



Resolución de Superintendencia

VISTOS, el Informe N° 000300-2019-AJ/MIGRACIONES, de fecha 30 de abril de 2019, emitido por la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Del marco legal

El Decreto Legislativo N° 1130, Decreto Legislativo que crea la Superintendencia Nacional de Migraciones - MIGRACIONES, establece en su artículo 2° que la entidad tiene competencia en materia de política migratoria interna y participa en la política de seguridad interna y fronteriza; asimismo, coordina el control migratorio con las diversas entidades del Estado que tengan presencia en los Puestos de Control Migratorio o Fronterizo del país para su adecuado funcionamiento, además señala que su competencia es de alcance nacional. Así también, en el artículo 6° establece como funciones de la entidad, entre otras, aprobar el cambio de calidad migratoria y controlar la permanencia legal de los extranjeros en el país;

Por su parte, el Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, establece en su artículo 28° que la calidad migratoria es la condición que otorga el Estado Peruano al extranjero en atención a su situación personal o por la actividad que va a desarrollar en el territorio nacional, su otorgamiento es potestad del Estado Peruano, esta es otorgada a través de acto administrativo y habilita para el ejercicio de una actividad específica; así también, en su artículo 30°, señala que todo ciudadano extranjero puede cambiar de calidad migratoria tramitando su solicitud ante la autoridad administrativa de acuerdo a las condiciones y requisitos establecidos en el Reglamento;

De forma complementaria, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2017-IN, establece en su artículo 88° que otorga la calidad migratoria de Trabajador Residente 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, y, en su artículo 167°, señala en qué consisten las actividades de verificación y fiscalización que puede realizar la autoridad administrativa a fin de comprobar la autenticidad y veracidad de las declaraciones, documentos, informaciones y traducciones presentadas por los administrados;

El Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dictado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, contempla en el Artículo IV del Título Preliminar los principios rectores que rigen los procedimientos administrativos, como son el Principio de Presunción de Veracidad, el Principio de Buena Fe Procedimental y el Principio de Verdad Material, los cuales todo administrado está obligado a cumplir y respetar; asimismo en sus artículos 10°, 34° y 213° contempla la nulidad de los actos administrativos señalando sus causales, procedimiento, plazos y consecuencias;



Antecedentes

i) Respetto de la tramitación de la solicitud de Cambio de Calidad Migratoria, Inscripción en el Registro Central de Extranjería y Prórroga de Residencia.

Con fecha 24 de junio de 2016, a través de su apoderada Sra. IRIS MYRIAM GAMARRA HUAPAYA, el ciudadano chino TONGLONG HAN (en adelante el administrado), solicitó el cambio de calidad migratoria de Turista a Trabajador Residente, sustentando su solicitud a través del contrato de trabajo suscrito con la empresa PROTECTION POLICE & SECURITY S.A.C., con RUC N° 20546938001, procedimiento administrativo que se tramitó mediante Expediente Administrativo N° LM160160457, que fue aprobado por la Gerencia de Servicios Migratorios a través de la Resolución de Gerencia N° 16335-2016-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 19 de septiembre de 2016;

Posteriormente, el administrado solicitó su inscripción en el Registro Central de Extranjería, mediante expediente administrativo N° LM160259204, emitiéndose el Carné de Extranjería N° 001463348 a su nombre, con fecha 03 de octubre de 2016;

ii) Respetto al contrato de trabajo presentado como sustento para el cambio de calidad migratoria.

La señora MAYRA CAROLINA SIFUENTES ALIAGA, en su condición de Gerente General de la empresa PROTECTION POLICE & SECURITY S.A.C., remitió los PDT-Planilla Electrónica de la aludida empresa, en su Formato R01: Trabajadores – Datos de Ingresos, Tributos y Aportes de los periodos 05/2017, 06/2017 y 07/2017, en los cuales no figura como trabajador, el ciudadano de nacionalidad china TONGLONG HAN, pese a que este último documento sustentó su trámite de Cambio de Calidad Migratoria a Trabajador Residente, Expediente Administrativo N° LM160160457, con Contrato de Trabajo de Personal Extranjero suscrito con dicha empresa el 16 de junio de 2016, y en mérito a este contrato obtuvo la calidad migratoria en fecha 19 de septiembre de 2016, inscribiéndose posteriormente en el Registro Central de Extranjería en fecha 03 de octubre de 2016, obteniendo el duplicado de su Carne de Extranjería N° 001463348 el 05 de septiembre de 2017, sin haber modificado datos respecto a su empleador;

Análisis de la nulidad:

i) Aspectos formales

De conformidad con el artículo 202° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, vigente en la fecha en que fueron dictados los actos administrativos cuestionados, el plazo para declarar la nulidad de oficio era de un año, el cual a la fecha se encuentra vencido. El mismo artículo establecía un plazo de dos años para demandar la nulidad ante el órgano jurisdiccional, en caso el plazo de la nulidad de oficio hubiese prescrito; sin embargo, dicho plazo fue ampliado por el Decreto Legislativo N° 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley 27444, publicado el 21 de diciembre de 2016, extendiéndolo a tres años, plazo que se mantiene en el actual Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado el 25 de enero de 2019, en el numeral 213.4 del artículo 213°. De esta manera, resulta factible iniciar el proceso contencioso administrativo demandando la nulidad de los actos administrativos cuestionados por cuanto se encuentra vigente el plazo para recurrir ante el Poder Judicial;



ii) Aspectos de fondo

De la revisión de la documentación obrante en el expediente administrativo, N° LM160160457, y según lo señalado en el Informe N° 000484-2018- SM-VF/MIGRACIONES de fecha 02 de octubre de 2018, la Subgerencia de Verificación y Fiscalización de la Gerencia de Servicios Migratorios señala que la señora MAYRA CAROLINA SIFUENTES ALIAGA, en su condición de Gerente General de la empresa PROTECTION POLICE & SECURITY S.A.C., remitió los PDT-Planilla Electrónica de la aludida empresa, en su Formato R01: Trabajadores – Datos de Ingresos, Tributos y Aportes de los periodos 05/2017, 06/2017 y 07/2017, en los cuales no figura como trabajador, el ciudadano de nacionalidad china TONGLONG HAN, pese a que este último documento sustentó su trámite de Cambio de Calidad Migratoria a Trabajador Residente, Expediente Administrativo N° LM160160457, con Contrato de Trabajo de Personal Extranjero suscrito con dicha empresa el 16 de junio de 2016, y en mérito a este contrato obtuvo la calidad migratoria en fecha 19 de septiembre de 2016, inscribiéndose posteriormente en el Registro Central de Extranjería en fecha 03 de octubre de 2016, obteniendo el duplicado de su Carne de Extranjería N° 001463348 el 05 de septiembre de 2017, sin haber modificado datos respecto a su empleador;

En este sentido, el vínculo laboral generado a consecuencia de la suscripción del Contrato de Trabajo de Personal Extranjero de fecha 16 de junio de 2016, entre la empresa PROTECTION POLICE & SECURITY S.A.C. y el ciudadano de nacionalidad china TONGLONG HAN se encontraba vigente al 29 de agosto de 2017, sin embargo, en esta fecha, la Gerente General de la citada empresa ha remitido Planillas Electrónicas en las cuales no figura tal ciudadano como trabajador, situación que conlleva a establecer presunción de que el aludido ciudadano nunca habría prestado servicios a la citada empresa, sin embargo, para la obtención de la Calidad Migratoria de Trabajador y su residencia en territorio peruano, el ciudadano en mención se habría valido de dicho Contrato de Trabajo;

Cabe precisar que se prevé en el numeral 34.3 del artículo 34° del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General: *“En caso de comprobar fraude o falsedad en la declaración, información o en la documentación presentada por el administrado, la entidad considerará no satisfecha la exigencia respectiva para todos sus efectos, procediendo a declarar la nulidad del acto administrativo sustentado en dicha declaración, información o documento (...);”*; y además, si la conducta se adecua a los supuestos previstos en el Título XIX Delitos contra la Fe Pública del Código Penal, esta deberá ser comunicada al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente; por lo que deberá remitirse copias certificadas de los actuados pertinentes al Ministerio Público a fin que interponga la acción penal respectiva;

Igualmente, el Numeral 1 del Artículo 10° del TUO de la LPAG establece que son vicios del acto administrativo que causan su nulidad: *(i) la contravención a la Constitución, a las Leyes o a las normas reglamentarias; (ii) el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14° del TUO de la LPAG; (iii) los actos expuestos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición; y, (iv) los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma;*



iii) **Sobre la lesividad: el agravio al ordenamiento jurídico migratorio, la legalidad administrativa y el interés público.**

El Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en su artículo 10° numerales 1 y 2 prevé que, son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias y, el defecto u omisión de alguno de sus requisitos de validez, asimismo, en su artículo 12° numeral 12.1 señala que, la declaración de nulidad, tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro;

Asimismo, el artículo 13° numeral 13.1 de la citada norma establece que, la nulidad de un acto, sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento cuando estén vinculados a él; igualmente, en su artículo 213° numerales 213.1 y 213.2 señala que, en cualquiera de los casos enumerados en su artículo 10°, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales, y que la nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida;

De esta manera, el Tribunal Constitucional en su sentencia emitida en el expediente N° 0090-2004-AA/TC, expresa que el interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos, por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. El interés público se expresa como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil;

Por otra parte, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, establece en el segundo párrafo de su artículo 13° que, tiene legitimidad para obrar activa, la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos, previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa;

En ese sentido, la conservación de los actos administrativos cuestionados, producidos como consecuencia del fraude en la conducta incurrida por el administrado durante la tramitación de la solicitud de cambio de calidad migratoria y posterior inscripción en el Registro Central de Extranjería, además de la obtención de la prórroga de residencia por medio de la presentación y utilización de documentos falsos, vulnera el ordenamiento jurídico migratorio, la legalidad administrativa y el interés público;

Por los fundamentos antes expuestos, y al amparo de lo previsto en los artículos 10°, 34° y 213° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, resulta procedente recurrir al órgano jurisdiccional a efectos de demandar, vía el procedimiento contencioso administrativo, la declaración de nulidad de la Resolución de Gerencia N° 16335-2016-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 19 de septiembre de 2016, que aprobó la solicitud de cambio de calidad migratoria de Turista a Trabajador Residente, presentada por el ciudadano de nacionalidad china **TONGLONG HAN**, así como también los actos administrativos posteriores vinculados como son la inscripción en el Registro Central de Extranjería a través del expediente administrativo N° LM160259204;



iv) Calificación de la lesividad:

En consecuencia, corresponde declarar la lesividad de la Resolución de Gerencia N°16335-2016-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 19 de septiembre de 2016, y de los actos administrativos posteriores vinculados, por cuanto se encuentra acreditado el fraude cometido por el administrado en la presentación y utilización de un contrato de trabajo el cual nunca ejecutó y con el cual obtuvo la calidad migratoria de trabajador, conducta con la cual se ha vulnerado el ordenamiento jurídico migratorio, la legalidad administrativa y el interés público; por lo que, estando a lo opinado por la Oficina General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia Nacional de Migraciones en el Informe de visto cuyo contenido hago mío y que forma parte integrante del presente acto administrativo, y;

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 10°, 34° y 213° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS:

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar la **LESIVIDAD DE LA RESOLUCIÓN DE GERENCIA N° 16335-2016-MIGRACIONES-SM-CCM**, de fecha 19 de septiembre de 2016, que aprobó la solicitud de cambio de calidad migratoria de Turista a Trabajador Residente, presentada por el ciudadano de nacionalidad china TONGLONG HAN, así como también de los actos administrativos posteriores vinculados como son la Inscripción en el Registro Central de Extranjería y la Prórroga de Residencia por haber sido emitidos en agravio del ordenamiento jurídico migratorio, la legalidad administrativa y el interés público, conforme los argumentos expuestos en los considerandos de la presente resolución .

Artículo 2.- Disponer que la Oficina General de Asesoría Jurídica remita copias fedateadas de los expedientes administrativos N° LM160160457 de Cambio de Calidad Migratoria, y N° LM160259204 de Inscripción en el Registro Central de Extranjería, tramitados por el ciudadano de nacionalidad china TONGLONG HAN, así como los documentos respectivos de la declaración de lesividad, a la Procuraduría Pública del Sector Interior a efectos que proceda a iniciar ante el Poder Judicial y ante el Ministerio Público las acciones legales correspondientes.

Artículo 3.- Poner en conocimiento de la Gerencia de Servicios Migratorios la presente Resolución de Superintendencia, para las acciones de su competencia.

Artículo 4.- Notificar la presente Resolución al administrado para su conocimiento y fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.