjuntado entre otros documentos el Contrato de Trabajo de Migrante Andino, así como la Ficha RUC N° 20535889300, Activo y Habido de la empresa "CHOUCAIR CARDENAS TESTING S.A.". En tal sentido, la documentación presentada por la administrada, cumple con los requisitos previstos en la normativa legal vigente;

Por consiguiente, de los argumentos expuestos en los párrafos precedentes y del análisis de la documentación que obra en el expediente, se aprecia que la administrada cumplió con acreditar el requisito previsto en el numeral 88.3 del artículo 88 del Reglamento, del Decreto Legislativo N° 1350 de Migraciones referido a demostrar que cuenta con un contrato en el sector privado, y con RUC activo y habido;

En cuanto, a la conducta migratoria de la administrada, plasmada en el Acta de Verificación Domiciliaria N° 104-2018-MIGRACIONES-SM-VF, de fecha 12 de febrero de 2018, emitido por la Subgerencia de Verificación y Fiscalización, a través de la cual advirtió que la ciudadana colombiana María Clara Choucair Cárdenas viene realizando actividades laborales como Turista sin haber obtenido previamente la calidad migratoria habilitante, corresponde a la Gerencia de Servicios Migratorios examinar los elementos de evaluación empleado por dicha Subgerencia para la determinación de las sanciones, conforme lo establecido por el numeral 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444, del Procedimiento Administrativo General, que regula el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora, el cual establece que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sea sancionable;

² DECRETO SUPREMO N° 007-2017-IN, QUE APRUEBA EL REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO DE MIGRACIONES

Artículo 88: Calidad migratoria Trabajador

88.1.- MIGRACIONES otorga esta calidad migratoria a aquellas personas extranjeras que deseen realizar actividades lucrativas de forma subordinada o independiente para los sectores públicos o privados, en virtud de un contrato de trabajo, relación administrativa o contrato de prestación de servicios.

88.2. Incluye a los empleados de empresas transnacionales, corporación internacional y que deben desplazarse al Perú para trabajar en una empresa del mismo grupo económico o holding, para desempeñarse como personal de alta dirección, de confianza o como especialista o especializado.

88.3. Las condiciones para el otorgamiento de la calidad migratoria son:

- a) **En caso de trabajador dependiente contar con un contrato en el sector público o privado en cualquiera de los regímenes establecidos en la legislación sobre la materia, las empresas contratantes deben contar con RUC activo y habido.**
- b) **En caso de ser trabajador independiente, la persona extranjera debe contar con Registro Único de Contribuyente (RUC) activo y habido.**



De la revisión de los considerandos de la Resolución de Gerencia N° 6195-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, se advierte que la solicitud presentada no fue evaluada en función a las exigencias previstas en el numeral 88.3 del artículo 88 del Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones N° 1350, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2017-IN, referidas a los requisitos para la obtención de la calidad migratoria de Trabajador Residente. En tal sentido, corresponde revocar la Resolución apelada, al advertir la existencia de una interpretación errónea de la normativa vigente;

Por lo expuesto, se debe revocar la Resolución de Gerencia N° 6195-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 3 de abril de 2018, en el extremo referido a la motivación que sustentó la improcedencia de la solicitud formulada por la administrada, y declarar fundado el recurso de apelación interpuesto;

Que, estando a lo opinado por la Oficina General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia Nacional de Migraciones – MIGRACIONES en el informe de visto, cuyo contenido hago mío y que forma parte integrante del presente acto administrativo; y,

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; el Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones; y, en el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Migraciones – MIGRACIONES, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2013-IN;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación de fecha 24 de abril del 2018, interpuesto por la ciudadana de nacionalidad colombiana María Clara Choucair Cárdenas, contra la Resolución de Gerencia N° 6195-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 3 de abril de 2018, que resolvió declarar improcedente la solicitud de cambio de calidad migratoria de Turista a Trabajador Residente, presentada por la ciudadana de nacionalidad colombiana María Clara Choucair Cárdenas; dándose por agotada la vía administrativa.

Artículo 2.- **REVOCAR** la Resolución de Gerencia N° 6195-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 3 de abril de 2018.

Artículo 3.- **OTORGAR** el cambio de calidad migratoria de Turista a Trabajador Residente, solicitado por la ciudadana de nacionalidad colombiana María Clara Choucair Cárdenas.

Artículo 4.- **DISPONER** la devolución del expediente administrativo a la Gerencia de Servicios Migratorios para el inicio de las acciones de su competencia, respecto a la presunta infracción migratoria cometida por la ciudadana de nacionalidad colombiana María Clara Choucair Cárdenas.

Artículo 5.- **DISPONER** la notificación de la presente resolución a la administrada y remitir los actuados a la Gerencia de Servicios Migratorios para la ejecución de las acciones de su competencia.

Regístrese y comuníquese.