



PERÚ

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial de Justicia

Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

INFORME JURIDICO N° 033- 2019-JUS/DGDNCR

A : **JOSÉ LUIS ESPICHÁN PÉREZ**
Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Villa María del Triunfo

DE : **MIRIAM ISABEL PEÑA NIÑO**
Directora General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria

ASUNTO : Opinión Jurídica sobre interpretación del artículo 260 del Código Civil.

REFERENCIA : Oficio N°094-2019-GM-MVMT
(Hoja de Trámite 47216-2019MSC- Proveído 1435)

FECHA : Miraflores, 16 AGO. 2019

Tengo el agrado de dirigirme a usted con la finalidad de hacerle llegar el presente Informe Jurídico:

I. OBJETO

1. Es objeto del presente informe responder a la consulta formulada por la Municipalidad Distrital de Villa María del Triunfo relacionada a la interpretación del artículo 260 de Código Civil sobre la delegación de facultades del Alcalde para celebrar matrimonio a personal contratado bajo modalidad CAS.
2. En este caso, corresponde emitir Informe Jurídico, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 7.2.1.1 de los “Lineamientos para la solicitud de Dictamen Dirimente, Informe Jurídico e Informe Legal a la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos” aprobados por la Resolución Ministerial N° 462-2018-JUS¹.
3. Cabe señalar que, el presente Informe Jurídico tiene alcances meramente orientativos sobre la aplicación e interpretación de la norma en cuestión; por tanto, no constituye precedente administrativo, ni tiene fuerza vinculante.

II. ANTECEDENTES

II.1. Con el documento de la referencia, recibido el 03 de julio de 2019, la Gerencia Municipal de la Municipalidad de Villa María del Triunfo realiza una consulta sobre la interpretación del artículo 260 del Código Civil, solicitando que se emita opinión técnica al respecto.



Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
DIRECCIÓN DE DESARROLLO JURIDICO Y CALIDAD REGULATORIA
L. Cornejo O



Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
DIRECCIÓN DE DESARROLLO JURIDICO Y CALIDAD REGULATORIA
R. Burneo B



Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
DIRECCIÓN GENERAL DE DESARROLLO NORMATIVO Y CALIDAD REGULATORIA
M. Peña N

¹ Resolución Ministerial N° 462-2018-JUS, que aprueba los “Lineamientos para la solicitud de Dictamen Dirimente, Informe Jurídico e Informe Legal de la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos” publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de octubre de 2018.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

III. BASE LEGAL

- III.1 Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución).
- III.2 Código Civil.
- III.3 Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (en adelante Decreto Legislativo N° 276).
- III.4 Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público (en adelante LMEP).
- III.5 Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-90-PCM.
- III.6 Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante Ley del Servicio Civil).

IV. ANÁLISIS

Sobre la interpretación de funcionario en el Código Civil

4. El artículo 260 del Código Civil establece lo siguiente:

Persona facultada a celebrar matrimonio

Artículo 260.- El alcalde puede delegar, por escrito la facultad de celebrar el matrimonio, a otros regidores, a **los funcionarios municipales**, directores o jefes de hospitales o establecimientos análogos.

(...).

5. Los abogados Muro y Echeandía², en su comentario a este artículo del Código Civil, advierten que contiene una serie de imprecisiones, ya que no determina, en el caso de los funcionarios, si éstos deben ser o no los que dentro del municipio tienen funciones o cargos vinculados a actos del estado civil, asimismo, advierte que en la práctica, la delegación que se supone es la excepción, se ha convertido en la regla; y la celebración por el propio alcalde, que se supone es la regla, se convertido en la excepción.
6. Por ello, es necesario tener en consideración que el artículo 260 del Código Civil, no ha sufrido ninguna modificación desde la dación de este cuerpo normativo, por lo que es recomendable que la interpretación del contenido del término “funcionario” se haga en el contexto de la época en la que se aprobó dicha norma. Cabe recordar que cuando se aprueba el Código Civil recién había sido emitido el Decreto Legislativo N° 276³, y no existían las otras normas como la LMEP o la Ley del Servicio Civil, motivo por el cual, en este informe utilizaremos el criterio histórico de la interpretación jurídica, el mismo que busca captar la idea misma del Derecho en la que se fundamenta la ley, basado en la cultura jurídica que la subyace⁴. De esa manera podremos comprender cual fue



² Muro Rojo, Manuel y Echeandía Cevallos, Jorge (2003) “Código Civil Comentado- por los 100 mejores especialistas”, Tomo II Derecho de familia, Gaceta jurídica, pág 120.

³ Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de marzo de 1984.

⁴ Rodríguez-Toubes, Joaquín, (2013), “El criterio histórico en la interpretación jurídica”, revista jurídica de la Universidad de Santiago, Derecho Vol.22.



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial
de Justicia

Dirección General
de Desarrollo Normativo
y Calidad Regulatoria



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

el real sentido de la norma cuando fue emitida y, sin desnaturalizarla, adaptar ese contenido a la totalidad de la normativa actual.

7. En cuanto al término funcionario, este no es unívoco, lo que hace que pueda interpretarse bien de manera restringida o bien de manera amplia, así tenemos, por ejemplo, que actualmente la Ley del Servicio Civil⁵ define al funcionario como “un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas”, siendo esta una definición restringida.
8. De otro lado, los artículos 58 y 59 de la Constitución Política de 1979, regulaban lo siguiente:

Artículo 58 Los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

Artículo 59 (...) No están comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, (...).

Como se aprecia, en la derogada Constitución Política del Perú de 1979, de manera general, solo se utilizan los términos funcionario y servidor público, induciendo a una interpretación amplia sobre el término funcionario.

9. A su vez, el Decreto Legislativo N° 276, en su artículo 2, señala que “no están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados, ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable.”
10. Por su parte, la Ley Marco del Empleo Público⁶ clasifica a los servidores como:
 - (i) Funcionario público, quien desarrolla funciones de preeminencia política, desarrolla políticas de Estado y/o dirige organismos o entidades públicas;
 - (ii) Empleado de confianza, cargo de confianza técnico o político, distinto al de funcionario público y
 - (iii) Servidor público. Se clasifica en:
 - a. Directivo superior: desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de personal, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno;
 - b. Ejecutivo: desarrolla funciones administrativas;
 - c. Especialista: desempeña labores de ejecución de servicios públicos y no ejerce función administrativa;
 - d. Apoyo: desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento.

⁵ Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, publicada en el diario oficial El Peruano el 04 de julio del 2013.

⁶ Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, publicada en el diario El Peruano el 19 de febrero del 2004.

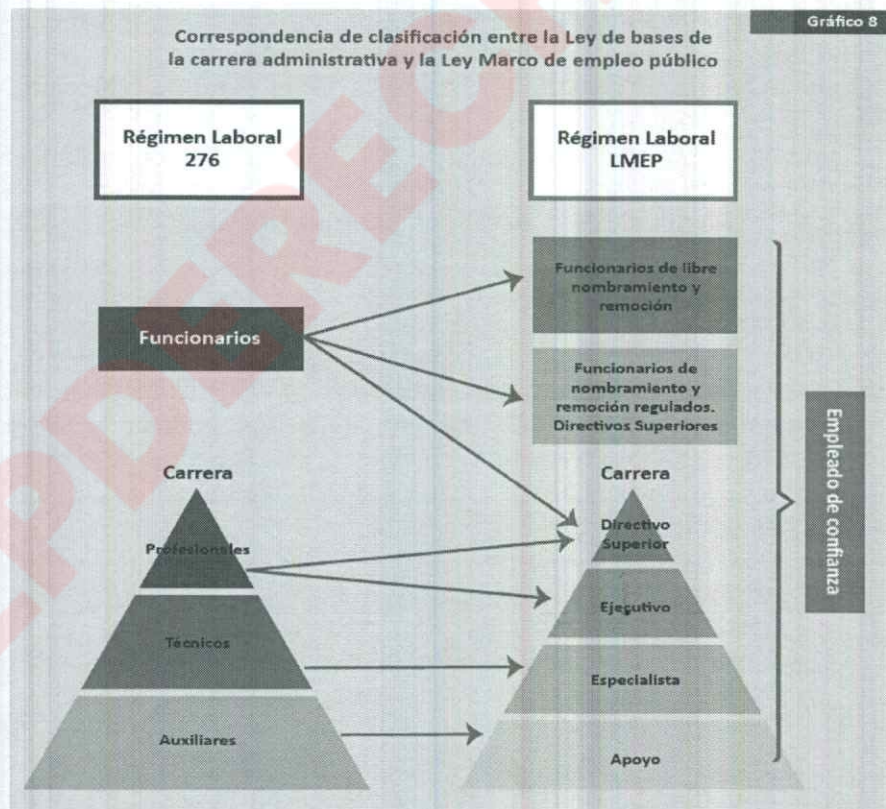
“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

11. El artículo 4 del Reglamento de la Carrera Administrativa, considera funcionario “al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por Ley.”⁷
12. Según el resumen ejecutivo emitido por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (en adelante Servir), “[d]ebido a que la Ley Marco del empleo público no ha sido reglamentada, no se ha establecido hasta qué nivel los cargos de funcionarios pueden ser ocupados por servidores públicos, ni se ha regulado los concursos de mérito. Por ese motivo, en la práctica, los puestos de dirección están siendo ocupados por servidores de carrera a través de designaciones discrecionales realizadas por la autoridad competente, aplicándose de forma exclusiva la normatividad de la Ley de bases de la carrera administrativa...”⁸
13. En este mismo informe, Servir analiza la correspondencia entre la LMEP y la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, incorporando dentro del criterio de funcionarios de esta última Ley a los directivos superiores considerados en la LMEP, como se aprecia en el siguiente cuadro elaborado por Servir:

Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
DIRECCIÓN DE
DESARROLLO
JURÍDICO Y CALIDAD
REGULATORIA
L. Cornejo O.

Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
DIRECCIÓN DE
DESARROLLO
JURÍDICO Y CALIDAD
REGULATORIA
R. Barneo B.

Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
DIRECCIÓN GENERAL
DE DESARROLLO
NORMATIVO Y
CALIDAD
REGULATORIA
M. Peña N.



⁷ Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-90-PCM, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 18 de enero de 1990.

⁸ Autoridad Nacional de Servicio Nacional del Servicio Civil, Informe Ejecutivo, El Servicio Civil Peruano Servir, Mayo 2012, pág 23.

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

14. A su vez, en el literal b) del artículo 3 de la Ley del Servicio Civil se define como Directivo Público al servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial.
15. Dentro de lo académico, según Patrón Faura⁹, “el funcionario representa al Estado y tiene poder de decisión, expide resoluciones, otorga instrumentos públicos, ...”, esta definición tiene un enfoque más amplio y resalta el poder de decisión como característica del funcionario público, es decir, el funcionario público sería el servidor público que tenga capacidad de decisión dentro de funciones políticas o administrativas.
16. Por su parte, para Calderón Delgado¹⁰, la función de gobierno es propiamente política, en el sentido de establecer las directrices para regir el funcionamiento de los órganos públicos, mientras que la función administrativa tiene a su cargo la realización material de medidas ordenadas en las leyes, en su desarrollo deben emitirse actos administrativos; en ese sentido, la facultad de celebrar el matrimonio que tiene el alcalde es de carácter administrativo y al delegar esta facultad se trata eminentemente de delegación de una función administrativa.
17. De lo mencionado anteriormente se colige que cuando se redactó el artículo 260 del Código Civil, el concepto de funcionario público no era el que hoy día contempla la LMEP o la Ley del Servicio Civil, sino era más bien un término de mayor amplitud, ya que, en ese momento, nuestro ordenamiento jurídico no manejaba los términos de directivo superior ni directivo público, sino se enmarcaba más el concepto de funcionario público en la facultad del ejercicio del poder de la administración pública.
18. Por ello, como resultado de una interpretación histórica del artículo 260 del Código Civil, debe comprenderse en forma amplia el contenido del término funcionario público, considerando en su alcance a los funcionarios y directivos superiores según la LMEP y a los funcionarios y directivos públicos considerados en la Ley del Servicio Civil.

L. Cornejo O.

R. Burneo B.

M. Peña N.

Sobre la contratación de funcionarios por CAS

19. El Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (en adelante CAS) fue creado mediante el Decreto Legislativo N° 1057¹¹, y el Tribunal Constitucional lo ha calificado como un régimen especial de contratación laboral para la Administración Pública¹².

⁹ Patrón Faura, Pedro y Patrón Bedoya, Pedro, (1998), “Derecho Administrativo y Administración pública en el Perú”, Editorial Grijley. Pág 164.

¹⁰ Caldera Delgado, Hugo, (2016), Función de gobierno y función administrativa. Revista de Derecho Público número 49, pág. 205.

¹¹ Decreto Legislativo N° 1057, Decreto Legislativo que regula el régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios,

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 00002-2010-AI/TC, fundamento 47.

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

20. El artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1057 señala, respecto a su ámbito de aplicación, que este régimen especial es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales; asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado.
21. Por su parte, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo N° 1057 y otorga derechos laborales, establece que:

PRIMERA. Contratación de personal directivo

El personal establecido en los numerales 1), 2), e inciso a) del numeral 3) del artículo 4 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, contratado por el Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057, está excluido de las reglas establecidas en el artículo 8 de dicho decreto legislativo. Este personal solo puede ser contratado para ocupar una plaza orgánica contenida en el Cuadro de Asignación de Personal - CAP de la entidad.



L. Cornejo O.

Cabe mencionar, que los numerales 1), 2), e inciso a) del numeral 3) del artículo 4 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público corresponde a Funcionario Público, Empleado de Confianza y Directivo Superior respectivamente.

22. Al respecto, Servir en su Informe Técnico N° 1048-2016-SERVIR/GPGSC¹³ ha mencionado que la incorporación al régimen CAS sin concurso público se encuentra prevista en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29849, al mismo tiempo señala que: “[l]os funcionarios públicos, sobre los cuales recae lo establecido en el párrafo anterior, son solo los de libre nombramiento y remoción, al cumplir ello, se excluyen de la realización de concurso público. Esta disposición no es extensiva a los funcionarios de elección popular o de nombramiento y remoción regulados, quienes se rigen por sus normas y características de su cargo.”



R. Burneo B

23. En conclusión, sí puede haber funcionarios públicos y directivos contratados bajo el régimen CAS.



M. Peña N

V. CONCLUSIONES

- (i) La interpretación del concepto de “funcionario” al que se refiere el artículo 260 del Código Civil debe ser amplia e histórica, de manera que podamos comprender cuál fue el real sentido de la norma cuando fue emitida y, sin desnaturalizarla, adaptarla a nuestro ordenamiento jurídico actual.
- (ii) El alcance del concepto amplio de funcionario público del artículo 260 del Código Civil, abarca a aquellos servidores municipales que tienen poder de

¹³ Informe Técnico N° 1048-2016-SERVIR/GPGSC, emitido por la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil de Servir, el 20 de junio de 2016, fundamento 2.6 y 2.7.



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial
de Justicia

Dirección General
Desarrollo Normativo
Calidad Regulatoria



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

decisión y expiden resoluciones administrativas, es decir estarían comprendidos aquellos que desarrollan funciones de preeminencia política, desarrollan políticas de Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas; y a su vez alcanza a los directivos públicos.

- (iii) Sí es posible contratar bajo el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios a funcionarios y directivos públicos, de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente.

Es todo cuanto se tiene que informar.

Atentamente,

Liz Ninoska Cornejo Ortega
Abogada

Dirección de Desarrollo Jurídico y
Calidad Regulatoria

Roberto R. Burneo Bermejo
Director

Dirección de Desarrollo Jurídico y
Calidad Regulatoria

Visto el presente Informe Legal, y no encontrando observación alguna, esta Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria lo encuentra conforme y hace suyo, por lo que se deriva al consultante para la atención correspondiente.

Miriam Isabel Peña Niño

Directora General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos



M. Verdeguez S.