

, 8 de junio de 1993.

Señor
Abdiel De Gracia
Alcalde Municipal del Barú
E. S. D.

Señor Alcalde:

Por este medio damos contestación a su Nota fechada 18 de marzo de 1991 y recibida en esta Procuraduría el día 16 de abril de 1993, por medio de la cual nos consulta sobre el pago del Décimo Tercer Mes a la Sra. ELENA LOPEZ DE SANTAMARIA, quien es subalterna suya y quien presenta irregularidades en sus labores por incapacidades.

A este respecto debemos señalarle lo siguiente:

Para los efectos del pago del Décimo Tercer Mes (de conformidad con el artículo 1º de la Ley 52 de 1974 "por la cual se instituye el Décimo Tercer Mes para los servidores públicos"), éste sólo se le hará a los servidores públicos a razón de un día de sueldo, por cada doce (12) días o fracción de día de trabajo.

En el artículo tercero de la presente ley señala lo que se entiende por días trabajados, de la siguiente manera:

"Para los mismos efectos tendrán el carácter de días trabajados aquellos en que el servidor público haya laborado de manera efectiva y, además, aquellos en que haya hecho uso de vacaciones, licencia por razón de riesgo profesional o licencia por enfermedad." (Lo subrayado es nuestro).

- o - o -

En el caso concreto de la Sra. Elena de Santamaría, se observa que la misma no ha laborado de manera efectiva desde el 7 denoviembre de 1991 hasta la fecha y tampoco se encuentra en ninguna de las excepciones del artículo precitado.

Es preciso aclarar que el hecho de presentar reiteradas incapacidades mes a mes, no implica que la misma se encuentre amparada bajo una licencia por enfermedad; ya que ello conlleva un trámite especial señalado en el Decreto Ley N°14 de 27

de agosto de 1954, Orgánica de la Caja de Seguro Social, en el artículo 39 que preceptúa:

"Artículo 39: para el riesgo de enfermedad la Caja concederá las siguientes prestaciones:

a) Atención médica, quirúrgica, farmacéutica, dental y de hospitalización.

b) Subsidio de incapacidad temporal cuando la enfermedad produzca incapacidad para el trabajo.

la atención se prestará en cada caso de una misma enfermedad por un máximo de seis (6) meses prorrogables en aquellos casos individuales en que así lo acuerde la Comisión de Prestaciones, en razón de opinión médica comprobada y documentada. Los beneficios a que se refiere el presente artículo serán prestados por la Caja por medio de las instituciones o entidades o personas con que ella contrate."

- o - o -

En relación con la norma precitada, se dispuso lo expuesto en el artículo 42-C de la Ley Orgánica y que señala:

"Artículo 42-C: Cuando la enfermedad produzca incapacidad para el trabajo y siempre que el trabajador hubiere acreditado por lo menos seis (6) meses de cotizaciones en los últimos nueve (9) meses calendarios anteriores a la incapacidad, tendrá derecho a un subsidio diario por enfermedad, en cuantía igual al setenta por ciento (70%) del salario medio diario correspondiente a los dos (2) último meses de cotizaciones debidamente acreditados a su Cuenta Individual.

El subsidio se pagará a partir del cuarto día de incapacidad y mientras ésta érdure, pero sin que pueda exceder del plazo de veintiseis (26) semanas para una misma enfermedad. Dicho plazo podrá ampliarse hasta un (1) años en casos médicamente justificados por acuerdo de la Caja."

- o - o -

En consecuencia, como a la Sra. ELENA DE SANTAMARIA no le ha sido concedida Licencia por enfermedad, no procede el pago del décimo tercer mes.

El Autor Oswaldo Cetina Vargas, en su obra DERECHO INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL, al referirse a las Incapacidades señala:

"La interpretación de considerar que hay lugar a recibir el subsidio por el simple hecho de padecer una afección, produzca esta incapacidad laboral o no, es incorrecta, ya que la ley exige comprobar la incapacidad, sin que se acausen prestaciones cuando la lesión o incapacidad permita al individuo el desempeño habitual de sus ocupaciones." (Universidad Externado de Colombia. 1986, pág. 371).

- o - o -

Si bien es cierto, que la Sra. ELENA DE SANTAMARIA presenta certificados médicos que señalan una artritis reumatoide, la Comisión de Prestaciones de la Caja de Seguro Social no se ha pronunciado sobre una licencia por enfermedad.

Aunado a lo anterior, la Sra. de Santamaría no ha laborado por un período de un (1) año y seis (6) meses de manera efectiva, de allí que nos parezca extraño que en ese lapso de tiempo no se haya solicitado a la Caja de Seguro Social la mencionada Licencia por enfermedad, máxime cuando ella no está recibiendo salario alguno; ya que hay otra persona nombrada en su cargo, mientras dure su incapacidad.

El Sr. Osvaldo Rellán, Jefe de Personal (encargado) nos ha informado de las sospechas que la funcionaria esté laborando en una firma de abogados, por lo que debe presumirse una actitud dolosa para el abandono de su cargo.

El artículo 297 de la Constitución Nacional, en su párrafo final dispone:

"Artículo 297:297:
.....

Los servidores públicos están obligados a desempeñar personalmente sus funciones a las que dedicarán el máximo de sus capacidades y percibirán por las mismas una remuneración justa." (Lo subrayado es nuestro).

- o - o -

Este principio constitucional aplicable a todo funcionario público tiene carácter imperativo, por lo que es de forzoso cumplimiento y acatamiento. De allí, que la Sra. Elena de Santamaría -de no estar realmente enferma- debe presentarse a laborar a su cargo, porque de lo contrario puede ser destituida.

El Autor SERRA ROJAS, Andrés, en su obra DERECHO ADMINISTRATIVO, expone el principio legal de la función pública: El Deber de prestar el cargo, que dice:

"Sobre este tópico, debemos resaltar que los servidores públicos así como tienen derechos, también tienen deberes que cumplir, entre los cuales se destaca el de concurrir puntualmente al trabajo y realizar en forma continua la labor que le ha sido asignada, de acuerdo con los honorarios de trabajo establecidos para la dependencia respectiva (V. art. 21, Reglamento Interno).

La doctrina administrativa, al referirse a tan importante deber de los servidores públicos nos comenta:

El autor mejicano SERRA ROJAS, nos dice:

El principio Legal de la Función pública: El Deber de Prestar el Cargo.

El Estado ha sido creado para servir a la sociedad, por ello sus órganos tienen por contenido jurídico la realización de los fines esenciales de la organización.

El funcionario o empleado público es la persona física que realiza los propósitos contenidos en los órganos administrativos. Por ello el principal deber del trabajador público es el deber de obediencia o deber de prestar sus servicios, en cumplimiento de las funciones del cargo para que ha sido designado. La jerarquía administrativa se asegura por el estricto cumplimiento de este deber.

Este deber general implica el cumplimiento de diversas obligaciones, a las que alude el artículo 44, citado de la ley, que obligan a la prestación personal de su actividad. El

cargo no es delegable y sólo la ley puede establecer los casos en que proceda operar esta delegación.

Una persona es designada para un cargo público en atención a su competencia, capacidad, moralidad y actividad, es decir, reúne las condiciones legales necesarias. Lo contrario es ocasionar un perjuicio tanto a la Administración, como a los particulares'. (SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, 5ª Edición, Mexico, 1972, pág. 415)."

- o - o -

Por todo lo anterior, concluimos que no es viable el pago del décimo tercer mes porque no media licencia de enfermedad y, además, debe proseguirse con la investigación a fin de determinar si efectivamente se trata de abandono del cargo o si es una incapacidad veraz para que pueda proceder o no la destitución de la citada funcionaria.

Esperando haber dado una respuesta satisfactoria a su inquietud, nos reiteramos en las seguridades de nuestro aprecio y consideración.

LICDO. DONATILO BALLESTEROS S.
Procurador de la Administración.