

MEMORANDO

PARA:	MARCELA REY HERNANDEZ SUBSECRETARIA DE GESTION FINANCIERA
DE:	SUBSECRETARIA JURIDICA ALBA CRISTINA MELO GOMEZ
ASUNTO:	CONCEPTO JURÍDICO RELIQUIDACIÓN HORAS EXTRAS.

Cordial saludo doctora Marcela,

Esta Subsecretaría recibió la solicitud con radicado No. 3-2024-3153 mediante la cual se solicita concepto sobre la reliquidación de obras extras para los conductores de la entidad.

Así las cosas, esta Subsecretaría da respuesta a la radicación del asunto de la siguiente manera:

1. Aclaración previa – Emisión de conceptos por la Subsecretaría Jurídica.

Es importante precisar que, conforme con las funciones y competencias asignadas en el literal h) del artículo 23 del Decreto Distrital 121 de 2008, es función de la Subsecretaría Jurídica de la Secretaría Distrital del Hábitat “Emitir los conceptos para absolver las consultas y las peticiones que formulen los particulares, las dependencias de la Secretaría, las entidades del sector y las autoridades en general, sobre la aplicación e interpretación de la normatividad en materia de hábitat”.

En ese sentido, dichas consultas no resuelven casos específicos de competencia de las áreas o entidades técnicas y en todo caso, los mismos carecen de fuerza vinculante conforme lo indica el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone:

“Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”.

Por tanto, los conceptos emitidos por esta Subsecretaría tienen como finalidad proporcionar elementos de juicio generales a las entidades del sector y las dependencias de la Secretaría Distrital del Hábitat, para que éstas, en el marco de sus competencias tomen las decisiones que correspondan en los términos del referido artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.2.

2. Fundamento de la solicitud.

La solicitud de concepto se fundamenta según lo señalado en la comunicación -2024 en:

- La jurisprudencia del Consejo de Estado¹ “...que señalaba que el cálculo (para pagar las horas extras) que se estaba efectuando era erróneo, que el Distrito de Bogotá debió tener en cuenta la asignación básica mensual sobre el número de horas de la jornada ordinaria mensual equivalente a 190 horas y no 240. (Es importante determinar que, para la época, por desconocimiento de la jurisprudencia, la Secretaría del Hábitat liquidaba sobre 240 horas).”
- El concepto del 30 de noviembre de 2023 emitido por la firma Medellín & Durán Abogados S.A.S., que da respuesta a los interrogantes, que en su momento, hizo la Secretaría Distrital del Hábitat, conforme el Contrato de Prestación de Servicios No. 968 de 2023.

1. Problema jurídico.

Conforme la comunicación 3-2024-3153 se solicita determinar sí:

1. Es viable, “¿qué el Comité de Conciliación de la Secretaría Distrital del Hábitat analice la situación planteada de forma verbal por los conductores y de oficio tome la determinación de realizar la reliquidación y pago solicitada verbalmente por los conductores?”
2. “¿La Secretaría Distrital del Hábitat debe acoger lo establecido en el concepto de la firma de abogados Medellín Durán (Contrato No. 968 de 2023), esperando a que se radiquen las solicitudes por parte de los conductores para realizar la reliquidación y pago solicitada verbalmente?”
3. “¿Existe otra alternativa jurídica, que consideren ustedes no hayamos analizado, para solucionar la reliquidación y pago de horas extras solicitada verbalmente por los conductores, con el fin de precaver un eventual litigio a la Secretaría del Hábitat?”

La solicitud de concepto busca establecer si el Comité de Conciliación de la Entidad debe analizar la situación planteada por los conductores y de oficio conocer su solicitud verbal, realizar la liquidación y pago, o se debe esperar que los afectados hagan la solicitud por escrito y ahí si proceder a la reliquidación y pago de los emolumentos adeudados.

No se cuestiona sí la Jurisprudencia unificada del Consejo de Estado se debe aplicar en el presente caso respecto a la liquidación de las horas extras, si se debe hacer sobre “...190 horas laborales al

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 12 de febrero de 2015. Sentencia de Unificación. Rad. 25000-23-25-000-2010-0725-0. Referencia 1046-2013. Actor: Omar Bedoya. Demandado: Distrito de Bogotá, Secretaría de Gobierno. Unidad Administrativa Especial Cuerpo de Bomberos D.C.

mes de acuerdo con la jornada ordinaria laboral señalada en el Decreto 1042 de 1978.” o sobre 240 horas.

Por otro lado, se solicita establecer si se debe acoger el concepto del 30 de noviembre de 2023 emitido por la firma Medellín & Durán Abogados S.A.S. dado en atención al Contrato de Prestación de Servicios No. 968 de 2023, o si existe otra alternativa jurídica para resolver el caso en cuestión.

2. Consideraciones jurídicas.

2.1. Sobre los Comités de Conciliación y sus funciones.

Los **Comités de Conciliación** los define el Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015, artículo 2.2.4.3.1.2.2, como una instancia administrativa que actúa como sede de **estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad**. Igualmente decide, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público.

El mismo decreto, artículo 2.2.4.3.1.2.5, enumera las funciones de los Comités de Conciliación, entre otras, la de **formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico, fijar directrices** institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo como la transacción y la conciliación, sin perjuicio del estudio y decisión sobre cada caso en concreto y determinar, en cada caso la procedencia o improcedencia de la conciliación.

Por su naturaleza, los comités de conciliación son ante todo una instancia de carácter administrativo con el mandato preciso de estudiar, analizar y formular políticas dirigidas a prevenir el daño antijurídico y defender los intereses públicos, y sus funciones son mandatarias, formular y ejecutar políticas, diseñar políticas generales, ejecutar y evaluar procesos litigiosos, fijar directrices institucionales, determinar la improcedencia o procedencia de la conciliación o de llamamiento en garantía, evaluar proceso fallados, definir criterios para la selección de abogados externos.

El Decreto Distrital 073 del 15 de febrero de 2023, establece las directrices y lineamientos dirigidos a los Comités de Conciliación en el Distrito Capital, da las directrices y lineamientos para el adecuado funcionamiento de los Comités de Conciliación del orden Distrital e imparte lineamientos en materia de aplicación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, prevención del daño antijurídico, gestión judicial y extrajudicial y la efectiva recuperación de recursos públicos.

El Acuerdo 001 del 24 de octubre de 2023, modificatorio del reglamento interno del Comité de Conciliación de la Secretaría del Hábitat, recoge en su parte considerativa las disposiciones del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015 y el artículo 3 dice cuáles son las funciones que tendrá a su cargo el Comité.

Vistas las funciones de los comités de conciliación, definidas por las normas nacionales y distritales, relacionadas anteriormente, vemos que estas son taxativas, expresas, en ninguna de ellas se encuentra función alguna que otorgue a los comités la posibilidad para bordar de oficio solicitudes, como la de los conductores. Razón por la cual **no es posible de oficio** que el Comité de Conciliación de la Secretaría Distrital del Hábitat “...tome la determinación de realizar la reliquidación y pago solicitada verbalmente por los conductores...”, solicitud objeto del presente escrito, pues sería otorgarle a el Comité una función que no le ha sido dada por la ley. Si así fuese, el Comité se estaría extralimitando en sus funciones.

De otra parte, el literal l) del artículo 24 del Decreto Distrital 121 de 2008, determina que la Subsecretaría de Gestión Corporativa tiene entre otras funciones la siguiente: “Dirigir el proceso de ordenación de pagos por concepto de gastos de personal, gastos generales y de inversión, de conformidad con los procedimientos establecidos para tal fin.”, razón por la cual es la instancia al interior de la Secretaria abocada atender la solicitud de los conductores.

3. Sobre el concepto de la firma de abogados Medellín & Durán.

La firma de abogados Medellín & Durán en atención al Contrato de Prestación de Servicios No. 968 de 2023 dio respuesta a las siguientes preguntas, las que citamos conjuntamente con sus respuestas con el fin de establecer el alcance de las mismas y al final nuestro comentario:

- El concepto del 30 de noviembre de 2023 emitido por la firma Medellín & Durán Abogados S.A.S., que da respuesta a los interrogantes, que en su momento, hizo la Secretaría Distrital del Hábitat, conforme el Contrato de Prestación de Servicios No. 968 de 2023.

1. “¿En virtud de la sentencia de unificación citada, le corresponde a la entidad reliquidar las horas extras, de ser así a partir de que fecha aplicaría esta y como sería el mecanismo?”

Se respondió:

“1. En virtud de la sentencia de unificación a la que se hizo referencia en el correo de la consulta y en este concepto, es claro que cuando **se solicite** la reliquidación de las horas extras con base en la jurisprudencia mencionada, deberá tenerse en cuenta el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 con el fin de establecer qué reliquidaciones proceden y desde cuándo. Adicionalmente, la jurisprudencia expedida por la rama judicial, por regla general, tiene aplicación inmediata salvo que en su texto se condicione la entrada en vigor de sus efectos. Entendiendo que se trata de una sentencia de unificación y de diferentes decisiones que vienen aplicando el criterio de una liquidación con base en las 190 horas mensuales planteadas, estas deberían tener aplicación inmediata.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

2. “¿Cuál sería la instancia competente de la entidad para **autorizar** la aplicación de la sentencia, es necesario que esto sea decidido por un comité interno?” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Se respondió:

“2. Respecto de cuál sería la instancia competente dentro de la Entidad para autorizar la aplicación de la sentencia, es importante establecer que, según el artículo 2º del Decreto 472 de 2022, la Subsecretaría Jurídica tiene las funciones de “(...) Efectuar la compilación de la normatividad, doctrina y jurisprudencia en materia de hábitat y velar por su permanente actualización. (...) Estudiar, evaluar y conceptuar sobre los cambios en la normatividad que afecten las competencias, facultades, procesos y procedimientos a cargo de la Secretaría Distrital del Hábitat y las entidades que conforman el sector hábitat.

En esta medida, es claro que la Subsecretaría debe estar actualizada en la aplicación de nueva normativa y jurisprudencia que pueda afectar la manera en la cual se llevan a cabo las diferentes funciones de la entidad dentro de la cuales se encuentra el pago de las horas extra.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el pago de horas extras ya liquidado y pagado, con base en otro criterio distinto al ya establecido por la normativa aquí planteada, podrán ser reclamadas en instancias judiciales lo cual **habilitará la posibilidad de realizar las conciliaciones pertinentes** con el fin de precaver los litigios que las liquidaciones realizadas, con base en un criterio distinto al de las 190 horas mensuales, por lo que en esta instancia también **se podría** plantear el cumplimiento de la sentencia estudiada.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

3. “¿Qué otros conceptos prestacionales se afectarían con la reliquidación de horas extras?”

Se respondió:

“3.Tal y cómo quedó establecido anteriormente, los otros conceptos que se van a ver modificados por la modificación en cómo deben liquidarse los pagos correspondientes a horas extras, son los de cesantías y pensiones; lo anterior con base en los artículos 45 y 46 del decreto 1045 de 1978.” (Subrayado fuera de texto)

4. “¿El ajuste debe aplicarse a los servidores activos e inactivos?”

Se respondió:

“El ajuste debería aplicarse de manera inmediata a los empleados activos que a partir de la fecha tengan lugar a la liquidación y pago de horas extras. No obstante, tanto para liquidaciones ya hechos (sic) de funcionarios activos como para los inactivos, dependerá exclusivamente de la reclamación que se inicie por parte de ellos.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

El ajuste a las horas extras debió hacerse de inmediato, cómo se hizo en su momento, con los empleados activos, pero cómo dice el concepto, el ajuste a las liquidaciones ya hechas se les hará los funcionarios una vez lo soliciten formalmente, ojalá por escrito. Si lo hacen verbalmente, como ya ocurrió, la reclamación debió quedar consignada en un acta, que haya recogido íntegramente la solicitud, que sirva como base y prueba para iniciar el proceso de liquidación y se pueda contar el término de la prescripción.

5. “¿Si se deben reliquidar las horas extras, este ajuste afectaría seguridad social y parafiscales de los meses reliquidados?”

Se respondió:

“En línea con la respuesta dada a la pregunta número tres (3).”

6. “¿Quién asume los intereses de mora de la seguridad social y parafiscales y bajo que rubro presupuestal deben pagarse?”

Se respondió:

“Ahora bien, en lo que tiene que ver con el rubro contra el cual deben pagarse las horas extras, se puede establecer que, normalmente debe hacerse contra la autorización de las mismas siempre que exista disponibilidad presupuestal tal y como lo dejó establecido el concepto

100671 de 2013 del Departamento Administrativo de la Función Pública. Adicionalmente, como quedó expuesto en líneas anteriores y con base en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, del 16 de septiembre de 2015. C.P. Jorge Octavio Ramírez R. Rad. 25000-23-25-000-2012-00421-01 (2538-14), “la entidad efectuará la liquidación y pago de las diferencias a que haya lugar en los aportes pensionales a su cargo, en lo que haga parte del ingreso base de cotización, conforme a las normas vigentes (...)”.

7. “¿El valor total a pagar por la reliquidación de las horas extras debe ser indexado?”

Se respondió:

“7. De conformidad con las respuestas anteriormente planteadas podrá la entidad llegar a un acuerdo de pago con quien demande sumas superiores por medio de la reliquidación de las horas extras ya hechas y pagadas. Así las cosas, correspondería a la Entidad proyectar una fórmula de conciliación en la que se incluyan todos estos temas de cara al reconocimiento de las sumas a favor del funcionario.” (Subrayo)

8. “¿Cuál sería el trámite, actos administrativos y procedimiento para efectuar la reliquidación de las horas extras?”

Se respondió:

*“8. Tratándose de actos administrativos los cuales liquidaron y reconocieron la procedencia del pago de las horas extra, es **menester que las sumas adicionales sean reclamadas por los afectados.** Así las cosas, procedería una conciliación respecto de las sumas presuntamente adeudadas en la cual se dé término a las cuestiones que surjan de los efectos que tiene la sentencia de unificación antes mencionadas en las situaciones laborales de los funcionarios que reclamen una reliquidación.” (Subrayo y resalto)*

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO OBJETO DE ESTUDIO

INTERROGANTE 1.

Se está de acuerdo que, con base en la sentencia de unificación, la entidad debe liquidar las horas extras, los beneficiarios deben solicitar a la Secretaría su reliquidación y se debe aplicar inmediatamente, reliquidando las horas extras con base en 190 horas mensuales, teniendo en cuenta el término de la prescripción.

INTERROGANTE 2.

No se da respuesta al interrogante, *¿Cuál sería la instancia competente de la entidad para autorizar la aplicación de la sentencia?* Se limita a citar una de las varias competencias de la Subsecretaría Jurídica, estar actualizada en la aplicación de las normas y jurisprudencias que pudieran afectar a la entidad, entre ellas la jurisprudencia que ordena el pago de horas extras con base en 190 horas mensuales, y en el caso de las horas extras ya liquidadas, orienta, que ante la posibilidad de que los afectados demanden ante el contencioso administrativo, se llegue a una conciliación.

Es claro que la Subsecretaría Jurídica, tiene cómo una de sus funciones la de estar actualizada en la aplicación de nueva normatividad y jurisprudencia que pueda afectar la manera en la cual se llevan a cabo las diferentes funciones de la entidad, como en el presente caso, pero esto no significa que esta Subsecretaría sea quien deba **autorizar** la aplicación de la sentencia de unificación. Dentro de las funciones asignadas a esta subsecretaría, por el artículo 2° del Decreto Distrital 472 de 2022, no se encuentra ninguna que nos pueda llevar a concluir que ésta tenga la facultad de autorizar el pago de horas extras a los conductores.

Conforme lo anterior, la sentencia de unificación se debe cumplir y por tratarse de un tema que afecta a los servidores públicos de la Secretaría, corresponde a la Subsecretaría de Gestión Corporativa aplicarla. Otra cosa, muy diferente es que ésta se apoye en otras instancias de la entidad, cómo en el presente caso, para tener claridad jurídica sobre cómo hacerlo y así evitar litigios que afecten a la Secretaría Distrital del Hábitat.

INTERROGANTE 3.

Respecto, que otros conceptos prestacionales se afectarían con la reliquidación de horas extras, la respuesta es clara, se tendrían que reliquidar los conceptos correspondientes a las cesantías y pensiones, atendiendo lo señalado en los artículos 45 y 46 del decreto 1045 de 1978, que se transcriben en el cuerpo del concepto.

INTERROGANTE 4.

En relación, si el ajuste debe aplicarse a los servidores activos e inactivos, el ajuste a las horas extras debió hacerse de inmediato, cómo se hizo en su momento, con los empleados activos, pero cómo dice el concepto, el ajuste a las liquidaciones ya hechas, se les hará a los funcionarios una vez lo soliciten formalmente por escrito. Si lo hacen verbalmente, como ya ocurrió, la reclamación debe quedar consignada en un acta, que recoja íntegramente la solicitud, que sirva como base y prueba para iniciar el proceso de liquidación y se pueda contar el término de la prescripción.

INTERROGANTE 5.

En la respuesta al punto 3, ya se dijo que los conceptos a reliquidar son los correspondientes a cesantías y pensiones, atendiendo lo señalado en los artículos 45 y 46 del decreto 1045 de 1978. El ajuste no afectaría seguridad social, ni los parafiscales de los meses reliquidados.

INTERROGANTE 6.

En relación a quién asume los intereses de mora de la seguridad social y parafiscales y bajo que rubro presupuestal deben pagarse, se tiene que éste es un tema presupuestal y contable que se debe consultar con la Subdirección Financiera de la entidad, atendiendo el concepto 100671 de 2013 del Departamento Administrativo de la Función Pública y la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, del 16 de septiembre de 2015. C.P. Jorge Octavio Ramírez R. Rad. 25000-23-25-000-2012-00421-01 (2538-14).

INTERROGANTE 7.

Respecto a si el valor total a pagar por la reliquidación de las horas extras debe ser indexado, cada solicitud de reliquidación de horas extras se analizará y tratará separadamente conforme se haga la reclamación.

INTERROGANTE 8.

Sobre cuál sería el trámite, actos administrativos y procedimiento para efectuar la reliquidación de las horas extras, las sumas de dinero adicionales deben ser reclamadas por los afectados, con base en la sentencia de unificación y para dar termino a la situación planteada.

Con base en lo expuesto y frente a la consulta, **sobre sí se debe esperar que se radiquen las solicitudes por parte de los conductores para realizar la reliquidación y pago solicitado verbalmente**, está Subsecretaria considera que:

1. Se debió dar aplicación inmediata, como se hizo, a la Sentencia de Unificación No. 1046 del 12 de febrero de 2013 del Consejo de Estado, Consejero ponente, Gerardo Arena Monsalve, en cuanto, “ *...que para el cálculo del tiempo suplementario el Distrito de Bogotá debió tener en cuenta la asignación básica mensual sobre el número de horas de la jornada ordinaria mensual equivalente a 190 horas y no 240, al no ser así, se afectó el cálculo del valor del recargo en detrimento del actor.*”
2. Para efectos de la liquidación de las horas extras, se debe tener en cuenta el término de prescripción del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968,

“ARTÍCULO 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

3. En este orden de ideas, para reconocer y liquidar las horas extras de los conductores de la Entidad, **debe mediar la solicitud de los funcionarios afectados, ante la Secretaría Distrital del Hábitat**, ya sea escrita o verbal, en este último caso debe mediar un acta donde se consigne la solicitud, con el fin de establecer el término de la prescripción y así expedir los actos administrativos que ordenen el pago de las horas extras adeudadas, los que pueden ser objeto de los recursos de la vía gubernativa, si existiere inconformidad por parte de los beneficiarios.
4. **Sobre si existe otra alternativa jurídica, para la reliquidación y pago de horas extras solicitadas verbalmente por los conductores.**

La Subsecretaría Jurídica, se atiene a lo ya dicho en el concepto del 30 de noviembre de 2023 emitido por la firma Medellín & Durán Abogados S.A.S. conforme el Contrato de Prestación de Servicios No. 968 de 2023.

Conclusiones

Del análisis efectuado, se concluye frente a los tres interrogantes, que:

1. Respecto a si el Comité de Conciliación de la Secretaría Distrital del Hábitat debe analizar la situación planteada de forma verbal por los conductores y **de oficio tomar la determinación de realizar la reliquidación y pago solicitada verbalmente**, la conclusión a que llega la Subsecretaría Jurídica, es que no es posible, pues si lo hiciere se estaría extralimitando en sus funciones, ya que las normas que la regulan no se lo permiten. Y además según el literal l del artículo 24 del Decreto Distrital 121 de 2008, le corresponde a la Subsecretaría de Gestión Corporativa.
2. Respecto a si la Secretaría Distrital del Hábitat debe acoger lo dicho en el concepto de la firma de abogados Medellín Durán, en el sentido que los conductores de la Entidad deben presentar solicitud para realizar la reliquidación y pago solicitada de las horas extras, si deben hacerlo, en las condiciones ya mencionadas, pues se debe verificar el término de la prescripción de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en tal sentido se comparte el concepto antes men-

cionado. Sin embargo, se tiene que según el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 los conceptos jurídicos no son vinculantes, y sirven de orientación para la toma de decisiones, en tal sentido le corresponde a la Subsecretaría de Gestión Corporativa tomar la decisión sobre la aplicación del mismo, atendiendo que por parte de esta Subsecretaría el planteamiento jurídico expresado en el concepto del 30 de noviembre de 2023 emitido por la firma Medellín & Durán Abogados S.A.S. conforme el Contrato de Prestación de Servicios No. 968 de 2023, es válido.

3. Respecto sobre si existe otra alternativa jurídica, para la reliquidación y pago de horas extras solicitadas verbalmente por los conductores, la Subsecretaría Jurídica se atiene a lo dicho a lo largo de este concepto.

Cordialmente,

ALBA CRISTINA MELO GOMEZ
SUBSECRETARIA JURIDICA

c.c.e.: PAOLA ANDREA CALDERON VARGAS-SUBDIRECCION ADMINISTRATIVA
YAMILE ANGELICA MEDINA WALTEROS-SUBSECRETARIA DE GESTION CORPORATIVA
Anexo: N/A
Anexos Digitales: 0

Elaboró: ALBA CRISTINA MELO GOMEZ-SUBSECRETARIA JURIDICA
Revisó:
Aprobó: ALBA CRISTINA MELO GOMEZ-SUBSECRETARIA JURIDICA