



## *Resolución de Superintendencia*

**VISTOS**, el Informe N° 000336-2019-AJ/MIGRACIONES, de fecha 16 de mayo 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. Igualmente, 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 66° que, los permisos en materia migratoria, son un mecanismo que permite complementar las calidades migratorias aprobadas de forma individual para una adecuada gestión migratoria; por otro lado, en el numeral 67.2 del artículo 67° se regula la autorización de estadía fuera del país por medio de la cual, la autoridad administrativa, permite a quienes se encuentren realizando un trámite de cambio o prórroga de calidad migratoria, a permanecer fuera del territorio nacional por un plazo de hasta 30 días calendario; asimismo, en su artículo 88° se señala que, se 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;

El Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, contempla en el numeral 11.2 de su artículo 11° que la nulidad de oficio será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto; asimismo en el numeral 213.1 del artículo 213° establece que en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10°, referido a las causales de nulidad, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando estos hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales;



### **Del caso en particular:**

#### **i) Respetto de la tramitación de la solicitud de cambio de calidad migratoria.**

Con fecha 24 de julio del 2017, a través de su apoderado Sr. Juan César Bismarck Velásquez, la ciudadana de nacionalidad china Xia Tang (en adelante la administrada), identificada con pasaporte N° G52542408, solicitó a la Gerencia de Servicios Migratorios el cambio de su calidad migratoria de Turista (Tur) a Trabajador Residente (TBJ-R), sustentando su solicitud en el *Contrato Individual de Trabajo de Personal Extranjero a plazo determinado* celebrado, con fecha 21 de junio de 2017, con la empresa Dragon Oil Technologies Perú S.A.C. el cual fue aprobado y registrado por la Sub Dirección de Registros Generales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, procedimiento administrativo que se tramitó mediante Expediente N° LM170284529, el cual luego de recibir el Informe N° 16081-2017-MIGRACIONES-SM-IN-CCM, de fecha 13 de agosto de 2017, dictó la Resolución de Gerencia N° 18338-2017-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 25 de octubre de 2017, aprobando la petición de la administrada;

Es importante precisar que, a pesar de haber obtenido la calidad migratoria solicitada, la administrada no se acercó en ningún momento a tramitar su inscripción en el Registro Central de Extranjería motivo por el cual no se expidió el documento de identidad correspondiente a su nombre;

#### **ii) Respetto del incumplimiento por parte de la administrada de la normatividad administrativa migratoria.**

Con posterioridad a la expedición de la Resolución de Gerencia N° 18338-2017-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 25 de octubre de 2017, que aprobó la solicitud de cambio de calidad migratoria de Turista (Tur) a Trabajador Residente (TBJ-R), la autoridad administrativa migratoria advirtió que, la ciudadana de nacionalidad china Xia Tang, durante la tramitación de su petición y antes de que esta fuera resuelta, salió del país desde el 04 hasta el 07 de octubre de 2017, sin contar con el permiso correspondiente, es decir, salió del territorio nacional sin haber solicitado y obtenido previamente la autorización de estadía fuera del país de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34° del Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, concordado con el numeral 67.2 del artículo 67° del Reglamento del Decreto Legislativo 1350, norma en la que se regula la autorización de estadía fuera del país por medio de la cual, la autoridad administrativa, previa solicitud de la parte interesada y antes de ausentarse del país, permite a quienes se encuentren realizando un trámite de cambio o prórroga de calidad migratoria, a salir y permanecer fuera del territorio nacional por un plazo de hasta 30 días calendario;

Por lo tanto, al haberse ausentado la administrada del territorio nacional durante la tramitación de su solicitud de cambio de calidad migratoria, sin haber solicitado la autorización de estadía fuera del país con la anticipación correspondiente, transgredió las normas reglamentarias que regulan el procedimiento de cambio de calidad migratoria establecido en el artículo 65° del Reglamento del Decreto Legislativo 1350, el cual establece, en su numeral 65.2 que, para realizar un cambio de calidad migratoria, el ciudadano extranjero debe permanecer en el país en situación migratoria regular, lo cual incluye el periodo de permanencia o salida del territorio nacional; en consecuencia, esta circunstancia debió producir la declaratoria de improcedencia de su petición de cambio de calidad migratoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual establece 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;



## **Análisis de la nulidad**

### **i) Aspectos formales**

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 213.3 del artículo 213° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos (2) años, contados a partir de la fecha en que éstos hayan quedado consentidos. De esta manera, habiéndose dictado, con fecha 25 de octubre de 2017, la Resolución de Gerencia N° 18338-2017-MIGRACIONES-SM-CCM, al momento de expedirse la presente Resolución de Superintendencia, el plazo legal para declarar su nulidad de oficio se encuentra vigente, y corresponde a esta Superintendencia Nacional expedirla, en su calidad de superior jerárquico de la Gerencia de Servicios Migratorios;

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 213.2 del artículo 213° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se ha cumplido con correr traslado a la administrada, a través de la cuenta de correo electrónico consignada en el Formulario F-004 correspondiente a la solicitud de cambio de calidad migratoria, y, además, mediante Carta N° 000020-2019-AJ/MIGRACIONES, de fecha 16 de abril de 2019, dirigida a la dirección domiciliaria consignada en el mismo formulario, del pedido de evaluación de nulidad de oficio de la Resolución de Gerencia indicada en el párrafo precedente, formulada por la Subgerencia de Inmigración y Nacionalización de la Gerencia de Servicios Migratorios, adjuntando copia del Informe N° 000914-2018-SM-IN/MIGRACIONES, de fecha 20 de julio de 2018, y, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para que pueda ejercer su derecho de defensa, sin embargo, la administrada no ha presentado sus descargos;

Por lo tanto, queda acreditado que ha sido utilizado, para poner en conocimiento de la administrada, del pedido de evaluación de nulidad de la Resolución de Gerencia N° 18338-2017-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 25 de octubre de 2017, que le resultó favorable, la modalidad de notificación idónea, contemplada y autorizada por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, motivo por el cual el traslado establecido por la norma sustantiva administrativa se encuentra realizado conforme a Derecho;

### **ii) Aspectos de fondo**

La Subgerencia de Inmigración y Nacionalización, de la Gerencia de Servicios Migratorios, mediante Informe N° 000914-2018-SM-IN-MIGRACIONES, de fecha 20 de julio de 2018, da cuenta respecto de haber advertido una irregularidad, incurrida por la ciudadana de nacionalidad china Xia Tang, en la tramitación de su Expediente N° LM170284529 de cambio de su calidad migratoria de Turista (Tur) a Trabajador Residente (TBJ-R), iniciado con fecha 24 de julio del 2017, la cual, de haber sido informados o advertidos oportunamente, hubiera determinado la declaración de improcedencia de la petición formulada por la administrada;

En efecto, revisando prolijamente el movimiento migratorio de la administrada, se detectó que había salido del país, desde el 04 hasta el 07 de octubre de 2017, fecha que es anterior a la expedición de la Resolución de Gerencia N° 18338-2017-MIGRACIONES-SM-CCM, sin haber tramitado la correspondiente autorización de estadía fuera del país, incumpliendo con lo dispuesto en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350 que establece que, quien tramita un procedimiento administrativo de cambio de calidad migratoria, debe permanecer en el país de manera regular y, en caso deba ausentarse, su partida del país también debe ser regular por medio de la obtención de una autorización de salida la cual no será otorgada por más de 30 días calendarios;



Esta circunstancia causada y encubierta por la administrada, por cuanto en ningún momento informó respecto de su salida del territorio nacional, provocó que la autoridad administrativa migratoria, que evalúa y califica las solicitudes presentadas por los ciudadanos extranjeros, no tomara conocimiento oportuno de esta infracción y, en un estado de desconocimiento y error dictara la Resolución de Gerencia N° 18338-2017-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 25 de octubre de 2017, aprobando su solicitud obteniendo una calidad migratoria que no correspondía;

Es importante señalar que, el Tribunal Constitucional, órgano supremo de interpretación de la ley y control de la constitucionalidad del país, en su sentencia emitida en el expediente N° 1254-2004-AA/TC, expresa que: *la alegación de poseer derechos adquiridos presupone que estos hayan sido obtenidos conforme a ley, toda vez que el error no genera derechos; por consiguiente, cualquier otra opinión vertida con anterioridad en que se haya estimado la prevalencia de la cosa decidida, sobre el derecho legalmente adquirido, queda sustituida por los fundamentos precedentes;*

En consecuencia, por los motivos expuestos en los párrafos precedentes, se encuentra acreditada la infracción cometida por la administrada, durante la tramitación del Expediente N° LM170284529, contra los principios rectores que rigen los procedimientos administrativos, establecidos en el Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, y la normatividad administrativa migratoria como es el Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, y, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2017-IN;

Por lo tanto resulta procedente declarar fundada la nulidad propuesta contra la Resolución de Gerencia N° 18338-2017-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 25 de octubre de 2017, que aprobó la solicitud de cambio de calidad migratoria de Turista (Tur) a Trabajador Residente (TBJ-R) presentada por la ciudadana de nacionalidad china Xia Tang, al amparo de lo previsto en los artículos 10° y 213° del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

#### **Calificación de la nulidad:**

Por lo expuesto en los párrafos precedentes, corresponde declarar la nulidad de la Resolución de Gerencia materia de análisis, estando a lo opinado por la Oficina General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia Nacional de Migraciones en el Informe de vistos cuyo contenido hago mío y que forma parte integrante del presente acto administrativo, y;

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 10° 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 **NULA** la Resolución de Gerencia N° 18338-2017-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 25 de octubre de 2017, dictada en el expediente administrativo N° LM170284529, que aprobó la solicitud de cambio de calidad migratoria de Turista (Tur) a Trabajador Residente (TBJ-R) presentada por la ciudadana de nacionalidad china Xia Tang.

**Artículo 2.-** Poner en conocimiento de la Gerencia de Servicios Migratorios la presente Resolución de Superintendencia, a efectos que proceda conforme a sus competencias.



**Artículo 3.-** Notificar la presente Resolución a la administrada para su conocimiento y fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.