

*dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad deberá repetir contra estos **por lo pagado** (...)*". (Se destaca).

Al rompe puede verse que en modo alguno el legislador dispuso como presupuesto indispensable para el ejercicio de la pretensión de recobro que el pago fuese **total**, lo que señala la norma es que se haya producido pago y que sea lo efectivamente pagado lo que se pretenda repetir.

El punto no es nuevo y la jurisprudencia ya ha avanzado en ese aspecto. En efecto, mediante auto de 8 de febrero de 2012, tuvo ocasión la Sub Sección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado de examinar el tema de los presupuestos de la acción de repetición de cara al artículo 2º de la Ley 678 de 2001.

Se destacó en esa oportunidad cómo el pago era la circunstancia que legitimaba a la administración para plantear su pretensión de recobro, visión que ya había sido explicada por la Sección Tercera<sup>8</sup>, de manera que no resultaba posible aseverar que el pago realizado por las entidades obligadas a restituir una suma determinada de dinero debía ser un pago total, toda vez que dicha afirmación constituiría una limitación de tal legitimación, que no se encuentra establecida ni en la Constitución ni en la Ley<sup>9</sup>.

A tal entendimiento se llegó por vía de identificar dos regulaciones diversas: la que ya se señaló, que determina la legitimación para cobrar, y la referida a la oportunidad para hacerlo, vale decir aquella que regula la caducidad de la acción.

En efecto, no obstante que el artículo 11 de la Ley 678 de 2001 prescribe que *"la acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública"*, tal regla no está contemplada por la ley, como ya se vio, para legitimar a la administración para repetir.

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 25 de marzo de 2010. Expediente 36.489.

<sup>9</sup> El criterio expuesto fue reiterado por la Subsección A de la Sección Tercera en auto de 12 de febrero de 2014. Expediente 39.796.

En este orden de ideas, es válido afirmar que, si bien el pago se constituye como un presupuesto para que la acción de repetición tenga vocación de prosperidad, toda vez que otorga legitimación en la causa para demandar, no representa un presupuesto para la admisión de la demanda y mucho menos puede exigirse que dicho pago sea total, de lo cual se desprende, en consecuencia, que resulta procedente ejercitar la acción con la pretensión de repetición incluso cuando el pago efectuado por la administración no se corresponda con el total al que haya sido obligada, pero, por obvias razones, en dicho evento solamente se podrá repetir por los valores efectivamente cancelados.

Este entendimiento no pugna con lo establecido en el Decreto 1716 de 2009, en relación con el trámite a seguir para la realización de los estudios pertinentes, en punto a valorar la procedencia de la acción de repetición por parte de los Comités de Conciliación de las entidades públicas, toda vez que, si bien se dispone que el ordenador del gasto remita al día siguiente del *"pago total"* el correspondiente acto administrativo y sus antecedentes al respectivo Comité<sup>10</sup>, nada impide que haga lo propio respecto del pago parcial, igualmente dispuesto a través de acto administrativo. En este orden de ideas, frente a los valores que no se hubieren cancelado, el término de caducidad no se verá afectado por el recobro que se pretenda de lo que sí se pagó y habrá de estarse a un diferente tratamiento de conformidad con la ley, como pasa a examinarse.

## 2. La caducidad de la acción cuando se formula la pretensión de repetición.

El término de caducidad de la acción de repetición aparece señalado por el artículo 11 de la Ley 678 de 2001, así:

*"La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del **pago total** efectuado por la entidad pública.*

*"Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en*

<sup>10</sup> Expediente 22.120