



Resolución de Superintendencia

VISTOS, el recurso de apelación de fecha 12 de julio de 2018, interpuesto por la ciudadana XIUHUA WU contra la Resolución de Gerencia N° 8932-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 19 de junio del 2018; y el Informe N° 000694-2018-AJ/MIGRACIONES, de fecha 06 de diciembre de 2018, emitido por la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Del marco legal

La Superintendencia Nacional de Migraciones es el organismo técnico especializado en materia migratoria interna; tiene competencia en la política de seguridad interna y fronteriza, garantizando el debido control migratorio con la verificación y tratamiento jurídico para el otorgamiento de las calidades migratorias de los extranjeros en el país;

El numeral 28.2 del artículo 28 del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, establece 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”*; asimismo, el numeral 28.1 del citado cuerpo normativo dispone que *“El otorgamiento de la calidad migratoria es potestad del Estado Peruano”*;

En ese sentido el numeral 88.1 del artículo 88 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2017-IN, 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 adición a ello, el literal a) del numeral 88.3 del artículo 88 del citado Reglamento, establece que *“Las condiciones para el otorgamiento de la calidad migratoria de Trabajador 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 (...)”*;



Del caso en particular

En el caso en particular se tiene que con fecha 14 de septiembre del 2017, la ciudadana de nacionalidad china XIUHUA WU (en adelante, la administrada), identificada con Pasaporte N° G33944213, representada por su apoderado el señor Jesús Eduardo Muñoz Pajuelo, identificado con DNI N° 77170480, solicitó cambio de calidad migratoria de Turista (TUR) a Trabajador Residente (TBJ), generándose para tal efecto el expediente administrativo LM170352984;

Mediante Resolución de Gerencia N° 8932-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 19 de junio del 2018, la Gerencia de Servicios Migratorios, declaró improcedente la solicitud presentada por la administrada, argumentando que en virtud al Informe N° 000090-2018-SM-VF-MIGRACIONES, emitido por la Subgerencia de Verificación y Fiscalización, se advirtió la existencia de incongruencias entre la documentación presentada por la administrada a efectos de acreditar su vinculación laboral y las declaraciones efectuadas por el empleador que es una persona natural con negocio "CHIFA XIANG" del señor NENGXIAN WU, durante la diligencia de verificación, no acreditándose en consecuencia la actividad que desarrollará la administrada dentro del país y que habilite a la Administración a otorgarle la calidad migratoria de Trabajador Residente;

Del recurso de apelación

Con fecha 12 de julio del 2018, la administrada interpuso recurso de apelación contra la citada Resolución de Gerencia, argumentando lo siguiente:

- i. La Resolución impugnada debe ser revocada o declarada nula por contravenir a la ley y ocasionarle grave perjuicio, toda vez que en el expediente de cambio de calidad migratoria presentado a Migraciones de fecha 14.09.2017, se adjuntaron todos y cada uno de los requisitos señalados en el TUPA de la DIGEMIN.
- ii. Que, MIGRACIONES ha entrevistado al dueño del negocio, sin considerar su poco entender del idioma castellano y su natural nerviosismo, siendo que por este hecho se debió solicitar un traductor, lo que es regular cuando el entrevistado no conoce perfectamente el idioma, empero por culminar el trámite se tomó la declaración, habiendo declarado el entrevistado hechos contrarios, traductor que se solicita tanto en el Poder Judicial Fiscalía y cualquier otra entidad estatal, en la presente causa, se ha vulnerado un derecho del entrevistado y se le tomó la declaración sin contar con la persona idónea para traducir y que se pueda responder a lo que se le pregunta por lo que solicitó su revisión.
- iii. Se ha acreditado que el empleador ha suscrito el contrato, que existe el negocio personal, que el negocio funciona en forma normal, que se cuenta con trabajadores peruanos, y que se requiere del personal extranjero contratado. No habiéndose meritado estos hechos en la resolución materia del presente recurso.
- iv. El personal de Migraciones parece actuar con la sola intención de denegar la solicitud de cambio de calidad migratoria de los ciudadanos chinos, lo que constituye discriminación, a diferencia de los beneficios que se otorgan a los ciudadanos de nacionalidad venezolana.
- v. Con relación a los porcentajes limitativos que señala la administración, debo precisar que es el Ministerio de Trabajo el que ha aprobado el Contrato de Trabajo por cumplir a cabalidad con los requisitos para su respectiva aprobación, no siendo de competencia de Migraciones la calificación de un acto administrativo llevado adelante por el Ministerio de Trabajo.



Resolución de Superintendencia

Del análisis del recurso de apelación

En relación a que en el expediente de cambio de calidad migratoria presentado a Migraciones de fecha 14.09.2017, se adjuntaron todos y cada uno de los requisitos señalados en el TUPA de la DIGEMIN. Sobre el particular efectivamente el expediente cuenta con la documentación solicitada sin embargo en atención al Principio de Verdad Material y a lo establecido en el artículo 159¹ de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que faculta a la Autoridad Administrativa a llevar a cabo todos los actos de instrucción necesarios para la determinación y comprobación de los hechos materia de pronunciamiento, lo que serán realizados de oficio con la finalidad de lograr una convicción de la verdad material que fundamentará su resolución, es que se llevó a cabo la diligencia de verificación, plasmándose el Acta de Verificación Domiciliaria N°80-2018-MIGRACIONES-SM-VF, en la que se sustenta el Informe N°000090-2018-SM-VF-MIGRACIONES y que da como resultado la existencia de incongruencias entre la declaración del empleador y lo señalado en el contrato de trabajo que sustenta el pedido de cambio de calidad migratoria;

En cuanto a que MIGRACIONES ha entrevistado al dueño del negocio, Sr. NENGXIAN WU sin considerar su poco entender del idioma castellano y su natural nerviosismo, siendo que por este hecho se debió solicitar un traductor, lo que es regular cuando el entrevistado no conoce perfectamente el idioma, (traductor que se solicita tanto en el Poder Judicial Fiscalía y cualquier otra entidad estatal), empero por culminar el trámite se tomó la declaración, habiendo declarado el entrevistado hechos contrarios, y en la presente causa, se ha vulnerado un derecho del entrevistado y se le tomó la declaración sin contar con la persona idónea para traducir y que se pueda responder a lo que se le pregunta por lo que solicitó su revisión.

Al respecto es preciso señalar que el entrevistado prestó su declaración de manera voluntaria sin ser coaccionado o presionado, dejando a salvo su derecho de haber solicitado un traductor, si no lo requirió es de entenderse que conoce y entiende el idioma castellano, sin embargo y como es de verse de la propia Acta de Verificación domiciliaria N°80-2018-MIGRACIONES-SM-VF, el Sr. NENGXIAN WU ha suscrito el acta en señal de conformidad de lo expresado en ella, por tanto su declaración no puede descalificarse. Por otro lado, obra dentro del expediente administrativo copia del contrato de arrendamiento de local comercial legalizado ante Notario Público Adolfo Scamarone Muñoz, suscrito por el Sr. NENGXIAN WU y los propietarios del local donde funciona su negocio, el “CHIFA XIANG”, de cuya lectura se verifica que para la realización de ese acto jurídico no ha requerido traductor, por lo que se infiere que el Sr NENGXIAN WU conoce el idioma castellano y se expresa y entiende el mismo;

En relación a lo señalado en el recurso de apelación de que se ha acreditado que el empleador ha suscrito el contrato, que existe el negocio personal, que el negocio funciona en forma normal, que se cuenta con trabajadores peruanos, y que se requiere del personal extranjero contratado. No habiéndose meritado estos hechos en la resolución materia del presente recurso, debe tenerse presente que las situaciones expuestas no aportan para esclarecer las incongruencias encontradas entre el contrato presentado para el cambio de la calidad migratoria de la administrada y lo declarado por el empleador; en este sentido podemos señalar que, la administrada pretendía obtener la residencia en

¹Artículo 159.- Actos de Instrucción

159.1 Los actos de instrucción necesarios para la determinación y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, serán realizados de oficio por la autoridad a cuyo cargo se tramita el procedimiento de evaluación previa, sin perjuicio del derecho de los administrados a proponer actuaciones probatorias.

(...)



merito a un contrato de trabajo cuyo contenido resulta incierto, al haberse comprobado de las actuaciones realizadas por la Subgerencia de Verificación y Fiscalización que lo declarado en autos no condice con lo manifestado en la diligencia de verificación efectuada, infringiendo el principio de presunción de veracidad, estipulado en el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N°27444;

Sobre el tema de la discriminación hacia los ciudadanos chinos, planteado en el recurso de apelación, es preciso señalar que NO EXISTE DISCRIMINACION alguna por parte de la administración, lo que existe es INCERTIDUMBRE, en relación al contenido del contrato de trabajo suscrito entre el empleador y la administrada y lo manifestado posteriormente en el Acta de Verificación por el propio empleador, por lo que al existir discrepancias, no es posible generar certeza en la administración para que proceda la solicitud de cambio de calidad migratoria;

Con relación a los porcentajes limitativos que señala la administración, y que el recurso de apelación señala que es el Ministerio de Trabajo el que ha aprobado el Contrato de Trabajo por cumplir a cabalidad con los requisitos para su respectiva aprobación, no siendo de competencia de Migraciones la calificación de un acto administrativo llevado adelante por el Ministerio de Trabajo. Es preciso señalar que en atención al Principio de Verdad Material y a lo establecido en el artículo 159 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, es que se ha realizado el presente análisis, el cual nos lleva a señalar que se advierte que el negocio unipersonal del empleador cuenta con 05 trabajadores de nacionalidad peruana y 01 trabajador extranjero inscritos ante la SUNAT, asimismo de lo manifestado por el empleador, la administrada ocuparía el cargo de mozo y atención al público, evidenciándose que no se encuentra inmersa dentro de los supuestos de exoneración del porcentaje limitativo establecido en el ²artículo 6° ni en el ³artículo 4° de Decreto Legislativo N°689;

Asimismo, es importante señalar que en el presente caso, la Administración ha efectuado un análisis en base a las facultades y atribuciones que le otorgan los ⁴literales a), b), g), i) del artículo 167 del Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones, y la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, con el fin de validar la verdad material de las declaraciones, información y documentación brindada por la administrada para la obtención de la calidad migratoria de trabajador residente;

² **Decreto Legislativo N°689. Artículo 6.-** “Los empleadores podrán solicitar exoneración de los porcentajes limitativos prescritos en el artículo 4 de esta Ley, en los casos siguientes: a) Cuando se trate de personal profesional o técnico especializado; b) Cuando se trate de personal de dirección y/o gerencial de una nueva actividad empresarial o en caso de reconversión empresarial; c) Cuando se trate de profesores contratados para la enseñanza superior, o de enseñanza básica o secundaria en colegios particulares extranjeros, o de enseñanza de idiomas en colegios particulares nacionales, o en centros especializados de enseñanza de idiomas; d) Cuando se trate de personal de empresas del sector público o de empresas privadas que tengan celebrados contratos con organismos, instituciones o empresas del sector público; e) Cualquier otro caso que se establezca por decreto supremo, siguiendo los criterios de especialización, calificación o experiencia”

³ Decreto Legislativo N° .689. Dictan Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros. Artículo 4.- Las empresas nacionales o extranjeras podrán contratar personal extranjero en una proporción de hasta el 20% del número total de sus servidores, empleados y obreros. Sus remuneraciones no podrán exceder del 30% del total de la planilla de sueldos y salarios

⁴ Literal a), b), g), i) del Artículo 167 del Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones:

- a) Dar inicio a la actividad probatoria cuando MIGRACIONES no tenga por ciertos los hechos alegados por la persona extranjera.
- b) Comprobar la veracidad de la información proporcionada por el solicitante.
- g) Verificar los lugares declarados por los administrados como domicilio, estudio, alojamiento y otros

Las demás que sean necesarias para comprobar la autenticidad y veracidad de las declaraciones, documentos, informaciones y traducciones presentadas por los administrados a MIGRACIONES (...).



Resolución de Superintendencia

Calificación del recurso de apelación

Es preciso señalar que la Resolución de Gerencia N° 8932-2018-MIGRACIONES-SM-CCM expone en cada uno de sus considerandos las razones por las cuales ha declarado improcedente el pedido de la administrada, sustentándose en la existencia de incongruencias encontradas en las declaraciones proporcionadas por el empleador Sr. NENGXIAN WU propietario del negocio el “CHIFA XIANG”, y la documentación obrante en el expediente administrativo LM170352984, por lo que la citada Resolución ha sido emitida conforme a ley;

Por lo señalado en los párrafos precedentes y del análisis de la documentación que obra en el expediente, se concluye que la administrada XIUHUA WU no ha desvirtuado los argumentos de la resolución impugnada, por lo que se considera que la Resolución de Gerencia N° 8932-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 19 de junio del 2018, ha sido válidamente emitida, no advirtiéndose ninguna causal de nulidad, por lo que corresponde confirmar la citada Resolución y desestimar el recurso de apelación interpuesto por la administrada, dándose por agotada la vía administrativa;

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 **INFUNDADO** el recurso de apelación de fecha 12 de julio de 2018, interpuesto por la ciudadana china XIUHUA WA; y, en consecuencia, confirmar la Resolución de Gerencia N° 8932-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 19 de junio del 2018, que declaró improcedente la solicitud de cambio de calidad migratoria de Turista a Trabajador Residente, presentado con expediente administrativo LM170352984 por la ciudadana china XIUHUA WA, por los argumentos descritos en los considerandos de la presente Resolución, dándose por agotada la vía administrativa

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución a la ciudadana de nacionalidad china XIUHUA WU, para su conocimiento y fines pertinentes.

Artículo 3.- Devolver el expediente administrativo a la Gerencia de Servicios Migratorios, para los fines de su competencia funcional.

Regístrese y comuníquese.