Firmado digitalmente por DEL AGUILA TUESTA Frieda Roxana FAU 20551239692 hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 12.12.2018 12:48:11 -05:00

Resolución de Superintendencia

Breña, 12 de Diciembre del 2018

RESOLUCION DE SUPERINTENDENCIA N° 000407-2018-

VISTOS, recurso de apelación de fecha 26 de junio de 2018 interpuesto por la ciudadana de nacionalidad estadounidense Megan Rose Garrity contra la resolución de gerencia Nº 8872-2018-MIGRACIONES-SM-CCM de fecha 18 de junio del 2018; y el Informe N° 000710-2018-AJ/MIGRACIONES, de fecha 11 de diciembre de 2018, 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, establece en su artículo 2 que MIGRACIONES 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. Asimismo, en su artículo 6 establece como funciones de MIGRACIONES, entre otras, aprobar el cambio de calidad migratoria y controlar la permanencia legal de los extranjeros en el país;

Con relación al otorgamiento de la calidad migratoria, el artículo 28 del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, en su numeral 28.1 establece que esta es potestad del Estado Peruano, asimismo el siguiente numeral 28.2 establece además que la calidad migratoria es la condición que otorga el Estado Peruano a la persona extranjera en atención a su situación personal o por la actividad que va a desarrollar en el territorio nacional. En atención a ello, la norma regula tipos de calidades migratorias, entre ellas, la de Trabajador Residente establecida en el literal h) del numeral 29.2 del artículo 29 que permite al extranjero realizar actividades lucrativas de forma subordinada o independiente para los sectores público o privado;

Asimismo, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2017-IN, establece en su artículo 88 numeral 88.1 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;

Firmado digitalmente por PORTOCARRERO PEÑAFIEL Sandra Lucy FAU 20551239692 hard
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 12.12.2018 12:05:20 -05:00

El Decreto Legislativo N° 689, Ley para la contratación de trabajadores extranjeros, establece en su artículo 4 establece que 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, mientras que en el literal b) del artículo 6 del mismo cuerpo normativo se establece que los empleadores podrán solicitar exoneración de los porcentajes limitativos prescritos en el mencionado artículo 4 cuando se trate de personal de dirección y/o gerencial de una nueva actividad empresarial o en caso de reconvención empresarial;

Del caso en particular

Con fecha 18 de enero del 2018, la ciudadana de nacionalidad estadounidense Megan Rose Garrity (en adelante la administrada), identificada con pasaporte N° 530782641, solicitó cambio de calidad migratoria de Turista (T) a Trabajador Residente (TBJ – R), generándose para tal efecto el expediente administrativo LM180020911;

Mediante Resolución de Gerencia Nº 8872-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 18 de junio del 2018, la Gerencia de Servicios Migratorios declaró improcedente la solicitud presentada por la administrada, en razón a que no cumplió con presentar documento idóneo que desvirtúe la observación realizada por la Administración;

Mediante escrito de fecha 26 de junio del 2018, la administrada interpuso recurso de apelación contra la citada Resolución de Gerencia, argumentando lo siguiente:

i) Que, según el Contrato de Trabajo de Personal Extranjero que ha suscrito se menciona que el cargo que va a ocupar es el de *Dirección*, el cual puede ser exonerado de los porcentajes limitativos establecidos por el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 689, por lo que la observación hecha en este extremo mediante la Carta N° 1903-2018-MIGRACIONES-SM-IN-CCM, de fecha 06 de marzo del 2018, se encuentra mal motivada.

ii) Asimismo, sostiene que la autoridad competente para realizar el procedimiento administrativo de aprobación de Contrato de Trabajo para Personal Extranjero, es la autoridad administrativa del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el mismo que concluyó con la aprobación del mismo.

iii) Además, precisa que la administración migratoria no debió observar un acto administrativo concluido y aprobado por otra entidad del Estado, dentro de las facultades establecidas por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 023-2001-TR, Reglamento del Decreto Legislativo N° 689, y por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1130.

Del análisis del recurso de apelación

De la revisión del recurso de apelación interpuesto por el administrado, se verifica que ha sido presentado dentro del plazo de quince (15) días que otorga el numeral 2 del artículo 207 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, contados desde la notificación de la Resolución de Gerencia Nº 8872-2018-MIGRACIONES-SM-CCM. Además de ello, se aprecia que el escrito presentado cumple con los requisitos establecidos en el artículo 113 del citado cuerpo legal;

Resolución de Superintendencia

El Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1350, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2017-IN, establece en el numeral 88.1 del 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; de la misma manera, el literal a) del numeral 88.3 del mismo artículo, establece como condición para el trámite de obtención de la calidad migratoria de Trabajador Residente, que el interesado, en caso de trabajador dependiente, cuente con un contrato en el sector público o privado en cualquiera de los regímenes establecidos en la legislación sobre la materia;

La Gerencia de Servicios Migratorios luego de realizar la revisión y análisis de la documentación presentada por la administrada en su expediente administrativo de solicitud de cambio de calidad migratoria, le envía la Carta de Notificación N° 1903-2018-MIGRACIONES-SM-IN-CCM, de fecha 06 de marzo de 2018, a través de la cual se le comunicó que realizada la consulta en SUNAT en línea se advierte que la empresa contratante no registra trabajadores inscritos, incumpliendo con los porcentajes limitativos establecido por el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 689, Ley para la contratación de trabajadores extranjeros; y que en caso se encontrase exonerada, deberá presentar documentación fehaciente, a fin de subsanar la observación efectuada y acreditar el fundamento de su exoneración, manifestándole además que la empresa empleadora inició sus actividades el 20 de mayo de 2004; incumpliendo lo dispuesto por el artículo 20° del Reglamento del Decreto Legislativo 689, Ley para la contratación de trabajadores extranjeros, que señala el plazo de tres años prorrogables por única vez para la exoneración del porcentaje limitativo por nueva actividad o reconvención empresarial, otorgándose un plazo de cinco (05) días hábiles para subsanar la observación;

Sin embargo, a pesar de lo manifestado en el escrito donde se absuelven las observaciones, queda acreditado que en el contrato de trabajo presentado por la administrada ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo no ha cumplido con demostrar contar con la experiencia, conocimiento y funciones para el cargo que dice ejercerá lo que le permitiría acogerse al presupuesto de exoneración establecido en el artículo 6 literal b) del Decreto Legislativo 689 concordado a su vez con lo establecido en los artículo 12 y 18 del Decreto Supremo N° 014-1992-TR, Reglamento del Decreto Legislativo N° 689, Ley para la contratación de trabajadores extranjeros, y sus modificatorias, por cuanto el documento que en copia simple presenta (folio 18) correspondiente al Expediente N° 010153-2018-MTPE/1/20.23 de fecha 19 de enero de 2018 refiere únicamente a que se aprueba el contrato de trabajo de personal extranjero pero no refiere ningún análisis respecto a que se verifique el cumplimiento de la causal de excepción antes indicada;

De esta manera, la Gerencia de Servicios Migratorios procede a dictar la Resolución de Gerencia Nº 8872-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 18 de junio del 2018, resolviendo declarar improcedente la solicitud de cambio de calidad migratoria de Turista (TUR) a Trabajador Residente (TBJ - R) por cuanto la administrada no cumplió con presentar documento idóneo que desvirtúen las observaciones realizadas por la administración. Por lo expuesto, le corresponde a esta Oficina General evaluar los argumentos expuestos en el recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia N° 5551-2017-MIGRACIONES-SM-CCM en el marco de sus competencias y funciones; a efectos de revisar los considerandos de la resolución impugnada, por cuanto éstos deben sustentar la adopción de la decisión adoptada por la administración;

Posteriormente la administrada mediante escrito de fecha 26 de junio del 2018, interpuso recurso de apelación contra la citada Resolución de Gerencia, argumentando lo siguiente:

i. Que, Migraciones es una entidad con competencia en materia migratoria administrativa por lo que de acuerdo a la calidad migratoria solicitada de Trabajador Residente la áutoridad administrativa solo deberá verificar y constatar la aprobación del contrato de trabajo para extranjero y no observar la validez del acto por no ser la autoridad competente; invocando el artículo 48 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

ii. Que, la observación administrativa hecha a su expediente de cambio de calidad migratoria constriñe el principio y garantía de la recta y racional motivación con apego a la legalidad en los actos estatales que el derecho nacional consagra a través de las leyes internas y los tratados internacionales, afectando su derecho a obtener un pronunciamiento justo con apego a Derecho.

Calificación del recurso de apelación

Por lo expuesto en los párrafos precedentes y no habiendo la administrada desvirtuado los argumentos de la resolución impugnada, se considera que la Resolución de Gerencia N° 8872-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 18 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 vistos 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 presentado el 26 de junio de 2018, por la ciudadana de nacionalidad estadounidense Megan Rose Garrity; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la Resolución de Gerencia N° 8872-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 18 de junio del 2018, que declaró improcedente la solicitud de cambio de calidad migratoria de Turista (T) a Trabajador Residente (TBJ – R), 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 administrada para su conocimiento y fines pertinentes.

Artículo 3.- Devolver el expediente administrativo a la Gerencia de Servicios Migratorios para la ejecución de las acciones de su competencia.

Regístrese y comuníquese.