

**Magistrado Ponente:** JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL

**Número de Radicación:** 13-430-6001118-2016-00961 No. I. TRIBUNAL: G-9 N° 0008 de 2020

**Tipo de decisión:** Modifica parcialmente la sentencia

**Fecha de la decisión:** 16 de octubre de 2020.

**Clase y/o subclase de proceso:** PECULADO POR APROPIACIÓN

**PUNIBLE DE PECULADO POR APROPIACIÓN /** Características.

**PECULADO POR APROPIACIÓN/** A título de imputación de determinador, interviniente y cómplice.

**COAUTORÍA MATERIAL PROPIA Y LA IMPROPIA/DIFERENCIAS/.** La primera ocurre cuando varios sujetos, acordados de manera previa o concomitante, realizan el verbo rector definido por el legislador, mientras que la segunda, la impropia, llamada coautoría funcional, precisa también de dicho acuerdo, pero hay división del trabajo, identidad en el delito que será cometido y sujeción al plan establecido.

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA /** Debe existir consonancia fáctica y jurídica entre la acusación y la sentencia.

**FUENTE FORMAL/** Artículos 20 y 397 del C.P, artículo 448 de la ley 906 de 2004, artículo 123 de la Constitución Política, artículo 56 y parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

**FUENTE JURISPRUDENCIAL/**CSJ SCP Radicado 30.125 del 2009, SP5107-2017-M.P Luis Guillermo Salazar Otero, radicación 12742 del 2003 reiterado en sentencia SP1402-2017 M.P Gustavo Malo Fernández, CSJ SP, 15/05/08, rad. 25913, SP 16/03/11, rad. 32685, CSJ SP, 12 de diciembre de 2012, radicado 38289, SP, 9 de septiembre de 2015, radicado 12042 y CC C-563 563 de 1998

República de Colombia  
**Departamento de Bolívar**



Tribunal Superior  
Distrito Judicial de Cartagena

---

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Cartagena de Indias, D. T. y C, dieciséis (16) de octubre de mil veinte (2020).

**JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL**  
**MAGISTRADO PONENTE**

<b>RADICACIÓN:</b>	13-430-6001118-2016-00961
<b>No. I. TRIBUNAL:</b>	G-9 N° 0008 de 2020
<b>PROCEDENCIA:</b>	Juzgado Penal del Circuito de Magangué (Bolívar)
<b>PROCESADOS:</b>	EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ y JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO
<b>DELITO:</b>	Peculado por Apropiación
<b>PROVIDENCIA:</b>	Sentencia.
<b>PROCEDIMIENTO:</b>	Ley 906 del 2004.
<b>APROBADO:</b>	Acta N° 181

**1. MOTIVO DE PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la defensa de los señores **EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ y JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO**, contra la sentencia ordinaria proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Magangué (Bolívar) el día 2 de marzo de 2020, mediante la cual se les condenó por el delito de PECULADO POR APROPIACIÓN.

**2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.**

Los hechos jurídicamente relevantes endilgados en la audiencia de formulación de acusación por parte de la Fiscalía, se sintetizan de la siguiente manera:

**2.1.** Edwin Álvarez Jiménez, en calidad de representante legal de Proyectos Regionales S.A.S., celebró con el municipio de Magangué, el cual era representado por el entonces Alcalde, Marcelo Torres Benavidez, el contrato de obra N° 528 del 23 de octubre de 2015, cuyo



objeto era la remodelación de Gimnasio de Boxeo de Magangué, por el valor de \$445.009.328.22.

**2.2.** Se indicó en la acusación, que el valor del contrato fue pagado al contratista en tres descargos así: (i) \$57.306.096.20 pagado mediante cheque N° 629 del Banco de Bogotá de Magangué a la cuenta corriente N° 414-255-214-8, la suma fue pagada con el objetivo de que el contratista comprara los materiales que se necesitaban para la obra; (ii) \$200.468.189.71 cancelado al contratista el día 16 de diciembre de 2015 mediante cheque N° 633 girado a la cuenta corriente N° 414-255-214-8; (iii) \$63.612.203, la cual fue cobrada en el Banco de Bogotá del Banco (Magdalena).

**2.3.** Se señaló por el ente acusador que, todos los dineros llegaron a la Fiduciaria con representación legal del contratista con sede en Bogotá, por lo que considera, estar demostrado que el señor EDWIN ÁLVAREZ JIMÉNEZ, recibió el total del valor del contrato, *“lo depositó en su fiducia y de ahí no se sabe que destino tuvo esos recursos”*, pues la obra no se ejecutó en lo más mínimo, el edificio del gimnasio de Magangué sigue como estaba antes, en el mismo estado de deterioro, lo cual se confirma con las diferentes inspecciones a lugares, incluso con fotografías del edificio y del sitio, además con la entrevista que fue recepcionada al vigilante del gimnasio, José Ángel Lara Beleño, quién informó que no ha visto obras de remodelación alguna.

**2.4.** Se expone que, el propósito de EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ, en calidad de contratista, y JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO, interventor, era la de apropiarse de esos recursos, ya que el hecho de haber cobrado sin iniciar la obra y finalizando el período del



Alcalde Marcelo Torres Benavides, son razones que demuestran su intensión.

**2.5.** Respecto del contratista **EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ**, manifiesta el fiscal que, se apropió de recursos del Estado por virtud del contrato de obra y no ejecutó el objeto del mismo. Expone que la calidad de servidor público la adquirió al asumir el rol de contratista.

**2.6.** Respecto del señor, **JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO**, arguye que su compromiso penal le resulta de haber obrado en coparticipación criminal con el contratista, *“y ello, se trasluce el haber firmado el documento dando por hecho que los materiales para realizar la remodelación estaban comprados y permanecían en el lugar de la obra”*, no siendo cierto eso. Amén de que en el contrato administrativo se estipuló un plazo de tres (3) meses, el cual se cumplió en el mes de marzo de 2016, en donde el interventor no realizó acción alguna orientada a poner en conocimiento de las autoridades que la obra no se había iniciado, ni ejecutado.

### **3. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES.**

**3.1.** Con fundamento en los anteriores hechos, la fiscalía solicitó, el día 3 de junio de 2016, la aprehensión de los indiciados, de modo que dispuesta las órdenes de captura y hecha efectiva las mismas, se celebró, el 5 de junio de 2016, ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Magangué, con funciones de control de garantías, audiencia en la cual se les legalizó captura a los señores EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ y JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO, se les formuló imputación por los delitos Peculado por Apropiación y falsedad ideológica en documento público, y se les afectó



con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

**3.2.** El 14 de diciembre de 2016, la Fiscalía presentó escrito de acusación, llevándose a cabo la correspondiente audiencia de formulación de acusación ante el Juzgado Penal del Circuito de Magangué el día 26 de julio de 2017, escenario en donde se acusó al señor EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ y a JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO por la conducta de **PECULADO POR APROPIACIÓN (art. 397 inc. 2° del C.P.)**, el primero en provecho propio, y el segundo en favor de terceros.

**3.3.** Celebrada las audiencias preparatoria y de juicio oral, el despacho de conocimiento dictó, el 2 de marzo de 2020, sentencia a través del cual condenó a los acusados EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ y JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO, en calidad de coautores del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN (art. 397 inc. 2° del C.P.), a la pena principal de ciento ocho (108) meses de prisión, multa de doscientos ochenta y seis millones ciento dieciséis mil ochocientos cuarenta y nueve pesos con noventa y un centavos (\$286.116.849.91). Inhabilitación para el ejercicio de derechos públicos por el término de ciento ocho (108) meses, inhabilitación perpetua para el ejercicio de funciones públicas y a celebrar contratos de manera directa o por interpuesta persona con el Estado.

**3.4.** La anterior decisión fue recurrida por la defensa de los condenados, correspondiéndole a ésta Sala desatar los recursos de apelación interpuestos.



#### 4. LA SENTENCIA APELADA.

La juez cognoscente del asunto de marras, inicialmente y luego de hacer un recuento de las circunstancias fácticas y los alegatos de conclusión presentados por las partes, pasó a exponer que al proceso penal se vinculó a los señores EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ y JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO en calidad de coautores por el delito de Peculado Por Apropiación, el primero como contratista y el segundo como interventor, el primero apropiándose de dineros del Estado, y el segundo no cumpliendo con su deber y coadyuvando “*el procedimiento ilegal para apropiarse de los dineros estatales*”.

En tal medida, se planteó por el *a quo*, que dentro del juicio oral se demostró que cada uno de los procesados cumplió un rol, el uno apropiándose de los dineros del Estado como contratista y el otro permitiendo esa apropiación a favor del contratista sin ejercer los controles u obligaciones que la interventoría le imponía, para que el contrato se cumpliera en los términos pactados.

Refiriéndose a la tipicidad de la conducta, expuso la funcionaria judicial de primer grado, que se demostró que los procesados ostentaron la calidad de servidores públicos y dispusieron de bienes del Estado en razón de las funciones que fueron asignadas. En tal sentido sostuvo que, no se generó controversia sobre las partes que firmaron el contrato de obra N° 528 del 2015, ni el objeto contractual, y el valor del mismo.

Precisó igualmente, que si bien en la acusación se atribuyeron tres pagos surgidos dentro de la relación contractual, en el debate probatorio se demostró que sólo existieron dos pagos, uno por anticipo



y otro por pago de Acta Parcial. Sin embargo, y comoquiera que nunca se ejecutó el contrato, dichos dineros quedaron en el patrimonio de EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ, quien reconoció en el juicio oral que efectivamente le hicieron dos giros, pero no logró determinar si los mismos fueron empleados en la compra de materiales, estando acreditado que ellos fueron retirados de las arcas del municipio.

Precisa que, en el Acta de inicio de fecha 27 de noviembre de 2015, se dejó constancia de la fecha de iniciación de las actividades contractuales, y de la vigilancia y control que se debía realizar a la obra. En donde además, se indicó que el contratista tenía en el área de labores las herramientas, materiales, equipos y personal para acometer el inicio de los trabajos.

De acuerdo a la inspección de fecha 7 de mayo de 2016, la cual fue realizada al lugar donde se debía ejecutar la obra, se demostró que no se cumplió con el objeto del contrato, ni se presentaban avances en la misma.

El *a quo*, indicó que por el incumplimiento del contrato, vía administrativa se desarrolló un procedimiento que culminó con la sanción pecuniaria del contratista, en donde se determinó que la suspensión del contrato decretada el día 30 de diciembre de 2015, no reunió los requisitos o presupuestos necesarios establecidos en la ley 80 de 1993, ley 1474 y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Aunado a lo precedente, el contratista, pese a la sanción por incumplimiento impuesta, nunca devolvió los dineros, mucho menos los puso a disposición en un título a favor de la administración municipal.



En cuanto a la responsabilidad de JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO, advirtió que éste al ejercer el cargo de interventor de la obra suscitada del contrato N° 528 de 2015, permitió que el contratista se apropiara de dineros del municipio de Magangué en cuantía superior a los 250 millones de pesos, por cuanto no se ejecutó la obra y él no realizó ninguna observación, permitiéndose así el apoderamiento de los dineros Estatales en favor de Edwin Marcelo Álvarez Jiménez.

Dicho lo anterior, la funcionaria judicial luego de hacer los juicios de antijuridicidad y culpabilidad, señaló que se logró desvirtuar la presunción de inocencia de los procesados, por lo que procedió a emitir sentencia condenatoria por el delito de peculado por apropiación.

## **5. DE LA APELACIÓN.**

### **5.1. Del recurso de Apelación interpuesto por el defensor del señor EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ.**

El defensor del procesado, a través del recurso de apelación cuestiona la decisión de primera instancia con fundamento en los siguientes ítems:

#### a) Adecuación típica

En lo que concierne a éste punto, el defensor expresa que comoquiera que el contrato que suscribió la sociedad de PROYECTOS REGIONALES S.A.S. fue para ejecutar un contrato de obra pública, que tenía por objeto la remodelación del gimnasio de boxeo, potestad que es ajena a las funciones propias de la entidad contratante, no resulta posible aplicar al procesado el artículo 56 de la ley 80 de 1993,



sino el artículo 250 del código penal que consagra el abuso de confianza calificado.

En tal medida, advierte que el señor EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ no ostentaba la calidad de servidor público, y como particular contratista tampoco desarrolló una función pública.

b) De la responsabilidad propiamente dicha. La configuración de un error

Sostiene que existió una indebida apreciación de las pruebas, por cuanto el acta de inicio no es prueba de ejecución del contrato, ya que *“esta solo indica el inicio de la ejecución del objeto contractual, por lo que independientemente de lo que en ella se haya consignado, lo único relevantes es la determinación del día en que se dio inicio al contrato”*. Aunado a ello, precisa que una vez analizada la declaración vertida por el señor Edwin Álvarez en su propio juicio, éste manifestó que la elaboración del Acta de inicio estuvo a cargo del municipio de Magangué, por lo que su contenido corresponde a un mismo modelo que la administración tiene, sin que pueda tenerse ese documento como demostración de la inejecución contractual.

Advierte además que el Acta de Avance de las obras, sí representa una demostración de ejecución del contrato de obra, la cual fue indebidamente justipreciada por la juez de primera instancia, quién le dio mayor valor probatorio a la inspección a lugar de los hechos aportada por la fiscalía. Asimismo que, de acuerdo a la versión rendida por el Dr. Pedro Alí Alí, actual Alcalde de Magangué, y el Dr. Aldo Rafael Bacci Hernández, quien fungió como secretario de Planeación, el contrato fue ejecutado en un porcentaje de 10%.



En similar sentido, indica que la inspección al lugar de los hechos debió haberse realizado por una persona capacitada, tal como lo dispone el artículo 405, 406 y 407 de la ley 906 de 2004, y ni siquiera se contó con el acta parcial de la obra al momento de realizarse la misma.

De la suspensión del contrato, expone que ello no puede tenerse como indicativo de la apropiación del valor del anticipo, ya que la misma se originó bajo razones justificables y ante el advenimiento de una nueva administración municipal. Amén de que la solicitud de suspensión por parte del contratista, siempre estuvo supeditada a la voluntad del contratante, quién fue en últimas el que accedió a ello.

Expone que, *“en el estado en que estaba el contrato (suspendido), el contratista no podía ejecutar las obras en el inmueble, pues esto representaría desconocer precisamente la suspensión, pero sí podía, dado la particularidad del caso, de haber recibido la ganancia primero que el anticipo, destinar éste último a lo que la ley exige, como lo es, la ejecución contractual. Entendido por esta como el cumplimiento de compromisos adquiridos y la compra de materiales a emplear.*

*Dónde provino el error del procesado, en utilizar dichos materiales so pretexto de no recibir un daño mayor ante la mora en la administración de tomar una determinación. Error que dicho sea de paso fue de carácter invencible, pues aún ni actuando de forma diligente y cuidadosa, el autor había podido llegar a otra conclusión....”*

Frente a la estructuración del dolo, advierte que no le asiste razón al despacho de primera instancia cuando indica que ninguna acción hizo el procesado tendiente a devolver los dineros recibidos como



anticipo, ya que eso debe surgir del consenso de las partes y no *mutuo proprio* del señor Edwin Marcelo Álvarez Jiménez.

Por último, frente a este punto objeto de disenso, plantea que la destinación de los recursos girados a la fiducia por parte del municipio de Magangué, no eran de propiedad del contratista, sino que fue la misma fiducia quién la giró a proveedores previamente contratados, por tanto todo ese capital no estuvo en las arcas del procesado Edwin Marcelo Álvarez.

c) De los hechos jurídicamente relevantes

Señala que los hechos jurídicamente relevantes presentados por la fiscalía y expuestos en la sentencia de primer grado, difieren sustancialmente, por cuanto: (i) no existieron 3 pagos, sino 2 giros, uno correspondiente al valor del anticipo y otro como pago de la ejecución parcial de la obra; (ii) los pagos no fueron realizados a través de cheques; (iii) ningún pago se supeditó a la compra de materiales; (iv) No existió inspección al lugar, sino en el mes de mayo del año 2016, y no al momento del pago del anticipo; (v) No existió el cobro de ninguna suma en el Municipio de El Banco (Magdalena); y, (vi) Que el procesado no era, ni es representante legal, ni mucho menos propietario de ninguna fiducia.

Expuesto lo anterior, el defensor plantea que si bien, lo procedente es la declaratoria de nulidad de la actuación por una inadecuada estructuración de los hechos jurídicamente relevantes, en el presente asunto, se debe absolver a su asistido, *“pues, ningún otro camino puede surgir cuando el Estado ha sido inoperante en su labor jurídico procesal. Declarar la nulidad es indefinir la suerte del procesado y*



*permitir que el Estado se avizore como un improvisador de derechos fundamentales.”*

d) De los errores de la Acusación

Expone que al llamarse a juicio a los procesados en calidad de coautores, la fiscalía debía probar la categoría en la que se actuó - coautoría propia o impropia-, y lo propio debió hacerse en la sentencia, detallándose la división del trabajo y el acuerdo común.

*“Por otra parte, si la contratación fue realizada por la sociedad Proyectos Regionales SAS, la aplicación de responsabilidad a su representante, señor EDWIN MARCELO ÁLVARE JIMÉNEZ, solo era posible en aplicación de la denominada cláusula del actuar por otro, establecida en el inciso 3° del artículo 29 de la ley 599 de 2000. Esto, porque quién pudo realizar la acción típica fue la sociedad, y al parecer de los elementos típicos personales que fundamentan la autoría del delito especial correspondiente, no podía ser señalado como autor, pues lo impiden los principios de legalidad y tipicidad”.*

Por todo lo anterior, solicita la revocatoria de la decisión de primer grado y el proferimiento de una decisión absolutoria de reemplazo.

**5.2. Del recurso de apelación interpuesto por la defensora del señor JONNYS MORENO ROMERO**

La defensora centra su inconformidad con la sentencia de primera instancia, considerando que existió una errónea apreciación de las pruebas, ya que la fiscalía no logró acreditar que su apadrinado, en su condición de interventor del contrato de obra, cumpliera una función



pública, ello mediante el contrato de interventoría, el cual nunca fue allegado a la actuación.

Plantea la recurrente, que el señor Moreno Romero no fue formalmente acusado, pues todos los hechos planteados por la fiscalía en la formulación de acusación, giran en torno al actuar del contratista y no del interventor, y el hecho de él haber firmado un documento en el que se manifestaba que habían unos materiales para la obra, la lleva a cuestionarse sobre la coautoría dentro del delito de peculado, en donde no se demostró cuanto fue el montó que presuntamente fue apropiado por parte de él. En este punto, la defensora presenta el siguiente interrogante *¿No sería el señor Moreno Romero un interviniente especial en el contrato?*

Argumenta que, de lo demostrado en el juicio oral se puede considerar que se está frente a un peculado culposo o que el actuar del señor Moreno Romero está enmarcado como interviniente, pero no como coautor dentro de la conducta de peculado por apropiación.

En similar sentido, manifiesta que no se le puede endilgar el delito de peculado por apropiación en favor de terceros a Moreno Romero, por el solo hecho de avalar la suspensión del contrato, el cual previamente ya había sido acordado por la parte contratante. *“Queriendo decir con ello, que para ser encontrado responsable de ésta acción se debió demostrar que el señor Moreno Romero se apropió de una suma de dinero para su favorecimiento o de un tercero, no enfocar su condena en meras omisiones de sus funciones, hecho éste que constituiría otro tipo penal el cual no fue objeto de estudio, no fue objeto de acusación (mala acusación) ni objeto de debate con las pruebas obtenidas”.*



Resalta que una de las pruebas aportadas, era un informe de la Procuraduría, en donde quedó demostrado que se hizo un avance de la obra de 12%, por lo que se puede decir que hubo una inversión de los dineros.

Por todo lo anterior, solicita la revocatoria de la sentencia condenatoria de primer grado.

## **6. CONSIDERACIONES.**

### **6.1. Competencia.**

Según lo preceptuado en el artículo 34 de la Ley 906/2004, es la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, la competente para conocer de las apelaciones contra las sentencias proferidas por el Juzgado Penal del Circuito de Magangué (Bolívar).

La competencia de éste Tribunal, opera en virtud del principio de limitación inherente a los medios de impugnación, siendo restringido a los aspectos impugnados y a los que inescindiblemente le estén vinculados.

### **6.2. Problema jurídico.**

Dentro del presente proveído, corresponde determinar si conforme al Art. 381 de la ley 906 del 2004, existe conocimiento más allá de toda duda razonable para endilgar responsabilidad penal a **EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ Y JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO** por el delito de peculado por apropiación; de existir respecto de que título de imputación, y si además la sentencia resulta



congruente con los hechos enrostrados por la Fiscalía General de la Nación.

Para desatar los puntos de censura, se hace necesario abordar un tópico específico, que servirá de fundamento para la decisión que aquí ha de tomarse, cual es **(I) Del punible de peculado por apropiación a título de imputación de determinador, interviniente y cómplice.**

### **6.3. Del punible de peculado por apropiación a título de imputación de determinador, interviniente y cómplice.**

De nuestro ordenamiento Constitucional, el cual se encuentra regido por principios tales como la transparencia, pulcritud, probidad e igualdad se desprende la competencia de la cual se encuentran investidos los órganos y funcionarios públicos cuya función es preservar el orden jurídico a través de sus actuaciones, no obstante a lo anterior, puede pasar, que algún funcionario o servidor público en ejercicio de sus funciones se desvíe hacia actos ímprobos, lo que además de generar la transgresión de los principios en comento, en ocasiones se subsume en la responsabilidad sobre punibles que atentan contra la administración pública.

Por lo anterior, el legislador creó un acápite específico dentro del Código Penal, para aquellos delitos que atentan contra el buen funcionar del Estado, y lo llamó, de los delitos contra la administración pública, dentro del cual se sancionan aquellas actuaciones ilícitas y deshonestas que infringen la confianza de los asociados.



Dentro de dicho acápite, en el artículo 397 del Código de las Penas, se encuentra preceptuado el delito de peculado por apropiación, se cita la estructura típica:

*“...El Servidor Público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en...”*

Agréguese, que el tipo penal de peculado por apropiación es de carácter especial propio, en tanto que dicha conducta solo puede ser realizada por aquel sujeto que ostente la condición o calidad exigida por el tipo, que no es otro sino el servidor público que tenga posición de garante concreta, específica y normativa, cuyos deberes sean preservar, proteger y custodiar los bienes del Estado, es decir, aquellos *“cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.”*

En cuanto al ingrediente normativo definido en la expresión *“cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones”*, ello se traduce en la relación funcional que necesariamente debe existir entre el servidor público y los objetos materiales de la conducta en el delito, aspecto medular a la hora de establecer que el servidor público en ejercicio de sus funciones y en desarrollo de la administración de los recursos estatales o paraestatales, configura el reato en mención cuando dispone **indebidamente de los mismos en provecho suyo o de un tercero, al apropiárselos o permitir que otro lo haga.**



Ahora bien, lo anterior no es impedimento para que, debido a la dinámica social y delictiva, ciertos individuos adelanten conductas que se encuentran descritas en tipos penales especiales, como es el caso del peculado por apropiación, sin ostentar las calidades exigidas en este, pudiendo ser entonces participes (Determinador, interviniente o cómplice).

En esa medida será **determinador** quien instiga a otro a realizar la conducta antijurídica (Art. 30 ley 599 del 200), es decir, *“quien por cualquier medio incide en otro y hace surgir (genera, suscita, crea, infunde) en éste (autor determinado) la decisión de realizar la conducta punible, la idea y la voluntad criminales, es decir, su conducta se limita a hacer nacer en otro la voluntad de delinquir”*<sup>1</sup>.

Por otra parte, la calidad de **interviniente** se deslinda igualmente del precitado artículo, en el que se utiliza dicha figura en sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues por regla general, el delito solo puede ser cometido por aquel que reúna las condiciones y calidades previstas en el tipo; sin embargo, el legislador avizoró, que bien puede acontecer que sujetos que no reúnan aquel ropaje, concurren en la realización del punible, ejecutando la conducta como suya, esto es, siendo autores.

Al respecto indicó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que *“la figura del interviniente está restringida con exclusividad a aquellos supuestos en que un particular concurre a la realización de una conducta que exige la presencia de sujeto activo calificado, siempre y cuando sea asimilable a la de un coautor, sólo que por no reunir las calidades especiales del tipo se hace acreedor a una*

---

<sup>1</sup> CSJ SCP Radicado 30.125 del 2009.



*rebaja punitiva prevista en el art. 30 en mención. De ahí que la expresión interviniente de dicho precepto, no pretende agrupar cualquier forma de participación delictiva (determinación o complicidad), sino exclusivamente al coautor de delito que no reúne las características o cualidades del tipo especial, pero que concurre a la concreción del verbo rector, realizando la conducta como propia”<sup>2</sup>.*

Finalmente, será **cómplice** quien preste aporte que no sea esencial para la comisión del delito por acuerdo previo, concomitante o posterior, además de reunir los siguientes presupuestos: “a) Que exista un autor -o varios-; b) Que los concurrentes -autor y cómplice- se identifiquen en cuanto al delito o delitos que quieren cometer. Uno o unos de ellos, como autor o autores; y otro u otros, como ayudantes, como colaboradores, con prestación de apoyo que debe tener trascendencia en el resultado final; c) Que los dos intervinientes -autor y cómplice- se pongan de acuerdo en aquello que cada uno de ellos va a realizar, convenio que puede ser anterior a la comisión del hecho o concomitante a la iniciación y continuación del mismo, y tácito o expreso; d) Que exista dolo en las dos personas, es decir, tanto en el autor como en el cómplice”<sup>3</sup>.

## 7. CASO CONCRETO

**7.1.** La Sala, una vez analizados los planteamientos propuestos por el defensor del señor EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ, y la defensora del señor JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO, advierte que, comoquiera que de forma integral se propone una indebida estructuración de los hechos jurídicamente relevantes endilgados por la fiscalía y una correlativa vulneración al principio de congruencia en

<sup>2</sup> SP5107-2017- M.P Luis Guillermo Salazar Otero.

<sup>3</sup> Radicación 12742 del 2003 reiterado en sentencia SP1402-2017 M.P Gustavo Malo Fernández.



la sentencia de primera instancia, procederá a estudiar dicho cargo de forma principal.

En ese norte, de acuerdo al artículo 448 de la ley 906 de 2004, el *“acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena”*, norma ésta que surge de la interpretación de los artículos 29, 31 y 250 de la Constitución Política, 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La finalidad de la disposición procesal en comento, es que la actuación penal esté robustecida de racionalidad y coherencia, la cual le permitirá al procesado ejercer en forma efectiva su defensa, en la medida en que solo puede ser condenado por hechos y delitos contenidos en la acusación, sin que sea posible sorprenderlo con imputaciones frente a las que no ejerció contradicción.

En tal medida, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha indicado que el mentado principio de congruencia puede ser infringido por acción u omisión cuando el funcionario judicial emite condena (i) por hechos no incluidos en la imputación o acusación, o por conductas punibles no atribuidas en el acto de acusación; (ii) por un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica ni jurídicamente en la acusación; (iii) por el delito por el que se acusó, pero se adiciona una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad; o, (iv) por la conducta por la que se acusó, pero se suprime una o varias circunstancias genéricas o específicas de menor punibilidad que fueron reconocidas en la acusación<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Ver CSJ SP, 15/05/08, rad. 25913, SP 16/03/11, rad. 32685.



Pese a la anterior disertación, la misma Corte Suprema de Justicia, ha indicado que la congruencia no es estricta, sino flexible, siendo posible, que el juez se desvíe jurídicamente del contenido de la acusación y condene por un hecho punible diferente al allí imputado (ver decisión AP5715-2014).

También se ha precisado que la descripción fáctica de los hechos atribuidos al procesado no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, entendido éste como el trámite formalizado que comienza con la formulación de imputación y termina con la sentencia ejecutoriada, de suerte que la obligación de conservar el núcleo central del componente fáctico opera desde la formulación de imputación (CSJ SP4792-2018).

El proceso reglado por la Ley 906 de 2004, entonces, adopta un sistema rígido de la descripción fáctica, y flexible de la delimitación típica o jurídica, en virtud del cual el principio de congruencia se satisface si se describen clara, precisa y detalladamente los hechos, mientras que la calificación jurídica puede ser modificada durante el proceso «*por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa*»<sup>5</sup>.

Reseñado lo anterior, y centrando la atención de la Sala en el caso de marras, se tiene que la Fiscalía en la audiencia de formulación de Acusación, realizó una descripción general del contrato de obra N° 528 del 23 de octubre de 2015, detallando las partes que intervinieron en ese acuerdo bilateral, el objeto de lo pactado, el monto del contrato y la forma en que se efectuaron unos pagos. Asimismo, se indicó que quién ejerció de contratista fue el señor EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ, y como interventor, JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO.

---

<sup>5</sup> CSJ SP4792-2018



Se expuso por parte del fiscal que, el objeto del contrato de obra consistente en la remodelación del Gimnasio de Boxeo del Municipio de Magangué (Bolívar) no se ejecutó en lo más mínimo y que el contratista, EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ se apropió de los recursos que fueron entregados para tal fin. Por su parte, JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO, en calidad de interventor, no realizó las acciones que el cargo le imponía, por lo que permitió el aprovechamiento de los recursos estatales por parte del contratista. En tal sentido, el ente persecutor, acusó a Álvarez Jiménez por el delito de Peculado por Apropiación en favor propio, y a Moreno Romero, por el mismo reato, pero en favor de terceros.

Bajo tal estructuración de los hechos jurídicamente relevantes, para la Sala es claro que los mismos se adecuan perfectamente a la imputación jurídica realizada, pues los elementos estructurales de la conducta se ajustan a las previsiones fácticas señaladas, teniendo así los procesados y sus defensores la posibilidad de conocer el componente jurídico y fáctico, a través del cual ejercieron plenamente el derecho de defensa y contradicción en el debate probatorio.

Ahora, el hecho de que en el debate se haya demostrado que contrario a lo afirmado por la fiscalía, no se presentaron tres pagos, sino dos, y que los mismos fueron realizados mediante una transferencia electrónica, en nada muta o trastoca el principio de congruencia fáctica, toda vez que la decisión atacada no se apartó de aquella concreción objeto de acusación, al contrario hizo alusión a todas las circunstancias que fueron reseñadas por el órgano acusador, donde después de realizar una valoración racional de la prueba, la falladora de primer grado determinó que efectivamente algunos aspectos endilgados por la fiscalía no ocurrieron de tal forma, lo que



no significa en manera alguna, que se transgredan los pilares fácticos, pues los mismos se mantuvieron en lo fundamental y fueron los que conllevaron a la emisión de una sentencia condenatoria.

Siendo ello así, para la Sala no se configura el yerro aducido por la defensa, porque la imputación fáctica en todas sus dimensiones fundamentales (contrato de obra cuya duración era de tres meses no fue ejecutado pese a ser cancelado un anticipo del 50% y de realizarse un pago de acta parcial al contratista Edwin Álvarez. Omisión del interventor, Jonnys Moreno Romero, en ejercer un control riguroso a la ejecución de la obra) es uniforme en la acusación y sentencia, obviamente con mayor riqueza descriptiva en la última pieza procesal, producto del debate surtido en el juicio, el cual conllevó a profundizar varios aspectos reseñados de manera genérica en el acto de acusación.

En consecuencia no existe incongruencia fáctica entre acusación y sentencia y, por ello, el cargo no prospera.

**7.2.** La defensa propone la discusión en torno a la estructuración del delito de peculado por apropiación y el título de imputación por el que deben responder los procesados. En tal medida, la Sala, para el análisis de los recursos, abordará independiente cada cuestionamiento presentado, ello teniendo en cuenta que cada acusado cumplió un rol diferente dentro de la ejecución del contrato de obra N° 528 del 23 de octubre de 2015.

Bajo ese orden, se debe precisar que dentro del juicio oral se demostró que el día 23 de octubre de 2015, la Alcaldía Municipal de Magangué (Bolívar), representada legalmente por Marcelo Torres Benavides, celebró el contrato de Obra N° 528 con la Sociedad Proyectos Regionales S.A.S., representada legalmente por **EDWIN**



**MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ**, cuyo objeto contractual era la “Remodelación del Gimnasio de Boxeo en el municipio de Magangué – Departamento de Bolívar”, por el valor de cuatrocientos cuarenta y cinco millones nueve mil doscientos noventa y tres pesos con cuarenta y tres centavos (\$445.009.293.43), pagaderos, de acuerdo a la cláusula segunda, de la siguiente forma: “1) *Anticipo equivalente al 50%* 2) *Pagos Parciales: El valor restante del contrato se pagará mediante actas parciales de obra. El trámite de las actas parciales se hará previo cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Presentación por parte del CONTRATISTA y recibo a satisfacción por parte de la INTERVENTORÍA de las obras ejecutadas parcialmente, b) cuantificación, valoración y suscripción de la respectiva acta de recibo parcial de obras entre EL CONTRATISTA Y LA INTERVENTORÍA, c) Presentación de factura de conformidad con los trámites administrativos a que haya lugar y de acuerdo a la disponibilidad del PAC, 3) Pago Final: El último pago, se cancelará previa suscripción del acta de recibo final de obras a satisfacción por parte del interventor del contrato*”. La duración del contrato de obra se estipuló en tres (3) meses “*contados a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución, y **suscripción del acta de inicio***”<sup>6</sup>

En la cláusula novena del contrato de obra mencionado, se estableció que “*El contratante ejercerá vigilancia y Coordinación del Contrato a través de la interventoría contratada por la alcaldía Municipal y la supervisión del mismo a través (sic) de la Secretaría de Planeación municipal, son funciones del interventor: a) Colaborar con el CONTRATISTA para la correcta ejecución del objeto del Contrato. B) Verificar que el CONTRATISTA cumpla las obligaciones previstas en el presente contrato. c) Determinar de acuerdo al estudio previo, objeto,*

---

<sup>6</sup> Ver cláusula sexta



*obligaciones del contratista y demás documentos del contrato, el tiempo en que el CONTRATISTA debe realizar las actividades contratadas. d) En caso de incumplimiento por parte del CONTRATISTA de cualquiera de sus obligaciones contractuales, adelantar los trámites necesarios para la aplicación de las sanciones contractuales a que haya lugar y realizar los trámites para la liquidación del contrato según el caso. e) En los eventos de Adición, Prórroga, Modificación y/o Cesión del contrato, solicitar a la Oficina Jurídica o dependencia encargada el trámite respectivo”.*

Asimismo en el juicio oral, fue allegado el Acta de inicio de obra del contrato de obra pública N° 528/15, donde se indica que *“En el sitio de la obra, GIMNASIO DE BOXEO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUÉ – BOLÍVAR, el día 27 de noviembre de 2015, se reunieron, EDWIN ALVAREZ JIMÉNEZ, (...) en representación de PROYECTOS REGIONALES S.A.S. (...), quién en adelante se denominará el CONTRATISTA, JONNYS MORENO ROMERO, por parte de la INTERVENTORÍA en representación de la firma CORTECNA (...) y ÁLVARO ESCORCIA ARRIETA, por parte del municipio de Magangué, en calidad de Secretario de Planeación, para firmar el ACTA DE INICIO DE OBRA del contrato #528 de 2015. Se deja constancia que el contratista tiene dispuestos en el sitio de la obra herramientas, materiales, equipos y personal de acuerdo a los requerimientos necesarios para acometer el inicio de los trabajos.”.*

Según informe de interventoría del **27 de diciembre de 2015**, se indica que la obra presenta un avance del 14,3%, con valor de total facturado \$63.612.203, costo directo Acta Parcial \$48.932.464, los cuales están representados en limpieza de excrementos de aves en cubiertas y pisos, demolición de muros, mantenimiento de cerchas y



perfiles, suministro de 20 láminas termo acústicas, suministro de 100 metros cuadrados de cielo raso en icopor, suministro de un lavamanos, un sanitario y una ducha.

Se adujo al debate probatorio, memorial presentado por el procesado EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ a la administración municipal de Magangué el día **23 de diciembre de 2015**, a través del cual solicita **una suspensión temporal** del contrato de obra número 528 de 2015, ello teniendo en cuenta *“los aspectos relacionados del informe de revisión de los estudios y diseños realizados de planos suministrados para la ejecución del contrato de la referencia, entregados en el acta parcial #1 donde hay que tomar decisiones respecto a los posibles cambios y/o modificaciones al proyecto. Así como los nuevos ítem’s (sic) que proponemos incluir. Lo cual sabemos que es un procedimiento riguroso para su aprobación. Adicional a lo anterior, pero no menos importante, la experiencia nos indica que dado que el 1° de enero de 2016 comienza un nuevo ciclo en la administración municipal que es una realidad de conocimiento común y general (y que sería necio de parte nuestra no tenerla en cuenta), que los primeros días de gobierno de una nueva administración, son para organizar y revisar todos los procesos actividades y contratos que estén en curso; dado que este contrato es de solo 3 meses, cualquier (...) cuente como período de ejecución es crucial para nuestra empresa. De igual manera debo manifestar a usted que los cambios en los diseños de ítem’s propuestos, necesitan de la aprobación del DNP<sup>7</sup>, puesto que los recursos asignados para la ejecución de la obra corresponden al Fondo Nacional de Regalías, de tal manera que se requiere de un proceso específico para llevar a cabo las solicitudes, en caso de ser avaladas. Además sería conveniente que el nuevo secretario de planeación, que al final de*

---

<sup>7</sup> Departamento Nacional de Planeación



*cuentas es quién va a recibir a satisfacción el objeto del contrato, supervise la obra a realizar. Por todo lo anterior, sugerimos suspender temporalmente el contrato hasta que se realicen los procesos correspondientes*". El procesado JONNYS MORENO ROMERO, en calidad de interventor avaló la solicitud de suspensión temporal de la obra.

La administración Municipal de Magangué, el día 30 de diciembre de 2015, accede a la solicitud de suspensión temporal del contrato de obra. No obstante a ello, el nuevo burgomaestre de Magangué, en memorial dirigido al interventor de fecha **13 de julio de 2016**, le informa que *"Revisado el expediente, y en especial la fotocopia del Acta de suspensión fechada 30 de diciembre de 2015 aportadas por ustedes y suscrita por el Contratista, la Interventoría y el Supervisor del municipio dentro del Contrato N° 528 de 2015 (Licitación Pública N° 005 de 2015), podemos constatar que la mencionada acta no reúne los requisitos o presupuestos necesarios y establecidos en la ley 80 de 1993, en el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) y pronunciamiento del Consejo de Estado para darle validez al acta de suspensión de 30 de diciembre de 2015, en consecuencia el término de ejecución se encuentra vencido"*.

Dentro del debate, se demostró igualmente que con ocasión al contrato de obra pluri mencionado, se realizaron desde la cuenta de origen denominada Proyectos Fondos del Sistema General de Regalías de la Alcaldía de Magangué, dos transferencias electrónicas a favor del contratista el día 16 de diciembre de 2015, una por concepto de anticipo por valor de \$200.468.189.718, y otra por concepto de acta de

---

<sup>8</sup> Ver comprobante de egreso del 12 de diciembre de 2015 a favor de PROYECTOS REGIONALES S.A.S. Concepto: PAGO ANTICIPO DEL 50% DEL CONTRATO DE OBRA NO. 528 DE OCTUBRE/2015 (KICITACIÓN -SIC- PUBLICA NO. 005/2015) CUYO OBJETO "REMODELACIÓN DEL GIMNASIO DE BOXEO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR"



avance parcial por la suma de \$57.306.096.209. El valor del anticipo fue cancelado al contratista a través de la fiducia FIDUBOGOTA S.A., la cual es representada por CAROLINA LOZANO OSTOS, quién a su vez procedió a girar parte de dicha suma a EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ.

Los documentos que dan cuenta del trámite administrativo post contractual, fueron introducidos al juicio oral por intermedio del investigador del CTI, DANIS DANIEL PATERNINA CHAVEZ. Aunado a ello, se aportó un álbum de registro fotográfico realizado el día 7 de mayo de 2016, en donde se advirtió por parte del investigador que en las instalaciones del gimnasio municipal de boxeo de Magangué, no se ha iniciado obra de remodelación alguna y que existía abundante maleza en el sitio, dado el estado de abandono de ese lugar.

Huelga anotar, que la administración municipal inició proceso Administrativo por incumplimiento del contrato de obra N° 528 del 2015, el cual culminó con sanción pecuniaria al contratista. En ese trámite administrativo reglado por la Ley 1474 de 2011, se indicó mediante informe técnico suscrito por el Secretario de Planeación, infraestructura y Desarrollo Económico Municipal con fecha 9 de agosto de 2016, que *“No se aprecian avances de obra hasta la fecha”*.

Realizado el anterior recuento administrativo surgido con ocasión del contrato de obra número 528 de 2015, la Sala procederá entonces a analizar los planteamientos expuestos por los recurrentes.

---

<sup>9</sup> Ver comprobante de egreso del 16 de diciembre de 2015, Concepto: PAGO ACTA PARCIAL NO. 1 DEL CONTRATO DE OBRA NO. 528 DE OCTUBRE/2015 (LICITACIÓN PÚBLICA NO. 005/2015) CUYO OBJETO “REMODELACIÓN DEL GIMNASIO DE BOXEO EN EL MUNICIPIO DE MAGANGUÉ. DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR” – Pago ordenado mediante Resolución N° 2966 de 2015 (diciembre 16).



### **7.2.1. De la impugnación presentada por el apoderado de EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ**

Sostiene el defensor que el señor EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMENEZ no puede ser condenado por el delito de peculado por apropiación, porque no ostenta la calidad de servidor público y tampoco como particular contratista por no desarrollar una función pública. Afirma igualmente, que el contrato que suscribió Álvarez Jiménez con la Alcaldía de Magangué, si bien lo fue para ejecutar una obra pública, la misma era ajena a la funciones propias de la entidad contratante, razón por la cual no le era aplicable el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, para hacerle extensiva la calidad de servidor público, sino que se le debía procesar por el delito de Abuso de Confianza calificado.

Siendo ese el objeto de disenso presentado por el defensor del procesado, la Sala avizora que el mismo se estructura como una violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación o aplicación indebida, por lo que procederá su análisis en ese sentido.

**7.2.1.1.** Como preámbulo al estudio de la censura planteada, se tiene que el delito de peculado por apropiación está compuesto de los siguientes elementos<sup>10</sup>:

- i) Un sujeto activo calificado, al requerir en el autor la calidad de servidor público,*
- ii) El abuso del cargo o de la función para apropiarse o permitir que otro lo haga de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares,*

---

<sup>10</sup> CSJ SP, 12 de diciembre de 2012, radicado 38289, SP, 9 de septiembre de 2015, radicado 12042



*iii) La tenencia o custodia de los bienes por razón o con ocasión de sus funciones.*

En relación con el primer elemento, referente a la cualificación del sujeto activo, se tiene que el art. 123 de la Constitución Política y el art. 20 del Código Penal, define quienes han de ser considerados servidores públicos y en qué casos los particulares desempeñan una función pública de forma permanente o transitoria.

Para los particulares que contratan con el Estado, inescindible resulta acudir a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública-, según el cual para efectos penales, quienes actúan como contratistas, consultores, interventores y asesores, se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

Sin embargo, y pese a la Taxatividad de la norma, no en todos los eventos en que un particular contrate con el Estado, adquiere o se le extiende la condición de servidor público, pues para ese efecto, se debe determinar si por razón del convenio o contrato, se está transfiriendo una función pública, tal como lo planteó la Corte Constitucional en sentencia C-563 de 1998<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> “...el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc”.



En esa misma corriente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en decisión Rad. 19695 del 13 de julio de 2005, ha dicho que:

*“el particular que contrata con la administración pública se compromete a ejecutar una labor o una prestación conforme al objeto del contrato y, en virtud de ese convenio, de conformidad con los artículos 123, inciso 3°, y 210, inciso 2°, de la Carta Política, en armonía con el inciso 2° del artículo 20 del Código Penal de 2000, -63 del estatuto represor anterior- puede ejercer funciones públicas temporalmente o en forma permanente, siendo la naturaleza de esa función la que permite determinar si puede por extensión asimilarse a un servidor público para efectos penales; ejemplo de tales eventualidades son las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos” (se subrayó).*

*En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas adquiridas a través del vínculo contractual público, éste adquiere automáticamente la investidura de servidor público y por lo mismo, asume las consecuencias que ella conlleva en los aspectos civiles, penales y disciplinarios. Por su parte, cuando la naturaleza del contrato no conlleva el transferimiento de una función pública al contratista, el mismo continúa manteniendo la calidad de particular.”*

El anterior criterio jurisprudencial no ha emergido de forma aislada en el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, pues en decisión del 9 de septiembre de 2015, Rad. 45898, reiterada en Rad. 55033 del 27 de agosto de 2019, se indicó que:

*“ (...) de tiempo atrás la Corte Constitucional<sup>12</sup> y esta Corporación han sido del criterio que aquellos solo adquieren tal calidad cuando en razón del contrato celebrado con el Estado se les trasfiere una función pública, como ocurre, verbi gratia, en los casos en que asumen el carácter de concesionarios, o administradores delegados o se les encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.”.*

---

<sup>12</sup> CC C-563 563 de 1998.



En la última decisión citada, se sostuvo que si al particular que celebra un contrato con el Estado, se le entrega el manejo, administración, disposición o custodia de bienes públicos, asume una función de igual naturaleza y responde penalmente por su indebido ejercicio en las mismas condiciones de un servidor público. Ello, en palabras de la Corte Constitucional<sup>13</sup> *para garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan cabalmente, “la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público”*.

Centrando la atención en el presente caso, se tiene que los hechos por los que se le investigó y acusó a EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ, tienen su génesis en el contrato de obra que él, como representante de la sociedad Proyectos Regionales S.A.S. celebró con el Municipio de Magangué el día 23 de octubre de 2015, el cual tuvo por objeto realizar la remodelación del gimnasio de boxeo de aquella municipalidad. El valor del contrato fue pactado en cuatrocientos cuarenta y cinco millones nueve mil doscientos noventa y tres pesos con cuarenta y tres centavos (\$445.009.293.43). De ese total, le fue girado al contratista a título de anticipo a través de la Fiducia FIDUBOGOTÁ S.A., el valor de \$200.468.189.71, y transferido directamente a la cuenta de la sociedad contratista, la suma de \$57.306.096.20 por concepto de acta de avance parcial de obra. Ambos rubros fueron entregados vía transferencia electrónica el día 16 de diciembre de 2015.

---

<sup>13</sup> Ibídem



El Municipio de Magangué, entidad contratante, es un ente público, descentralizado, con personería jurídica y autonomía administrativa<sup>14</sup>, la cual de acuerdo al artículo 311 superior, le corresponde “*prestar los servicios públicos que determine la ley, **construir las obras que demanden el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asigne la constitución y las leyes***”. Su patrimonio es autónomo y está constituido, entre otros bienes, por aquellos que le transfiere la Nación, el departamento y los que provienen de los tributos propios, los cuales tienen una destinación específica (ver Ley 136 de 1994).

El convenio celebrado entre Proyectos Regionales S.A.S. y la Alcaldía Municipal de Magangué, es un contrato de obra que tiene por objeto o finalidad realizar las remodelaciones al gimnasio de boxeo de esa municipalidad.

Entre las funciones asignadas constitucionalmente a los municipios, está la de construir las obras que demanden el progreso local, lo cual de forma innegable insta a advertir que esas obras deben ser de utilidad pública relacionada con el servicio público que le corresponde prestar, siendo la educación, de conformidad con el artículo 67 de la carta magna, un servicio público que tiene una función social.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido en la educación una doble condición, la de derecho y la de servicio público que busca garantizar el acceso de los ciudadanos al conocimiento, a la ciencia y a

---

<sup>14</sup> art. 286 y 287 de la Constitución Política



los demás bienes y valores culturales. En cuanto a servicio público, la educación exige del Estado unas actuaciones concretas, relacionadas con la garantía de su prestación eficiente y continua a todos los habitantes del territorio nacional, en cumplimiento de los principios de universalidad, solidaridad y redistribución de los recursos en la población económicamente vulnerable<sup>15</sup>.

En ese orden, aunque el objeto del contrato celebrado consistía en una remodelación de un escenario deportivo, lo que se traduce en la ejecución de una obra material, Edwin Marcelo Álvarez Jiménez, al ser el contratista designado para ejecutar tal cometido, asumió transitoriamente una función de naturaleza pública que incide de forma inexorable en la determinación de su responsabilidad en el campo penal, puesto que, el ejercicio de esa función le confirió la calidad de servidor público y por esa vía puede exhibir el elemento del sujeto activo cualificado que requiere el tipo penal por el cual fue acusado.

Huelga resaltar en este punto, que de acuerdo con el estudio previo que dio origen a la contratación de la obra pública en comento, se resaltó por parte de la administración municipal de Magangué que en el plan de desarrollo 2012-2015 “El Verdadero Cambio”, el cual fue adoptado mediante el Decreto Municipal N° 0227 del 2012, se dijo que uno de los factores que dificulta el nivel del servicio educativo de ese municipio, es el mal estado de la infraestructura y la escasa dotación que tienen la mayor parte de las sedes de las Instituciones educativas y deportivas oficiales, por lo que era necesario adecuar los escenarios deportivos para que estos presten así un servicio óptimo a la comunidad, siendo entonces, perfectamente predicable que el contrato

---

<sup>15</sup> CC T-743 de 2013



de obra confiado a Edwin Marcelo Álvarez Jiménez, llevaba intrínseca la transferencia de una función pública y por ende se le atribuía la calidad de servidor público.

En similar sentido, no ofrece discusión alguna la naturaleza de los dineros entregados para la remodelación del escenario deportivo, pues el ente contratante es de naturaleza pública, quien en uso de los dineros destinados por el Sistema General de Regalías, le entregó en cumplimiento de lo convenido, esos recursos públicos a EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ, para que fueran invertido dentro del plazo estipulado en la obra de infraestructura acordada, ello en pro de una mejor prestación del servicio público educativo en el municipio de Magangué.

A Álvarez Jiménez, la entidad contratante mediante transferencia electrónica, le entregó a través de la Fiducia constituida el valor del 50% del contrato a título de anticipo, cifra que corresponde al monto de \$200.468.189.71; y le pagó directamente por concepto de acta de avance parcial de obra el valor de \$57.306.096.20. Demostrado se encuentra que ambos pagos se realizaron el día 16 de diciembre de 2015.

En relación con el pago del anticipo, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece:

*“En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato”.*



El Consejo de Estado, Sección Tercera, ha expresado sobre la naturaleza y entrega condicionada del anticipo lo siguiente<sup>16</sup>:

*“los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro”.*

*En estas condiciones, si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, cuando aún el contratista no ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo y la fecha de ese pago marca la pauta para el cómputo del término del contrato, el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de préstamo. Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato”.*

Ahora, al tratarse de un contrato de obra pública de valor superior a la menor cuantía, la Ley 1474 de 2011 –Estatuto Anticorrupción–, señala que los recursos de anticipos deben manejarse a través de fiducia o patrimonio autónomo irrevocable, lo cual no hace, tal como lo pretende hacer ver el recurrente, que los dineros muten su calidad de público, pues estos no cambian su naturaleza jurídica por el simple hecho de esa entrega, por cuanto la fiduciaria los recibe como un aporte de su fideicomitente, es decir, del contratista, y continúan con la

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 22 de junio de 2001, radicado 44001-23-31-000-1996-0686-01 (13436), Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque.



misma finalidad para la que fueron entregados, ya que su ejecución se hace de acuerdo a lo establecido en el respectivo contrato estatal.

En efecto, y una vez revisada la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, tal como se acotó, los dineros que se entregan al contratista, bajo la condición de anticipo, lo son a título de mera tenencia, por tanto no pierden su calidad de recursos públicos, puesto no entran al patrimonio del contratista. Veamos, al respecto:

“ANTICIPO - Actualización, no procede. Dineros se entregaron en mera tenencia al contratista En cuanto a la actualización del anticipo y el lucro cesante derivado de él, el dictamen olvida que los dineros de ese rubro se le entregaron en mera tenencia al contratista y por ende seguían siendo recursos públicos y por consiguiente si se deprecian, valorizan o fructifican, esa disminución o esos incrementos son para su dueño, que en todo caso no era el contratista.” (Sentencia del 20 de octubre de 2014, radicado número: 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809) M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa)”

Con fundamento en la anterior cita jurisprudencial, no cabe duda para la Sala que los dineros dados en calidad de anticipo al contratista a través de FIDUBOGOTA, no pasaron a ser propiedad de esa entidad fiduciaria, por cuanto la función que ella cumplió dentro del trámite legal previsto, no hizo que mutara la naturaleza de esos dineros, sino que su función la ejerció a título de mera tenencia, con la finalidad de garantizar que dichos recursos se aplicaran exclusivamente a la ejecución del contrato.

En ese orden, las sumas entregadas por concepto de anticipo son recursos públicos que pertenecen a la entidad contratante y no pasan al haber patrimonial del contratista, toda vez que es entregado bajo la condición de destinarlos específicamente a la ejecución de la obra, lo



que le impone la obligación de cumplir con una correcta administración y manejo de esos dineros públicos.

Ese contacto directo del contratista con los dineros públicos, cuyo manejo se le encomienda por razón del contrato de obra, coloca de inmediato a ese particular en la posición de cuidar, resguardar e invertir esos caudales en los fines oficiales anejos al contrato estatal, función que correlativamente demanda una protección más amplia y eficaz del bien jurídico tutelado mediante imposición de pena mayor y restricción de subrogados al agente que transitoriamente facultado de funciones públicas, atenta contra los fondos públicos destinados taxativamente al desarrollo social o al cubrimiento de necesidades dirigidas a la realización del interés general<sup>17</sup>.

En ese hilo conductor, se tiene que el dinero que recibió el señor EDWIN ÁLVAREZ JIMÉNEZ a título de anticipo por razón del contrato celebrado con la Alcaldía Municipal de Magangué Bolívar, eran dineros públicos que debían ser destinados para la ejecución de la obra, bajo un régimen de buen uso y manejo, ya que radica en cabeza de él los mismos deberes que le asisten a la administración pública en cumplimiento a los fines propios del Estado. Ese deber, se itera, surge de la especial naturaleza y propiedad de los dineros que se entregan al contratista por concepto de anticipo, los cuales siguen perteneciendo a la entidad contratante mientras el contratista no los amortice totalmente<sup>18</sup>. La condición de dineros públicos de los anticipos es la razón que los diferencia con otras sumas pagadas al contratista, las cuales incluyen su beneficio económico, sin que para ello exista sujeción legal.

---

<sup>17</sup> CSP SP, RAD. 55033

<sup>18</sup> Sección Tercera del Consejo de Estado, 5 de julio de 2006, Expediente: 24.812, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



En consecuencia de lo anterior, demostrado se encuentra que el rol que asumió el señor EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ, en calidad de representante de la Sociedad de Proyectos Regionales S.A.S., al administrar recursos destinados por la alcaldía municipal de Magangué para la ejecución de la obra pública por concepto de anticipo, se traducían en su correlativo deber de destinar e invertir esa suma a la concreción del contrato de obra que le fue encomendado para garantizar así la prestación del servicio público, motivo por el cual, su actuar como contratista no se refleja como la de un simple refractario particular que persigue un interés económico, sino como un servidor público que debía garantizar la buena destinación de los dineros a él encomendados para el cumplimiento del servicio público educativo del municipio de Magangué.

No sobra precisar además, que Edwin Marcelo Álvarez Jiménez, solicitó a la Alcaldía Municipal de Magangué el día 15 de diciembre de 2015, el giro por concepto de anticipo a la cuenta de Fiducia FIDUBOGOTA S.A., el cual al materializarse el 16 de diciembre de aquella anualidad, le confirió a él la administración y el manejo de un bien público para avanzar en la remodelación del gimnasio de boxeo, no ostentando aquél, la libertad de disposición sobre ese rubro, sino que debía invertiros en la ejecución del contrato, previa solicitud a la entidad que garantizaba su cumplimiento, esto es, FIDUBOGOTA S.A.

Por lo anterior, se puede concluir que EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ, con pleno conocimiento sobre la naturaleza del dinero recibido y su destinación específica, y consciente del deber que le asistía de darle buen manejo, optó por abandonar la tarea que se le había encomendado y apropiarse de parte del anticipo y del pago del acta parcial de la obra.



En ese orden de ideas, la decisión de declarar responsable a EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ, a título de autor del delito previsto en el artículo 397 del Código Penal, fue ajustada a derecho, en tanto, de acuerdo con lo expuesto, a él se le encomendó el manejo de unos recursos públicos, función propia del poder público que asumió cuando se le encargó la administración de esos bienes.

Aquí el procesado EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ al fungir como contratista con el ente oficial para realizar la obra de restauración de remodelación del gimnasio de boxeo, asumió transitoria y excepcionalmente funciones públicas por cuanto por virtud del contrato le fue encomendado el manejo de bienes públicos, como lo son los dineros del anticipo, cuyo siguiente apoderamiento lo realizó con evidente abuso de la finalidad pública encargada, toda vez que estos debía destinarlos para amortizar la ejecución de la obra, por lo que al optar por apropiárselos denotó abuso de la función pública transitoriamente asumida y con ello, incurrió en el delito de peculado.

Solamente por su condición de contratista de la obra pública, fue por lo que la entidad contratante le encomendó la administración de los dineros públicos del anticipo, de modo que al haberlos malversado y no destinarlos al objeto contratado fue infiel con su función contractual de administrar tales dineros públicos, pues con la apropiación de los mismos se desconoció el cometido estatal de preservar el patrimonio público.

En el mismo sentido, se tiene que el hecho de proponerse por el señor EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ la suspensión de la obra pública, una vez fue girado el valor anticipo del 50%, y sabiendo que se



suscribió acta de inicio de obra el día 27 de noviembre de 2015, demuestra que el procesado ostentaba un ánimo protervo orientado a no ejecutar la labor contratada, y sí disponer a su favor de los dineros o los rubros que fueron confiados por la administración para ello. Es que si bien, la solicitud de suspensión no dependía de la voluntad del contratista, sino de la administración municipal, él como administrador del patrimonio público, antes de proceder a disponer como propios de los dineros dados en calidad de anticipo, debió informar a la administración que una vez analizada la infraestructura del gimnasio de boxeo de Magangué, observó que se podían mejorar las condiciones del contrato de remodelación y no proceder *ipso facto*, a proponer la suspensión del contrato a sabiendas que se adelantaba un proceso de empalme entre dos administraciones.

La anterior sindéresis no emerge de forma aislada, pues si se observa el trasegar procesal administrativo que surge de la celebración del contrato, se tiene que: (i) El **23 de octubre de 2015** se celebró el contrato de obra entre la administración municipal de Magangué con la sociedad de Proyectos Regionales S.A.S. representada por el señor EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ; (ii) Se levantó Acta de inicio de obra el día **27 de noviembre de 2015**; (iii) El **15 de diciembre de 2015**, se solicitó por el contratista el giro por valor del anticipo a la fiducia Mercantil FIDUBOGOTÁ S.A.; (iv) El **16 de diciembre de 2015**, la administración realiza transferencia electrónica al contratista a través de FIDUBOGOTÁ S.A. por concepto de Anticipo y pagó el acta de avance parcial de obra directamente al contratista; (v) El **23 de diciembre de 2015**, se solicita la suspensión del contrato por parte del contratista a la administración municipal. El interventor avala la solicitud, mediante memorial de fecha 24 de diciembre de la misma anualidad; (vi) El **27 de diciembre de 2015**, se presenta informe de



interventoría de avance de obra; y (vii) **30 de diciembre de 2015**, la administración saliente del municipio de Magangué, de forma consensuada con el contratista y el interventor acceden a la solicitud de suspensión.

Del anterior recuento, para la Sala no emerge discusión alguna sobre la estructuración de una estratagema cuya finalidad era desangrar las arcas municipales, pues las pruebas arribadas a la actuación demuestran que las obras no se iniciaron y que el dinero que fue dejado a disposición del contratista por concepto de anticipo no fue destinado para su objetivo. En efecto, no debió cancelarse un acta de avance parcial, pues nunca se desplegaron las actividades o labores que denotaran la ejecución del contrato, de ello da cuenta la declaración rendida por el investigador del CTI que realizó inspección en el lugar donde debía ejecutarse la obra, encontrando la edificación completamente abandonada y cubierta de maleza, sin exhibir ningún progreso que diera cuenta de la ejecución del contrato N° 528 de 2015.

Es que no solo la inspección a lugares da cuenta de la indebida apropiación de los dineros públicos por el incumplimiento contractual, sino que además, se debe indicar que por ese incumplimiento se adelantó por parte de la Administración Municipal de Magangué presidida por el Alcalde Pedro Alí Alí, un proceso administrativo contra el contratista, Proyectos Regionales S.A.S., el cual culminó con una sanción pecuniaria.

En este norte, es meritorio, tal como se planteó en la sentencia recurrida, la existencia de un dolo en la ejecución de la conducta por parte del procesado Álvarez Jiménez, pues él, teniendo a su custodia el valor del anticipo de la ejecución del contrato, optó por apropiarse de



dichos dineros y no destinarlos al cumplimiento de la finalidad específica que ellos tenían. Amén de acreditarse que, pese a girarse el pago de un acta de avance parcial, nunca se demostró la compra de materiales o el adelanto de alguna labor que diera cuenta del inicio de la ejecución del contrato, ya que el registro fotográfico aportado por la fiscalía demuestra que no se cristalizó inversión alguna en la infraestructura del gimnasio.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se demuestra que la funcionaria judicial de primera instancia no incurrió en violación directa de la ley sustancial, al condenar a EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ por el delito de peculado por apropiación agravado tipificado en el inciso 2° del artículo 397 del Código Penal.

Por lo anterior, el cargo propuesto por el defensor del señor EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ no prospera.

**7.2.1.2.** La Sala, con la finalidad de determinar el monto de lo apropiado, advierte que una vez analizada la prueba que reposa en la actuación, extractos bancarios de PROYECTOS REGIONALES S.A.S., MUN MAGANGUÉ PROYECTOS FONDOS SGR Y FIDUBOGOTÁ S.A.-FIC FIDUGOB, avizora que en el mes de diciembre de 2015, la cuenta corriente N° 414252148 del Banco de Bogotá a nombre de **MUN MAGANGUÉ PROYECTOS FONDOS SGR** registró dos anotaciones de movimientos electrónicos bajo la denominación de “*Cargo Dispersión pago de proveedores/otros*” por los valores de **\$57.306.096.20 y \$200.468.189.71.**

Asimismo, se observa que en la cuenta de ahorros N° 000219337 cuyo titular es **FIDUBOGOTÁ S.A.-FIC FIDUGOB**, registró un ingreso



en el mes de diciembre, denominado “*Abono dispersión pago a proveedores – otros municipio de Magangué*” por valor de **\$200.468.189.71**.

Hasta este punto, fulge nítido sostener que el rubro por concepto de anticipo, fue efectivamente consignado desde las cuentas municipales hasta la fiducia constituida de conformidad con el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. No obstante a ello, al analizarse detalladamente los extractos bancarios de la sociedad **PROYECTOS REGIONALES S.A.S.**, tipo de cuenta comercial N° 414224949, se observa que el día 16 de diciembre de 2015 se registró un ingreso por el valor de **\$57.306.096.20**, esto es, por concepto de pago de acta parcial de la obra, y que el día 30 de diciembre se registra un ingreso de movimiento denominado “*Abono dispersión pago a proveedores – Otros De Fiduciaria Bogotá S.A.*” por el valor de **\$142.000.000**.

El anterior panorama de movimientos financieros, permite a la Sala concluir que contrario a lo aseverado en la sentencia de primera instancia y lo manifestado por la fiscalía, dentro del *sub lite* únicamente se demostró la apropiación de las sumas del pago de acta de avance parcial por **\$57.306.096.20** y por concepto de anticipo del valor de **\$142.000.000.**, ello es así, porque el restante valor del anticipo, no ha sido girado por la fiducia a la cuenta del contratista. Por tanto, EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMENÉZ no tiene poder de disposición sobre aquél rubro.

Recuérdese que la función que cumple la fiducia FIDUBOGOTA S.A., es la de administrar los recursos por concepto de anticipo para una correcta y adecuada inversión de estos, y como garantía de reintegro de la entidad estatal cuando se declara la caducidad,



incumplimiento o terminación del contrato o cuando se presenta la figura de la nulidad. En tal medida, para que la fiducia haga efectivo los pagos ordenados por el fideicomitente (contratista), estos deben estar aprobados por el interventor y/o supervisor del contrato estatal, exclusivamente con base en lo establecido en el plan de inversión del anticipo, o con ocasión a algún reembolso que deba hacer cuando el contratista haya asumido directamente la compra o suministro de bienes y servicios previstos en el plan de utilización o de inversión del anticipo.

De tal forma, para la Sala, si bien están acreditados los egresos de las arcas municipales por concepto de anticipo y pago de acta parcial, lo cierto es que no toda esa suma liquida de dinero, fue directamente a las cuentas del contratista, pues la fiducia aún, en ejercicio del deber que le impone la ley, tiene una fracción del anticipo que fue girado por la administración municipal, por lo que el contratista únicamente responde por aquellos que sí ingresaron a su órbita de custodia, es decir, los valores de \$142.000.000 y \$57.306.096.20 (valor total: **\$199.306.096,20**), los cuales debieron haber sido invertidos en la ejecución del contrato.

Ahora, si bien se observa que en el extracto de la cuenta de Proyectos Regionales S.A.S. del mes de abril de 2016 se reporta un ingreso por concepto de “*Abono dispersión pago a proveedores – Otros de Fiducia Bogotá S.A.*” por el valor de \$45.000.000, ello no puede tenerse como cifra dentro de lo apropiado por el acusado Álvarez Jiménez, por cuanto la fiscalía en la situación fáctica endilgada, no se refirió a dicho monto como si fuera parte del anticipo del contrato N° 528 de 2015, y mucho menos existe para la Sala la certeza que permita



establecer si ese valor corresponde a un pago que emergió dentro del contrato de obra celebrado por el Municipio de Magangué.

De igual forma, no se pierde de vista que del extracto bancario de FIDUBOGOTA, concerniente al día 18 de diciembre de 2015, se realizó un *“Abono de dispersión pago a proveedores – Otros De Fiduciaria Bogotá S.A.”* por el valor de \$211.798.983, cifra está que la Sala no puede tener como transferencia por concepto de anticipo al contratista, toda vez que dicho pago sobrepasa ostensiblemente el valor real que fue consignado por el municipio por ese concepto, sumado a que no se registra en los extractos de la cuenta de Proyectos Regionales S.A.S. ingreso por ese valor. Lo mismo ocurre con el movimiento del 28 de diciembre de 2015 por el valor de \$6.005.516.443 y los otros abonos por valores de \$13.705.966.70, \$461.546.657, \$5.772.929.493,44 (10/02/16).

Bajo ese criterio lógico financiero, para la Sala emerge de forma irrefutable la convicción de que solo ingresó a la órbita del contratista, EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ, aquellos dineros que se reflejan en sus ingresos de los extractos bancarios, los cuales son el pago de acta de avance parcial de la obra y el pago del anticipo, pero éste último por el concepto de \$142.000.000, pues el restante ésta en custodia, de FIDUBOGOTA S.A. como garantía impuesta por la ley

–art. 91 de la ley

1474/11-.

En conclusión, si bien, los hechos objeto de acusación contemplan como base de apropiación delictuosa, la totalidad del dinero entregado como anticipo y el pago de acta parcial de obra ejecutada, lo cierto es que de la dinámica misma de la actuación específica que se registra del acusado, como Administrador de dineros estatales, se puede tener solo como demostrada, en cuanto al objeto de sustracción ilegal, no



solo la cantidad referida como acta de avance parcial de la obra, sino aquel emolumento por concepto de anticipo, pero únicamente a lo tocante al valor girado por la Fiduciaria por concepto de \$142.000.000., ascendiendo entonces, la suma apropiada en la cuantía de **CIENTO NOVENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS SEIS MIL NOVENTA Y SEIS PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$199.306.096,20).**

#### **7.2.2. De la impugnación presentada por la defensora de JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO**

La defensora centra su inconformidad con la sentencia de primera instancia, considerando que existió una errónea apreciación de las pruebas, ya que la fiscalía no logró acreditar que su apadrinado, en su condición de interventor del contrato de obra, cumpliera con una función pública, pues nunca fue allegado el contrato de interventoría a la actuación.

Plantea igualmente, que el señor Moreno Romero no debe responder a título de coautor, sino como interviniente, pues el hecho de haber firmado un documento en el que manifestaba que había unos materiales para la obra, es indicativo del grado de participación que ejerció.

Reseñado los planteamientos propuestos por la defensora del señor JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO, la Sala de entrada advierte que los mismos no tienen vocación de prosperidad, por las razones que se expondrán a continuación.



**7.2.2.1.** Primeramente, se tiene que el sistema penal acusatorio regido por la ley 906 de 2004, dotó a las partes de la facultad de probar ante el juez de conocimiento, los hechos y circunstancias por cualquiera de los medios establecidos en código de procedimiento penal, o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos (art. 373 *ídem*). De tal forma que, el hecho de requerirse el contrato de interventoría como elemento inescindible para demostrar de la calidad de servidor público del señor Moreno Romero, no va acorde con el principio de libertad probatoria descrito.

En ese orden, analizado el debate probatorio, se aprecia que los elementos documentales allegados, dan cuenta de la actuación del señor JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO en calidad de interventor del contrato de obra N° 528 de 2015, en donde él, ostentando tal calidad, participó en toda la fase de ejecución del contrato, firmando entre otros, el acta de inició de obra, los presupuestos de la obra, el informe de interventoría, las actas del trámite de incumplimiento contractual adelantado ante la Oficina Jurídica de la Alcaldía Municipal de Magangué, la resolución que ordenó la suspensión de la obra, e incluso avalando la solicitud de suspensión del contrato que presentó el contratista. Razón por la cual, no hay asomo de duda sobre la calidad de servidor público que representaba el señor MORENO ROMERO como interventor del contrato de obra que tenía por objeto la remodelación del gimnasio de boxeo de Magangué, el cual como quedó acotado en líneas anteriores, permitió la atribución de una función pública de forma transitoria a un particular.

Sostenido lo anterior, es fácilmente deducible, que la fiscalía en este caso demostró la calidad de sujeto activo cualificado del señor



JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO, como interventor dentro del contrato de obra.

**7.2.2.2.** Ahora, en cuanto al grado de participación del señor MORENO ROMERO dentro del delito de peculado por apropiación, se tiene en lo fundamental, que la fiscalía reprochó el no haber ejercido las labores de supervisión para la adecuada ejecución del objeto contractual, y permitir, pese al incumplimiento del contratista, la apropiación de los recursos destinados para el cumplimiento del contrato.

Antes de proceder al análisis del grado de responsabilidad que se le atribuye a Jonnys Moreno, resulta primordial recordar que de acuerdo al contrato incumplido, eran funciones del interventor entre otras, las de *“Verificar que el CONTRATISTA cumpla las obligaciones previstas en el presente contrato. (...); En caso de incumplimiento por parte del CONTRATISTA de cualquiera de sus obligaciones contractuales, adelantar los trámites necesarios para la aplicación de las sanciones contractuales a que haya lugar y realizar los trámites para la liquidación del contrato según el caso”*.

La determinación del incumplimiento contractual por el contratista, resulta relevante para establecer, por una parte, si Moreno Romero desatendió con su actuación, la vigilancia administrativa que debía ejercer en cumplimiento de sus funciones, y por otra, determinar si dicha omisión fue trascendental para constituir un aporte a la ejecución de la conducta punible reprochada.

Para la Sala, la omisión de vigilancia y la actuación desplegada por el interventor de la obra se ajusta a la figura de la coautoría, en



donde la responsabilidad penal individual se establece a partir de la presencia de un requisito de carácter subjetivo, relacionado con la decisión conjunta de realizar la conducta punible; y, otro de carácter objetivo, atinente al co-dominio del hecho, de tal manera que todos los intervinientes dominen los acontecimientos, y, además, que su aportación se produzca en la fase ejecutiva<sup>19</sup>.

Respecto del concurso de personas en la comisión delictiva, se ha recalcado que existen diferencias entre la coautoría material propia y la impropia. La primera ocurre cuando varios sujetos, acordados de manera previa o concomitante, realizan el verbo rector definido por el legislador, mientras que la segunda, la impropia, llamada coautoría funcional, precisa también de dicho acuerdo, pero hay división del trabajo, identidad en el delito que será cometido y sujeción al plan establecido, modalidad prevista en el artículo 29-2 del Código Penal, al disponer que son coautores quienes, *“mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”*; la cual se puede deducir, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal<sup>20</sup>, de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de realizar un delito.

Recuérdese que en una actuación mancomunada a título de coautoría, la acción se analiza en contexto de tal forma que se verifique que quienes intervienen den muestras de un acuerdo expreso o tácito, previo o concomitante sin que ello implique que cada elemento del tipo sea ejecutado por cada uno de ellos, sino que basta que aporten, durante la fase de ejecución, uno o varios de los elementos relevantes para lograr el propósito común. El ámbito de la acción así dominado, conlleva a que el hecho es de todos y pertenece a todos, pues todos

---

<sup>19</sup> CSJ SP, Rad. 46900

<sup>20</sup> Cfr. CSJ, SP, 22 de enero de 2014. Rad. 38725



aceptan implícitamente lo que cada uno hará de cara al delito que se actualiza.

En el asunto que concita la atención de la Sala, son diversas y suficientes las circunstancias modales que denotan la existencia de una serie de datos convergentes y concordantes de los que se desprende la intervención en calidad de coautor del señor Jonnys Enrique Moreno Romero, en el sentido de haber actuado de consuno en el cometido criminal.

En tal medida, el procesado Moreno Romero, al ejercer su calidad de interventor, fue la persona que con su acción, en primera medida, permitió que los dineros por concepto de pago de acta de avance parcial de la obra fueran consignados a favor del contratista, pues él, al estar obligado a realizar seguimiento técnico sobre el cumplimiento del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, debió advertir que el contratista no había iniciado con la ejecución de las obras, mucho menos había comprado los materiales que requería para la inversión de la remodelación del gimnasio de boxeo, ya que al suscribir el acta de inicio de la obra, dio fe de que en la edificación a remodelar se encontraban *“herramientas, materiales, equipos y personal (...) para acometer el inicio de los trabajos”*, siendo ello una afirmación falaz que repercutió en la cancelación de los valores por concepto de acta de ejecución parcial.

Y es que no solo la acción denotada anteriormente se constituye en un dato que converge hacia la adecuación de la intervención del señor Moreno Romero como coautor de la conducta de peculado por apropiación, sino que además, él siendo consciente de la no ejecución del contrato, avaló una solicitud de suspensión contractual presentada



por Edwin Álvarez, la cual, a voces del burgomaestre Pedro Alí Alí, era ilegal, siendo su deber oponerse a dicha solicitud o en su defecto, presentar un argumento lo suficientemente fundado, tanto jurídica como fácticamente, que hubiese permitido bajo un criterio razonable justipreciar la suspensión como una causal de fuerza mayor o caso fortuito.

Dentro de la actuación exteriorizada por el señor Moreno Romero, inaceptable resulta ser que él, luego de avalar la solicitud de suspensión de la obra el día **24 de diciembre de 2015**, presente informe de interventoría el **27 de diciembre de la misma anualidad**, en donde comunica que existen avances parciales de la obra, ello como artimaña para dejar constancia de una ejecución parcial que nunca se materializó y que a la postre, ya había sido cancelada por la administración el día 16 de diciembre de aquella calenda.

Por los acontecimientos fácticos planteados, queda suficientemente definido que no solo el señor Álvarez Jiménez cometió en la conducta de peculado por apropiación, sino que de la actuación o el aporte realizado por Jonnys Moreno Romero, es indicativo de que dominó parte de la acción y ofreció su aporte en la fase ejecutiva, siendo trascendental su acción, pues a través de las maniobras administrativas que desplegó logró conseguir que las sumas de dinero por concepto de acta parcial de la obra y el 50% del anticipo, saliera de la órbita de custodia de la administración municipal y se pudiera a disposición del contratista.

Se recordará además, que el señor Moreno Romero, tenía la potestad de solicitarle al contratista los informes y explicaciones necesarias sobre el desarrollo de la ejecución contractual, siendo de su



responsabilidad “mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.<sup>21</sup>”, labor ésta que omitió, ello de consuno con Edwin Marcelo Álvarez Jiménez.

Lo anterior para significar que los procesados actuaron de forma coordinada hacia su objetivo y con pleno dominio funcional de los hechos que hoy son materia de juzgamiento.

Es importante precisar que en materia de coautoría rige el principio de imputación recíproca, de acuerdo con el cual a cada uno de los partícipes se les imputa la totalidad del hecho con independencia de la concreta aportación que haya prestado para la consecución del fin lesivo, siempre y cuando aquella responda al principio de esencialidad en un plan común, lo que atiende a la idea de que realizan un hecho propio, siendo de igual relevancia para el resultado las acciones, en este caso, la omisión desplegada en no informar sobre el incumplimiento del contrato de obra N° 528 de 2015 y certificar el adelantamiento de trabajos, aportación ésta, que denota el conocimiento del señor Jonnys Moreno Romero de los hechos, su dominio funcional de los acontecimientos y su aporte esencial en la consecución del resultado lesivo.

Así las cosas, quedó establecido que, no obstante que el señor Moreno Romero no fue quién administraba los recursos públicos originados por el contrato de obra, si prestó una contribución esencial

---

<sup>21</sup> Artículo 84 de la Ley 1474 de 2011



para llevar a cabo la actuación conjunta, con la que de manera objetiva determinaron el curso de lo acaecido.

Llegado éste momento, es oportuno decir que, para la Sala, no se echan de menos ninguno de los elementos que configuran la coautoría, es decir, está probado que existió un acuerdo tácito entre el contratista y el interventor para lograr la consumación del peculado; existe identificación en cuanto al punible que querían cometer; y el dolo, específicamente en el encartado interventor se aprecia en las gestiones administrativas que realizó para procurar la materialidad del cobro de ese dinero, y la omisión en el cumplimiento de sus deberes funcionales, las cuales tuvieron trascendencia en el resultado final. Además es patente, que cada uno acordó las gestiones que iba a realizar, desde la presentación misma del informe de acta parcial y el respaldo a la solicitud de suspensión del contrato, por lo que se configura la coautoría.

Por todo lo enunciado anteriormente, el recurso impetrado por la apoderada defensora de JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO, no tiene vocación de prosperar.

### **7.3. Adecuación de la pena de multa**

Una vez acreditado que el monto de lo apropiado se determinó en la suma de **CIENTO NOVENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS SEIS MIL NOVENTA Y SEIS PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$199.306.096,20)**, le corresponde a la Sala, en honra al principio de legalidad de la pena, modificar parcialmente el fallo de primera instancia, toda vez que si bien, el *quantúm* de lo apropiado supera el valor de doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes para



la época en que ocurrió la conducta<sup>22</sup>, lo que implica que se mantiene la pena de prisión por el punible de peculado por apropiación agravado, consagrado en el inciso 2° del artículo 397 del C.P., la pena de multa se modifica y se impone por el valor de lo apropiado, toda vez que dicha cifra referenciada no supera los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

#### **7.4. Otras determinaciones**

Comoquiera que se ha indicado por parte del burgomaestre Pedro Alí Alí, que las razones expuestas en la Resolución que decretó la Suspensión del Contrato de Obra N° 528 de 2015, fueron alejadas de las normas administrativas pertinentes, y atendiendo que no se demostró por parte del Contratista, Edwin Marcelo Álvarez Jiménez, la ejecución del contrato, por lo que no se le podía cancelar valor alguno por concepto de Acta parcial, la Sala dispondrá la compulsas de copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, seccional Magangué, para que si lo consideran pertinente, se adelanten las indagaciones contra MARCELO TORRES BENAVIDES, en calidad de Alcalde, y, ÁLVARO ESCORCIA ARRIETA, en calidad de Supervisor del Contrato y Secretario de Planeación del Municipio de Magangué, por las irregulares aquí advertidas.

**7.3.** En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

---

<sup>22</sup> Salario mínimo del 2015 \$644.350 x 200 = \$128.870.000



## 8. RESUELVE.

**PRIMERO. MODIFICAR PARCIALMENTE** la decisión apelada, contenida en la sentencia emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Magangué (Bolívar), por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, y en su lugar **IMPONER** a EDWIN MARCELO ÁLVAREZ JIMÉNEZ Y JONNYS ENRIQUE MORENO ROMERO, pena de multa equivalente al valor de lo apropiado que corresponde a la suma de **CIENTO NOVENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS SEIS MIL NOVENTA Y SEIS PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$199.306.096,20)**.

**SEGUNDO. CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de primera instancia emitida el 2 de marzo de 2020 por Penal del Circuito de Magangué (Bolívar), por lo considerado en la parte motiva de este proveído.

**TERCERO. COMPULSAR COPIAS** con destino a la a una Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Magangué (Bolívar) para que se investiguen las circunstancias acotadas en el ítem 7.4. de ésta decisión.

**CUARTO. REMITIR** a través del trámite de rigor, la presente actuación a su Juzgado de origen, una vez quede ejecutoriada ésta decisión.

**QUINTO. REGISTRAR** por intermedio de la Secretaría de la Sala Penal de este Tribunal lo resuelto en la presente providencia en el sistema Justicia XXI.



**SEXTO.** Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación, conforme a lo establecido en los artículos 180 y siguientes de la ley 906 de 2004.

**CÓPIESE Y CÚMPLASE.**

  
**JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL**  
**JOSÉ DE JESUS CUMPLIDO MONTIEL**  
**MAGISTRADO PONENTE.**

  
**FRANCISCO ANTONIO**  
**PASCUALES HERNÁNDEZ**  
**PASCUALES HERNÁNDEZ**  
**MAGISTRADO**

  
**PATRICIA HELENA**  
**CORRALES HERNÁNDEZ**  
**CORRALES HERNÁNDEZ**  
**MAGISTRADA**

**LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO**  
**LEONARDO DE JESUS LARIOS NAVARRO**  
**Secretario**