

Tribunal Superior de Medellín

Acción restitutoria de bienes en el proceso penal

Ponente: doctor JAIME TABORDA PEREÁÑEZ

Existe armonía entre el art. 349 del C. de P. P. —que no abarca las armas, instrumentos y efectos del delito de que trata el art. 350 íbidem— y el 947 del Código Civil, por cuanto ambos protegen al tenedor o poseedor de buena fe.

VISTOS:

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó, en providencia de marzo veintiséis del presente año, resolvió “negar la reposición del auto calendado a marzo cuatro de 1981, visible los folios 304 y 305, por medio del cual se negó el levantamiento de la orden de retención y la no entrega de los Títulos de Ahorro Cafetero (TAC), adquiridos por los señores X y Z”. Concedió en la misma decisión judicial el recurso de apelación oportunamente interpuesto, siendo esta la razón por la cual conoce el Tribunal.

En el trámite de la instancia, el apoderado de la parte civil, quien expresamente resume el poder que había sustituido (C. de P. C., art. 68, inciso final), solicita se “revoque la decisión apelada y en su lugar se disponga la entrega de los Títulos de Ahorro Cafetero (TAC) en favor de su único y exclusivo propietario, el señor X”. Por su parte, el agente del ministerio público, para el caso el señor Fiscal Décimo de la Corporación, de la siguiente manera concluye su concepto: “...la opinión de la fiscalía se traduce en la necesidad de orbitar el proceso a su justa elipsis procedimental y, en conse-

cuencia, revocar la providencia impugnada y ordenar que retornen los autos al Juzgado Promiscuo del Circuito para que este dé curso no solo al incidente de restitución en favor del señor X, sino también para el caso que propuso el señor Y.

Conviene decir que en las diligencias enviadas al Tribunal no hay ninguna petición del señor Y y que con relación a él solo obra la referencia que se hace en el auto impugnado, pero se carece de elementos de juicio sobre su pretensión.

De los hechos que dieron origen a este proceso

Ocurrieron en el municipio de Jericó, el día veinte de setiembre del año próximo pasado. Según se desprende de la denuncia presentada por O, gerente de la Cooperativa de Caficultores de esa ciudad, faltando quince minutos para las siete de la noche de la fecha anteriormente indicada, fue informado de un incendio que se iniciaba en la institución a su cargo. De inmediato, en asocio de la policía, de empleados y de particulares, procedieron a la extinción del

fuego. Mientras esta labor se cumplía, el secretario de la Cooperativa y algunos policías revisaban el local, especialmente porque R, que fue el primero que advirtió el incendio, había indicado la posibilidad de que alguien estuviera escondido en el establecimiento. Efectivamente así ocurrió: en uno de los baños se encontró a P, auditor de la Cooperativa, quien ha pretendido justificar su presencia en ese lugar y a esas horas expresando que se ‘estaba lavando los dientes’. De lo hasta ahora investigado se infiere que el incendio fue provocado (se hallaron, incluso, botellas con gasolina) e igualmente que el objeto del mismo era la incineración de un armario que guardaba los Títulos de Ahorro Cafetero (TAC) algunos de los cuales fueron parcialmente destruidos. La circunstancia plenamente establecida de estar en tráfico comercial algunos de los Títulos Cafeteros que debían hallarse en la Cooperativa de Caficultores de Jericó, sirvió para esclarecer que con antelación al incendio fueron sustraídos de esa institución y que la deflagración intencional buscaba entre otras cosas, el ocultamiento del ilícito contra el patrimonio y el tranquilo aprovechamiento de su valor comercial. En la investigación resultó se-

Títulos de \$ 1.000.00 del C 2808170 al 79	\$	10.000.00
Títulos de \$ 50.00 del F 3493046 al 58		750.00
Títulos de \$ 1.000.00 del 3055750 al 305600		251.000.00
Títulos de \$ 5.000.00:		
Del D 0531187 al 531221		175.000.00
Del D 0531261 al 1269		45.000.00
Del D 0531447 al 1452		30.000.00
Del D 0531461 al 1475		75.000.00
Del D 0531485 al 1520		180.000.00
Del D 0531690 al 1735		230.000.00
Núms. D 0526300, D 0531655 y D 0531833		15.000.00
	M/L \$	1.011.750.00

El valor de la factura núm. 72152, por compra de los Títulos relacionados, fue cancelado el mismo 3 de setiembre de 1980, con el cheque núm. 1667620 girado contra el Banco de Caldas, oficina principal de esta ciudad (fls. 36 y 70 fte. y vto.).

riamente implicado el auditor P y por ello se halla detenido en la cárcel del Circuito de Jericó.

De la retención de Títulos Cafeteros adquiridos por el señor X

Dentro del proceso penal referido que por hurto calificado e incendio se adelanta en el Juzgado del Circuito de Jericó y en el cual es sindicado P, el funcionario instructor ofició al Banco Cafetero, oficina principal de Bogotá y Medellín para que ordenara a todas las sucursales del país “...el no pago y retención” de unos Títulos de Ahorro Cafetero (TAC) cuyas especificaciones allí se suministraban (fls. 18 y 19), con fundamento en que dichos documentos fueron sustraídos de la Cooperativa de Caficultores de Jericó Ltda. Idéntica orden fue dada a la Bolsa de Valores de Medellín y Bogotá (fls. 20 y 21).

El señor X adquirió del señor Z, corredor de bolsa autorizado por la Superintendencia Bancaria, los siguientes Títulos de Ahorro Cafetero (TAC) que se relacionan en la factura núm. 72152 de fecha 3 de setiembre de 1980 (fs. 36 y 70 vto.):

El día 6 de noviembre de 1980, cuando el señor X se presentó al Banco Cafetero para el cobro de intereses por los títulos que había adquirido del corredor de Bolsa Z —ya le habían pagado en el mismo Banco los intereses correspondientes al mes de oc-

tubre—, la entidad bancaria retuvo los títulos que se relacionan en el oficio núm. 18302 (fl. 32) y en atención a la comunicación del Juzgado Promiscuo Municipal de Jericó visible a fl. 18; luego, el 26 de diciembre de ese año, el mismo Banco Cafetero retuvo a X los títulos cafeteros que se describen en el oficio núm. 20710 (fl. 35) cuando este se presentó al cobro de intereses y en acatamiento, por parte del Banco, a la comunicación núm. 273 de 15 de noviembre de 1980 del Juez Primero de Instrucción Criminal.

Ante esta situación, X confirió poder al doctor T para que solicitara la restitución de los títulos de ahorro cafetero que le fueron retenidos, petición que hizo este distinguido profesional al constituirse parte civil en el proceso (fls. 42 y ss.). La demanda de parte civil fue aceptada (fls. 47 y ss.) pero no se accedió a la devolución de los títulos cafeteros con el siguiente argumento que expone el Juzgado a fl. 49:

“...los títulos-valores reclamados por los memorialistas, pertenecen al acervo probatorio del sumario y por lo tanto deben permanecer retenidos por el despacho hasta la culminación del proceso, tal como lo señala el art. 350 del C. de P. P., «harán parte del sumario para los efectos de la investigación»; y el art. 727 ibídem, señala la forma como han de ser entregados una vez terminado el proceso”.

En la reposición solicitada ante ese auto se dijo por parte del apoderado sustituto, J: “...tales títulos-valores no pueden ser considerados armas, instrumentos y efectos del delito, que son las cosas a las cuales hace relación el art. 350 del C. P. P., como base el auto que recurre, sino que tales efectos revisten el carácter de cosas aprehendidas en la investigación, y cuya restitución puede solicitar el dueño, el poseedor o tenedor legítimo, según lo dispone el art. 349 de la misma obra, al tenor del cual “...comprobada la posesión, propiedad o tenencia legítima por el demandante, el juez o funcionario, salvo lo prescrito en el artículo siguiente (350) decretará la entrega, previo avalúo

de las cosas cuya restitución se ordena...”. “En el caso de autos —agrega el apoderado del señor X— aparece debidamente acreditada en mi mandante la calidad de propietario de los títulos comprados legalmente al corredor de bolsa debidamente autorizado, señor Z, persona a la cual se le pagaron en debida forma. Hasta el momento de haberse hecho la negociación de dichos títulos-valores, negociación que se efectúa legalmente por la mera entrega, no existía razón alguna para que se conociera por parte de mi mandante o del corredor de bolsa que los negoció con este que hubieran sido materia de alguna sustracción ilegal. La entidad ofendida no había hecho divulgar públicamente la noticia de que se abstuvieran de negociar sobre tales títulos, por lo cual no puede predicarse que haya habido mala fe en el señor X o en el corredor de bolsa de quien adquirió tales títulos. Por lo anterior, el señor X es, desde el punto de vista que se quiera enfocar, un tercero de buena fe, en el cual se da la calidad de propietario y de poseedor de unos títulos-valores adquiridos de acuerdo con su ley de circulación, los cuales han sido aprehendidos durante la investigación, y deben ser devueltos, pues dichos títulos nunca han de pasar al Estado, como que no son efectos de delito, sino que deben ser devueltos a su legítimo dueño, el cual, en el momento actual no es otro que mi mandante...”. Estos argumentos no fueron aceptados por el juez instructor quien sostiene que “...los Títulos de Ahorro Cafetero (TAC), cuya devolución se solicita, son de propiedad de Almacafé, la que los entregó a la Cooperativa de Caficultores de Jericó, para la respectiva negociación con los productores del grano; la operación respecto a ellos no se realizó por ese conducto, sino que fueron negociados por personas ajenas a la actividad cafetera. Lo anterior significa que el legítimo propietario de los títulos que hoy se reclaman es Almacafé S. A.; el tenedor legítimo de los mismos, la Cooperativa de Caficultores de Jericó; de cuyo poder fueron ilícitamente sustraídos...”.

Al sustentar la apelación en esta instancia, el doctor T, en extenso y bien fundamentado escrito (fls. 60-69), insiste en la entrega de los Títulos de Ahorro Cafetero (TAC) a favor de su mandante el señor X. Para ese efecto examina con apoyo de doctrinantes nacionales y foráneos, la acción restitutoria dentro del proceso civil, con particular referencia a las Normas pertinentes del Código Civil, del Comercial y del Penal, para concluir expresando que "...ordenando la entrega de los títulos a mi mandante, no se viola ninguna norma de derecho penal, y se cumplen por el contrario las especialísimas del Código de Comercio..."

Consideraciones de la Sala

Importa significar, en primer lugar, que X se ha presentado en este incidente como un tercero adquirente de buena fe de los Títulos de Ahorro Cafetero (TAC) cuya restitución solicita. El aserto de tener tal calidad dimana de la convicción sincera de haberlos adquirido del legítimo propietario, un corredor de bolsa debidamente autorizado por la Superintendencia Bancaria, en el establecimiento u oficina donde ese corredor desarrolla su lícita actividad comercial; negociados por un precio real y empleando los medios de circulación que la ley tiene señalados para esta clase de títulos. La buena fe es, según el Código Civil, "la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio" (art. 768). La protección de la buena fe es uno de los fundamentos jurídicos del derecho mercantil, de ahí que en el art. 647 del Código que regula esa materia, se hubiera establecido que se "considera tenedor legítimo del título a quien lo posea conforme a la ley de circulación". La forma de circulación de un título-valor "a la orden" no es otra que el endoso seguido de la entrega del título. En efecto, el art. 651 de la obra citada establece: "Los títulos-valores expedidos a favor de determinada persona en los cuales se

agregue la cláusula «a la orden» o se exprese que son trasferibles por endoso, o se diga que son negociables, o se indique su denominación específica de título-valor, serán a la orden y se transmitirán por endoso y entrega del título, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 648", disposición que debe armonizarse con el art. 654 *ibidem* relativo al endoso en blanco. Por lo que viene de decirse se tiene, entonces, que el señor X está amparado con la presunción de tenedor legítimo de los títulos que adquirió a un corredor de bolsa acreditado y autorizado por la Superintendencia Bancaria. Tal era la convicción de la lícita adquisición y la conciencia de haberlos comprado legítimamente que, con toda propiedad, se presentó en el mes de octubre de 1980 al Banco Cafetero a cobrar intereses sobre el valor de esos títulos, los cuales le fueron pagados, precisamente porque él era legítimo tenedor y porque para la entidad bancaria no había ninguna duda sobre ese referido aspecto. La retención se inició en noviembre de ese año, en cumplimiento de orden judicial cuando nuevamente se presentó a cobrar los intereses correspondientes a ese mes.

Del derecho de retención de bienes muebles aprehendidos durante la investigación

Establece el art. 349 del C. de P. P., en relación con la restitución de cosas aprehendidas en la investigación: "El dueño, el poseedor o tenedor legítimo de las cosas aprehendidas durante la investigación y que no deban pasar a poder del Estado, podrá demandar su restitución ante el juez o funcionario de instrucción. Comprobada la propiedad, posesión o tenencia legítima por el demandante, el juez o funcionario, salvo lo prescrito en el artículo siguiente, decretará la entrega, previo avalúo de las cosas cuya restitución se ordena". Huelga transcribir el artículo siguiente a que se hace alusión, porque él se refiere a las armas,

instrumentos y efectos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución y que no tiene aplicación en lo que es objeto de estudio.

Por su parte, el art. 947 del Código Civil prescribe: "Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles. Exceptuándose las cosas muebles, cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase. Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla o mejorarla".

Comentando VALENCIA ZEA esta disposición, dice:

"La primera parte del texto que sigue de cerca los principios del derecho romano, según los cuales todo caso de disgregación entre propiedad y posesión se decidía en favor de la propiedad. Por este motivo, no hacía suya la propiedad el que la adquiría *a non domino*, y de nada le servía haber creído sin culpa que el enajenante era propietario; tenía que restituir la cosa adquirida al verdadero propietario: *Ab irem meam invenio, ibi vindico*."

"Los romanos sometieron a un mismo régimen el valor de la posesión de cosas muebles e inmuebles, pero en ningún caso identificaron la posesión en sí con la propiedad. Por dicha circunstancia, sostenían que quien adquiría la propiedad de un *non domino*, adquiría una posesión del propietario, mas no la propiedad, y como consecuencia de esta forma de pensar, surgió la regla de que el verdadero dueño podría reivindicar en todo caso del poseedor actual, sin distinguir si había adquirido de buena o mala fe. Este engranaje lógico explica suficientemente las reglas de los arts. 752, 753 y la primera parte del art. 947. Sin embargo, la misma legislación romana reconoció algunos efectos a la buena fe del poseedor, como ser el derecho a los frutos y su irresponsabilidad por los daños causados a la cosa (arts. 963 y 964). Pero

los principios del derecho romano han sufrido una profunda evolución que consiste principalmente en dar mayor valor a la posesión de buena fe de cosas muebles. Sin duda, la nueva institución de los libros de registro de inmuebles del derecho actual creó una práctica de publicidad de los derechos reales inmobiliarios, al paso que la posesión de cosas muebles continuó siendo la más eficaz forma de publicidad de la propiedad inmobiliaria.

"Si la posesión de buena fe del derecho romano producía en favor del poseedor los efectos ya explicados (frutos e irresponsabilidad por daños), el derecho moderno agrega un nuevo e importante efecto a la posesión de las cosas muebles, esto es, que la buena fe tiene la virtud de crear por sí misma el derecho de propiedad en favor del poseedor; y lo crea ya en una forma directa, como sucede en la mayor parte de las legislaciones actuales, ya en una forma indirecta y mutilada, como acaece con el art. 947 del Código.

"En efecto, conforme a los dos últimos párrafos del art. 947, no pueden reivindicarse las cosas muebles compradas en establecimientos comerciales (de que es ejemplo una feria, tienda, almacén, etc.) si el reivindicante no paga al poseedor lo que la cosa le haya costado y «lo que haya gastado en repararla y mejorarla». El comercio moderno se ha organizado en forma tal, que la casi totalidad de las cosas muebles se venden en establecimientos comerciales, y, por lo tanto, no es exagerar si se afirma que la posesión de buena fe de cosas muebles se gobierna por la mencionada excepción de los párrafos segundo y tercero del art. 947" (ARTURO VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, t. 2º, pág. 276).

Y más adelante agrega este mismo autor: "El art. 947 del Código Civil hace parte de las actuales tendencias del derecho civil que se encamina a dar una recia protección a la posesión de buena fe de cosas muebles. Los romanos dieron al poseedor de buena fe el derecho a los frutos y la exoneración de responsabilidad por daños.

El sistema franco-germano, en armonía con el italiano, agrega a estos efectos uno nuevo: el poseedor de buena fe de cosas muebles es el propietario.

"El art. 947 del Código Civil no da al poseedor de buena fe de cosas muebles la propiedad pero le da un derecho equivalente: el derecho de rescatar el precio de la cosa; derecho o privilegio de rescatar que tiene por objeto evitarle un perjuicio" (*op. cit.*, pág. 281).

Quien adquiere un bien mueble en feria, tienda, almacén o en cualquier otro establecimiento industrial análogo en que se vendan cosas muebles de la misma clase, lo hace salvo prueba en contrario, de buena fe, con la creencia de que el vendedor es el verdadero dueño y de que, en consecuencia, le transmite el dominio. Esta creencia puede ser errónea, y en muchas ocasiones lo es, pero las apariencias no permiten descubrir ese error: si el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo y si la posesión es la tenencia con ánimo de señor y dueño (C. C., art. 762), parece elemental que quien acude a un establecimiento con el propósito de adquirir una cosa de las que allí se venden habitualmente (feria, tienda, almacén, etc.) y la compra a quien la tiene en su poder, que para el comprador es el poseedor de ella, parte de la base de que mediante esa compra adquiere el dominio de la cosa, y debe protegérsele como propietario, así lo sea solamente en apariencia, pues ha de abonársele la buena fe en su proceder, sin que pueda imputársele culpa en esclarecer si el vendedor era el verdadero dueño toda vez que no existe respecto de los muebles un sistema análogo al registro de los bienes inmuebles al cual acudir para saber con certeza si el tradente era o no propietario de la cosa.

La Corte sobre este particular tiene dicho: "El inciso segundo del art. 947 es una aplicación de la regla *error communis facit jus*; en él a la apariencia razonable de derecho se le hace producir en favor del tercero de buena fe, el mismo efecto que el derecho mismo; basta que la cosa haya sido

comprada en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase para que como consecuencia de la buena fe que esa circunstancia hace presumir en quien le ha comprado la cosa a quien no era dueño de ella, no pueda el verdadero propietario obtener la restitución si no reembolsa lo que el tercero de buena fe haya dado por ella y lo que se haya gastado en repararla y mejorarla. El tercero de buena fe ha tratado con quien presentaba toda las apariencias de tener un derecho, y como consecuencia de ello la ley lo protege contra el verdadero titular de ese derecho" (Casación, mayo 20 de 1936, XLIII, 49).

La legitimación en materia cambiaria la tiene el que ha adquirido el instrumento de acuerdo con su ley de circulación. Sobre este particular aspecto el tenedor de un título a la orden requiere que la cadena de endosos sea ininterrumpida, según lo preceptúa el art. 661 del Código de Comercio, y el obligado no puede exigir que se le compruebe la autenticidad de los endosos; deberá identificar al último tenedor y verificar la continuidad de los endosos (art. 662 *ibídem*).

"Nuestro Código —escribe SANÍN ECHEVERRI—, siguiendo la doctrina universal, ante el conflicto entre el poseedor actual del título y el que fue despojado de él injustamente, hace prevalecer el derecho del poseedor de buena fe, contra quien no pueden oponerse excepciones derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título (C. de Co., art. 784, num. 12). Esta disposición es aplicable a todos los títulos-valores, cualquiera que sea su ley de circulación o su clase. "Esta conclusión se relaciona con el principio peculiar de los bienes muebles en que prevalece el poseedor de buena fe frente al propietario; salvo excepciones expresas de la ley. La mala fe, o la culpa grave que nuestra ley asimila a aquella, hacen al poseedor del título-valor vulnerable a las excepciones, como el poseedor de mala fe de las cosas muebles también debería ser vencido, aunque las leyes no siempre sean claras

en este sentido. Pero en el derecho cambiario la protección es siempre según la ley de circulación, y así el tenedor del título al portador está protegido más radicalmente por la imposibilidad de estudiar su situación, ya que se legitima con la sola tenencia del título. Al tenedor por endoso al menos debe examinársele la cadena de negociaciones y puede exigírsele la identificación". (EUGENIO SANÍN ECHEVERRI, *Títulos-valores*, pág. 38).

Este mismo autor refiriéndose a la protección de la buena fe y la posesión, agrega: "En nuestro derecho cambiario la protección a la posesión de buena fe es la regla de oro. Se concreta principalmente en la norma del art. 647 del Código de Comercio, por la cual se «considerará tenedor legítimo del título a quien lo posea conforme a su ley de circulación» (protección de la posesión), en unión con la del art. 734 que, en sus numerales 11 y 12 permite oponer las excepciones de falta de entrega y las extracartulares en contra de quien no sea tenedor de buena fe (limitación de la protección a la posesión como sanción a la mala fe). Esta es la norma: protección de la tenencia, pero tenencia no solo legítima formalmente sino de buena fe. El que adquiere de mala fe no es titular del derecho" (*op. cit.*, pág. 55).

De la reivindicación de los títulos-valores

Se dijo en precedencia que la acción de dominio de las cosas corporales muebles está reconocida en el Código Civil en el art. 947, con la expresa excepción para las cosas muebles compradas en feria, tienda, almacén u otro establecimiento comercial, que no son reivindicables.

En el Código de Comercio la reivindicación de los títulos-valores está consagrada en los arts. 819 y 820: "Los títulos-valores podrán reivindicarse en los casos de extravío, robo o algún otro medio de apropiación ilícita", prescribe el art. 819. Pero en el ar-

tículo siguiente, nuevamente se consagra la protección al tenedor de buena fe: "La acción reivindicatoria procederá contra el primer adquirente y contra cualquier tenedor ulterior que no sea de buena fe exenta de culpa". Contra el primer adquirente puede prosperar porque frente al verdadero dueño necesariamente el usurpador tiene mala fe. No puede ser titular del derecho: es el primer adquirente doloso. La protección a la buena fe solo es posible para el adquirente posterior y aquí en la reivindicación es tan absoluta como en la acción cambiaria para el cobro; Si tiene buena fe es protegido el tenedor, siempre, salvo las excepciones del propio título. (Cfr., *op. cit.*, pág. 56).

El profesor BERNARDO TRUJILLO CALLE, al comentar el contenido de las normas anteriormente citadas, dice: "Frente a tales artículos, hay que agregar a los cuatro elementos axiológicos de la reivindicación estos: a) que el título-valor se haya extraviado o lo hayan robado o hurtado, o se haya perdido por un acto fraudulento como la estafa, el abuso de confianza. Se descartan otras formas de desposesión: si se dio en depósito, usufructo, prenda y no es devuelto a su titular, caben las acciones propias que nacen de estos contratos, pero no la reivindicación. Como tampoco procede cuando el título solucionado permanece en poder del acreedor, pues el deudor tiene sólo una acción que es personal enderezada a la entrega o devolución de ese título; b) el demandado tiene que ser el primer adquirente del título o un tenedor que no sea de buena fe exenta de culpa.

"En otras palabras: 1) sujeto activo de la acción: quien lo extravió o quien involuntariamente lo haya perdido por un acto ilícito; 2) sujeto pasivo de la acción: quien lo halló, o lo robó, o lo hurtó, o quien lo obtuvo por estafa o abuso de confianza, o quien de mala fe lo recibió de cualquiera de los anteriores". (*Estudios de derecho*, vol. XXXVIII, núm. 95, pág. 137).

El mismo autor, refiriéndose a la reivindicación de un título a la orden, expresa;

"Tampoco es clara su necesidad, porque rige igual que para el nominativo, el procedimiento de la cancelación. Sería un proceso largo, costoso e inútil, aunque viable.

"El actor sería el beneficiario o endosatario legitimado por una cadena ininterrumpida de endosos que haya extrañado el título, o a quien se lo hayan robado, hurtado o quitado por estafa o abuso de confianza o un acto defraudatorio o ilícito. El demandado sería el ladrón, hurtador, etc., o quien de este lo haya recibido de mala fe por medio de un endoso que necesariamente debe ser falso.

"Difiere el nominativo de la orden en cuanto en este es posible darse un tenedor legítimo cuando hay una cadena de endosos que se origina en uno falso de quien fue el hurtador que lo halló. Incluso, en determinadas circunstancias, es factible que se llegue a ser tenedor de buena fe recibiendo el título directamente del ladrón. Es que la ley de circulación propia de estos documentos no exige para legitimar sino la cadena formal aparente, no que sean verdaderos. Y como la buena fe se presume y hay regularidad en los endosos, resulta difícil reivindicarlo" (*Op. cit.*, pág. 38).

Armonía entre el art. 349 del C. de P. P. y el art. 947 del Código Civil

Contrario a lo que en ocasiones se ha afirmado, entre estas dos normas no existe ninguna oposición. Por el contrario, ambas disposiciones guardan armonía. El art. 349 del C. de P. P. dispone que las cosas aprehendidas durante la investigación y que no deban pasar a poder del Estado o formar parte del sumario para efectos de la investigación, se entregarán previa solicitud de restitución, al dueño, poseedor o tenedor legítimo que compruebe la respectiva calidad. Y, como reiteradamente lo ha dicho este Tribunal (Providencias de setiembre 1 de 1971, magistrado ponente Je-

sús Cuartas M.¹; setiembre 6 de 1979, magistrado ponente Héctor Jiménez R.)² con la frase "el dueño, el poseedor o tenedor legítimo de la cosa" se indica meramente las distintas posiciones jurídicas en que pueda encontrarse la persona despojada de la cosa con relación a la misma, y no un orden preferencial.

La solicitud de restitución a que alude este art. 349 del C. de P. P. no es una acción de dominio sino, como la denominó la Comisión redactora del C. de P. P. que entró a regir en 1938, una "acción sumaria" (*trabajos preparatorios del nuevo Código de Procedimiento Penal*, t. 1, págs. 331 y 332).

"Si el art. 947 del Código Civil —dice ORJUELA HIDALGO— dispone que no pueden reivindicarse las cosas muebles que el poseedor haya comprado en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase, y si agrega que justificada esta circunstancia no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella o lo que haya gastado en repararla o mejorarla, es indudable que le confiere al comprador, para proteger su buena fe, un verdadero derecho de retención; y si hubiere sido despojado de la cosa por acción, ese derecho de retención, que opera aun en presencia del dueño, lo faculta para pedir la restitución del mueble y para conservarlo hasta cuando se le reembolse lo que por él pago o lo que invirtió en repararlo y mejorarlo". En consecuencia —agrega—, "lo que parece ser acertada interpretación del principio contenido en el art. 349 del C. de P. P. conduce a que si las cosas aprehendidas en el curso de la investigación penal deban ser entregadas —si no fueren de las que por mandato legal han de ser retenidas para efectos de la investigación o de las que corresponden al Estado—

¹ Crónica Judicial, núm. 304. (Nota del Director).

² Proceso por el delito de abuso de confianza seguido a Andrés Avelino Gómez Alzate en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba, Antioquia. (Nota del Director).

la restitución se ordenará en favor del que demuestre derecho legítimo a ellas, y ese quien no tiene que ser necesariamente el dueño; puede ser este, o el poseedor o el simple tenedor. ... Quien adquirió el mueble en cualquiera de los establecimientos que menciona el art. 947 del Código civil y si lo hizo de buena fe, el derecho de retención que en su favor consagra la citada norma civil es un interés legítimo que determinará que sea él beneficiario de la restitución" (GUSTAVO ORJUELA HIDALGO, Estudio para la Academia de Jurisprudencia, julio de 1979).

La armonía entre estas dos disposiciones del Código Civil y del de Procedimiento Penal tienen, asimismo, consonancia con la legislación especial sobre la materia —C. de Co.— que en sus arts. 819 y 820 consagra la reivindicación contra el tenedor de mala fe y la hace improcedente ante el tercero adquirente exento de culpa, como ya se indicó en otro aparte de esta providencia.

En este orden de ideas, demostrado como está, a la altura procesal del momento, que el señor X adquirió, de buena fe, en el establecimiento comercial de un corredor de bolsa debidamente autorizado ante la Superintendencia Bancaria, los Títulos de Ahorro Cafetero (TAC) relacionados, deben serle entregados, porque la legitimación en causa para demandar la restitución de esos títulos está en cabeza de él.

Se revocará, entonces, el auto recurrido y en su lugar se ordenará la entrega de los títulos retenidos al señor X. Es entendido que al legítimo tenedor de buena fe exento de culpa, no se le debe exigir un nuevo incidente de restitución, como lo insinúa el señor agente del ministerio público, pues ese ya fue presentado ante el funcionario de instrucción y es, precisamente, el que se resuelve en esta providencia.

Importa esta precisión: al ordenarse la entrega de los títulos cafeteros retenidos al

señor X, la Sala lo hace, como ya se ha dicho, por considerar que él es un *tercero* adquirente de buena fe exento de culpa, pero no un perjudicado con el delito cometido en la Cooperativa de Caficultores de Jericó Ltda., razón por la cual carece de capacidad jurídica para constituirse en persona interviniente en el proceso propiamente dicho. Ese aspecto lo dilucidará la Sala en su debida oportunidad, pues aquí apenas resuelve el incidente de restitución de cosas muebles aprehendidas en la investigación.

Finalmente, debe recabarse al instructor sobre la necesidad perentoria de recibir declaración al señor Z, a fin de mejor esclarecer la adquisición de los títulos cuestionados.

Decisión

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de decisión penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por la autoridad de la ley, obrando en parte de acuerdo con el señor agente del ministerio público, *revoca* la providencia de que se ha hecho mérito, de la fecha y procedencia indicadas, y en su lugar *ordena* la entrega de los Títulos de Ahorro Cafetero (TAC) que con ocasión de esta investigación le fueron retenidos al señor X por el Banco Cafetero.

El funcionario del conocimiento libraré los despachos respectivos para el cumplimiento de esta resolución. El juez notificará esta providencia al detenido.

Aprobado en la fecha, según acta núm. 35.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Los magistrados, JAIME TABORDA PEREÁÑEZ, EDGAR TOBÓN URIBE, JOSÉ AGUILAR PARDO.