

**LA PROTECCIÓN POSESORIA EN EL PROCESO DECLARATIVO
(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de
10 de marzo de 1994)**

SUMARIO.— I. Antecedentes.— II. Planteamiento del problema.— III. La protección en nuestro ordenamiento del mejor derecho a poseer en el proceso declarativo.— IV. Recalificación de los hechos: concurrencia de dos posesiones sobre la misma cosa.— V. Posesión viciosa por clandestinidad: no es suficiente que la cosa no esté a la vista.

I. ANTECEDENTES

La Cía Telefónica demanda, en juicio ordinario sobre declaración pacífica de la posesión, a una sociedad, la Cía A.I., S.A., que ha introducido en una urbanización cables de televisión por las mismas canalizaciones que ella utiliza para su cableado telefónico. La Cía Telefónica venía utilizando dichas canalizaciones durante varios años en virtud de un acuerdo con la Administración, que fue la encargada de construir las mismas. Dicho acuerdo, aunque no quede muy claro cuál es su naturaleza jurídica de los términos de la sentencia, porque no llega a entrar el Tribunal en su calificación, parece conferir al demandante un derecho de carácter personal.

La sociedad de televisión ha introducido los cables sin la autorización de la Cía Telefónica, habiendo transcurrido más de un año desde el comienzo

de esa utilización de las canalizaciones en el momento de la interposición de la demanda. Este último es el dato en el que se basa dicha sociedad para oponerse a la demanda y, con posterioridad, recurrir ante el Tribunal Supremo, alegando que no es posible reclamar la pacífica posesión pasado un año. Además, alega que puede usar los conductos porque la Cía Telefónica nunca tuvo un derecho de uso exclusivo sobre los mismos. El Juzgado de instancia admite la demanda y la Audiencia confirma la sentencia.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las dificultades para resolver el supuesto de la sentencia nacen desde el momento en que, para justificar su reclamación, el demandante no entra, como sería lo normal, en la cuestión de fondo, sino que se limita a alegar que él es poseedor. Ello puede ser debido a varias razones: por una parte, el demandante no puede interponer un interdicto porque hace ya más de un año que la otra parte posee. Sin embargo, al acudir a la vía declarativa se le presenta la dificultad de que, atendiendo al fondo del asunto, puede encontrarse sin acción para reclamar su posesión, porque su derecho puede tener carácter personal y no ser alegable frente a un tercero. Todo ello puede haber llevado al demandante a reclamar la tutela posesoria en un proceso declarativo basándose únicamente en su posesión.

La fundamentación del fallo de la sentencia parte de la calificación del Tribunal de los hechos como un supuesto de sucesión de posesiones en el tiempo. Lo que intenta éste es justificar la recuperación de la posesión por el que ya no es poseedor, pero lo fue con un mejor derecho que el que tiene el poseedor actual. La cuestión que se le presenta al Tribunal Supremo es cómo justificar la reclamación de la posesión si ya ha transcurrido un año desde el acto de despojo.

El problema es doble: por una parte, el hecho de haber transcurrido un año desde el inicio del despojo plantea el interrogante de si, además de cerrar la vía interdictal, impide también la posibilidad de solicitar la tutela posesoria en un proceso declarativo. Pero esto nos lleva a un problema previo, el de si es posible solicitar la protección de la posesión en un proceso declarativo y en qué términos puede reclamarse la misma.

No obstante, incluso la propia discusión sobre la protección posesoria en

el proceso declarativo puede no ser necesaria desde el momento en que el supuesto en el que nos encontramos no parece ser un caso de sucesiones de posesiones en el tiempo. Vamos, sin embargo, a examinar el camino seguido por el Tribunal Supremo y después nos cuestionaremos lo acertado o no de su calificación de los hechos.

III. LA PROTECCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO DEL MEJOR DERECHO A POSEER EN EL PROCESO DECLARATIVO

El Tribunal Supremo considera que es posible una protección posesoria en el proceso declarativo, para la que entiende que no rige el plazo de un año de los interdictos, sino el de los 30 años del artículo 1.963 del Código Civil. Los argumentos que emplea el Tribunal en los Fundamentos de Derecho para justificar esta posibilidad pueden resumirse en los siguientes:

1º) Por una parte, cita dos preceptos: el artículo 1.653. 2º de la LEC, que establece que en caso de que se presentase la acción interdictal después de transcurrido un año, se reservará la acción al actuante, para que la ejercite en el juicio que fuera procedente y el último párrafo del artículo 1.658 de la LEC, donde se hace constar que las sentencias que recaigan en los procesos interdictales se dictarán sin perjuicio de tercero, y se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, que podrán utilizar en el juicio correspondiente.

De ello se deriva, según la sentencia, que la tutela posesoria, hasta cuando persigue la finalidad de retener o recobrar la posesión, no sólo puede encauzarse a través de las vías interdictales, sino que también se faculta al poseedor a acudir al juicio declarativo correspondiente, sobre todo en el caso de que haya transcurrido el plazo de un año.

2º) La consecuencia anterior lleva al Tribunal a realizar una serie de consideraciones para cuyo adecuado seguimiento nos parece conveniente reproducir un fragmento del Fundamento Segundo de la sentencia:

«de consiguiente si la propia LEC, posibilita, que transcurrido dicho año, se pueda acudir para recobrar o retener la posesión, al juicio declarativo correspondiente, el acogimiento de la tesis del motivo del recurso, supondría cerrar a todo poseedor, la posibilidad del ejercicio de ese juicio declarativo, ya que, cuando se hubiese ejercitado la acción tras el transcurso

de ese año, no sólo ya no se podría ejercitar la vía interdictal, sino, por la propia versión del motivo, tampoco le sería posible el ejercicio de la tutela posesoria en el juicio declarativo correspondiente. f) Que con la tesis del motivo, bien endeble quedaría la tutela de todo poseedor, pues ese poseedor perturbado en su derecho si bien está asistido del privilegio de acudir a seguido a la perturbación a las vías interdictales, en los términos de los artículos 1.651 y ss., sin embargo, quedaría perjudicado o afectado en su propio interés, cuando, se le impone la necesidad de que su acción tendente a recobrar la plenitud de su derecho, debe, necesariamente, ejercitarse dentro del año, tanto sea en vía interdictal, como la del juicio declarativo correspondiente, con lo cual, se concluye, la persistencia de ese año, para ambos supuestos procedimentales, implicaría, necesariamente, la eliminación de la vía declarativa, y el mantenimiento, en exclusiva, de la vía interdictal y de ello, se estaría a un paso de defender insólitamente que la tutela de todo poseedor, exclusivamente, ha de verificarse a través de los interdictos, que embebería de suyo por ese corsé de la anualidad en su ejercicio judicial, la general tutela del juicio declarativo correspondiente, con lo cual, se cercenaría incluso las referencias expuestas en los artículos 1.653.2º y 1.658 *in fine*. g) Que como colofón de los argumentos precedentes, con la tesis que se sustenta diversa a la del motivo, y ya dentro de la jurisprudencia de conceptos, se compagina la misma naturaleza del derecho real de posesión con la tutela efectiva del mismo, pues así como la vía interdictal dirime los conflictos de esa posesión como un hecho, la vía declarativa lo hace en su otro polo de la posesión como derecho. prevaleciendo respectivamente, en la primera, la continuidad de la situación fáctica que ha sido perturbada y en la segunda el mejor derecho a poseer».

El problema se centra, por tanto, tal como lo enfoca el Tribunal Supremo, en cómo justificar la protección de la posesión en vía declarativa y en qué condiciones. Que es posible solicitar la recuperación de la posesión por vía declarativa parece evidente. De hecho, cuando un propietario ejercita una acción reivindicatoria, lo que está pretendiendo precisamente es recuperar su posesión. Pero el Tribunal establece un paralelismo entre la protección posesoria por vía interdictal y por vía declarativa en el que la diferencia fundamental entre una protección y otra parece estar en el plazo para ejercitar la acción. Sin embargo, uno y otro proceso son radicalmente distintos: en uno se

pretende restablecer una situación de hecho anterior, mientras que en otro se discute quién tiene derecho a esa posesión.

Tiene razón, por tanto, el Tribunal Supremo cuando dice que puede darse una protección posesoria en el proceso declarativo. Ahora bien, dicha protección responde a principios totalmente diferentes. En ella se pretende determinar quién tiene derecho a poseer y, en consecuencia, se entra en el fondo del asunto. Incluso admitiendo la existencia de un mejor derecho a poseer, supuesto en el que tendría sentido hablar de un juicio plenario posesorio¹, la acción encaminada a su protección, que no podría ser otra que la publiciana, tiene una finalidad y una naturaleza diferente a la de los interdictos: con ella se pretende proteger al poseedor que, en virtud de ciertas circunstancias, aún no es propietario, pero que se considera que reúne unas condiciones que lo hacen acreedor de una protección frente a otro poseedor que no reúna esas circunstancias. Pero en ese caso la acción publiciana no se basa única y exclusivamente en una posesión anterior, como sucede con los interdictos, sino en las condiciones que reúne esa posesión y que la hacen digna de protección, por lo que nos encontramos también ante el examen de una cuestión de fondo.

No compartimos el argumento del Tribunal Supremo según el cual no permitir la alegación de la posesión pasado un año supone cerrar la vía declarativa al poseedor. Lo que sucede es que, dado que el fundamento de la reclamación en el caso de la vía declarativa es distinto al de la interdictal, se le impide, pasado un año, reclamar la posesión basándose exclusivamente en su posesión anterior, de manera que, además, tendrá que alegar algún derecho de carácter real que le otorgue el derecho a poseer, bien sea un derecho real sobre la cosa o, si se acepta su existencia, un mejor derecho a poseer.

No obstante, podría incluso discutirse si, en pura teoría, sería posible solicitar una tutela posesoria, basada únicamente en el hecho de ser poseedor, en vía declarativa. Lo que sucede es que, desde el punto de vista práctico, no tiene ningún sentido, porque para eso está el interdicto. Podría entenderse, como hace el Tribunal Supremo, que la utilidad de acudir a la

1 Ver HERNÁNDEZ GIL: *La posesión como institución jurídica y social*, Madrid 1987, p. 758, que matiza que en este caso la acción reservada no sería estrictamente posesoria, sino petitoria.

vía declarativa está en que en ella no rige el plazo del año. Sin embargo, ello no es así; no es aplicable el artículo 1.963 del Código Civil, ya que la imposibilidad de reclamar basándose únicamente en el hecho de ser poseedor no deriva de la circunstancia de que no pueda ejercitarse el interdicto pasado un año, sino del artículo 460,4º del Código Civil, según el cual se pierde la posesión por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año. Por tanto, la imposibilidad no deriva del artículo 1.653.1º de la LEC (que, en efecto, se refiere sólo a la vía interdictal y no a la declarativa), sino de que pasado el año ya no se es poseedor.

La existencia de un mejor derecho a poseer, como un derecho a medio camino entre la propiedad y la posesión, es un punto controvertido en la doctrina. Los autores que han defendido su existencia se apoyan en la vigencia en nuestro ordenamiento de la acción publiciana. Los esfuerzos interpretativos que se han realizado para defender el mantenimiento de esta acción se encuentran con el inconveniente del silencio de la legislación sustantiva al respecto, aunque sí encuentran apoyos en la legislación procesal (como los artículos citados por el Tribunal Supremo en esta sentencia).

Ahora bien, en lo que no parece haber discusión es en la no existencia de un genérico mejor derecho a poseer, en el sentido de que deba de decidirse siempre, ante la existencia de un supuesto de sucesión de posesiones, sean en concepto de dueño o en cualquier otro, y cualesquiera que sean las condiciones, cuál de los poseedores, el actual o el anterior, es más justo que posea la cosa, con independencia de que tenga o no acción para reclamarla.

Incluso los autores que mantienen la existencia de un mejor derecho a poseer lo hacen siempre dentro de los límites de la acción publiciana y, en consecuencia, para que una posesión otorgue ese mejor derecho a poseer deberá reunir los requisitos de esta acción, por lo que no puede identificarse el mejor derecho a poseer con el derecho de posesión. Entre estos requisitos se encuentra el que la posesión debe ser titulada y de buena fe, entendiendo por posesión titulada la que es en concepto de dueño (no en cualquier otro concepto, como la basada en un derecho real limitativo de la propiedad)². No siendo así, el poseedor actual demandado triunfará aunque no tenga ningún derecho, no pudiendo ser obligado a exhibir su título, por lo que

2 Ver CUESTA SÁENZ: *La acción publiciana*, Madrid 1984, p. 408 y ss.

quedaría cerrada toda posibilidad de comparar su situación con la del demandante³.

Teniendo presente lo anterior, no es posible acudir a la acción publiciana en el supuesto que estamos examinando porque la posesión de la Cía Telefónica no reúne sus requisitos, al basarse en un acuerdo con la Administración por el que ésta le permite el uso de las canalizaciones. Por ello, y al margen de que la Cía Telefónica pretenda hacer un uso exclusivo de las canalizaciones o no, nunca podrá considerarse como una posesión a título de dueño.

En definitiva, creemos que no puede establecerse, como hace el Tribunal Supremo, un paralelismo entre la protección posesoria que conceden los interdictos y la que puede proporcionar el proceso declarativo. Aunque es posible obtener una tutela de la posesión por vía declarativa, la misma será el resultado de la determinación de quién tiene derecho a poseer tras el examen de la cuestión de fondo⁴ o, en todo caso, de quién es el poseedor tras la resolución del conflicto de posesiones⁵, no persiguiendo, por tanto, únicamente el restablecimiento de una situación posesoria anterior alterada por un acto de perturbación o despojo.

3 Tal como reconoce, CUESTA SÁENZ: op. cit., p. 411, defensor de la existencia de la acción publiciana.

4 Como manifiesta GARCÍA VALDECASAS: *La posesión*, Granada 1987, p. 32, nota 15, el derecho a poseer o *ius possidendi* «en rigor no se trata de un derecho subjetivo independiente, sino de una facultad implícita en múltiples derechos (propiedad, usufructo, prenda, comodato, etc.)».

5 Con ello hacemos referencia a la opinión mantenida por algunos autores según la cual el cauce adecuado para aplicar el artículo 445 del Código Civil es el proceso declarativo, bien con carácter exclusivo, como sostiene HERNÁNDEZ GIL: op. cit., p. 141 que, sin embargo, hace referencia a la dificultad, desde el punto de vista práctico, de que no se entre a discutir la cuestión de fondo, aunque desde el punto de vista teórico lo considera perfectamente posible, o bien junto a la posibilidad de alegarlo en los interdictos, como mantiene MARTÍN PÉREZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, T. VI, Madrid 1993, p. 298, para el que «parece que el artículo no representa un modo específico de resolver los conflictos posesorios, sino un criterio que puede insertarse en cualquier procedimiento que aquéllos puedan originar».

IV. RECALIFICACIÓN DE LOS HECHOS: CONCURRENCIA DE DOS POSESIONES SOBRE LA MISMA COSA

El problema del mejor derecho a poseer se plantea en aquellos casos en los que hay una sucesión de posesiones en el tiempo, de manera que hay un primer poseedor que es privado de su posesión y transcurre más de un año, por lo que no puede utilizar la vía interdictal. La calificación que hace el Tribunal Supremo de los hechos le lleva a tener que acudir a esta discutible figura y, además, en un caso en el que no se dan las circunstancias para aplicarla.

Sin embargo, no sólo es cuestionable que las posesiones cumplan los requisitos para la aplicación del mejor derecho a poseer, sino que tampoco creemos que estemos ante un auténtico caso de sucesión de posesiones en el tiempo. La razón de esta afirmación está en que el Tribunal Supremo parece olvidarse de que aunque la Cía A.I., S.A. haya introducido sus cables en la canalización, la Cía Telefónica sigue conservando los suyos. Por tanto, no puede considerarse que haya sido despojada, al menos totalmente. Procede, en consecuencia, volver a plantearnos la calificación de los hechos para determinar cuál es la situación posesoria existente en el momento de la demanda.

En un principio, la Cía Telefónica poseía el uso de las canalizaciones y además, parece que lo hacía con exclusividad. Al introducir la Cía A.I., S.A. sus cables, comienza a poseer también un uso de esas canalizaciones. Esta situación puede hacernos pensar que estamos ante un conflicto de posesiones en el espacio, a resolver por las reglas del artículo 445 del Código Civil, ya que nos encontramos, al menos aparentemente, ante dos personas que pretenden a la vez ser poseedoras de la misma cosa.

El artículo 445 del Código no pretende determinar quién tiene derecho a la posesión, sino quién es poseedor⁶. Por eso, la primera regla alude al poseedor actual. En realidad, si podemos hablar de un poseedor actual no nos encontramos ante un conflicto de posesiones en el espacio, sino ante

6 Una precisa distinción sobre lo que se discute en el artículo 445, el hecho de la posesión, y lo que se examina cuando se ejercita una acción publiciana, quién tiene mejor derecho a poseer, puede verse en GARCÍA VALDECASAS, *La acción publiciana en nuestro derecho vigente*, ADC 1948, p. 92.

una sucesión de posesiones, situación que parece que podría resolverse perfectamente sin necesidad de este primer criterio de este precepto.

El segundo criterio del artículo 445 sí que parece estar resolviendo un auténtico caso de controversia sobre el hecho de la posesión: dos personas poseen de hecho la cosa actualmente. El artículo 445 nos indica que, desde el punto de vista jurídico, no es posible reconocer el hecho de la posesión en dos personas distintas, fuera de los casos de indivisión. Pero, desde el punto de vista práctico, puede darse un supuesto, aunque es difícil de imaginar, en el que dos personas ocupen físicamente la cosa al mismo tiempo, y pretendan ambos ser poseedores exclusivos. Y el artículo 445 soluciona la controversia reconociendo la posesión al poseedor más antiguo. Atiende, por tanto, exclusivamente a consideraciones fácticas, porque lo que pretende únicamente es determinar a quién debe de reconocérsele el hecho de la posesión, sin entrar a examinar quién tiene mejor derecho a poseer⁷.

Ahora bien, para considerar el supuesto de la sentencia como uno de los regulados por el artículo 445, debemos examinar si reúne las condiciones para ser considerado un auténtico caso de conflicto de posesiones en el espacio. Estaremos ante tal situación si existen dos o más sujetos que aparecen y actúan como poseedores exclusivos y en el mismo concepto sobre el mismo objeto⁸.

Respecto a la primera condición, que los dos sujetos aparezcan y actúen como poseedores exclusivos, nos surgen dos dudas, una de carácter general y otra referida al supuesto que contemplamos. Si hablamos de conflicto de posesiones, nunca podrá darse el caso de que los dos poseedores tengan una auténtica posesión exclusiva, porque ambos realizan actos sobre la misma cosa. Por tanto, y para no privar de utilidad al artículo 445, creemos que para hablar de poseedores exclusivos hay que hacer referencia a la circunstancia de que se comporten como tales y tengan el ánimo de poseer exclusivamente, aunque de hecho es imposible que ambos estén poseyendo de forma exclusiva.

7 Según GARCÍA VALDECASAS: *La acción...*, cit., p. 92, el que sólo pretenda esto es lo que nos permite explicar que el poseedor más antiguo, pero sin título, sea antepuesto al más reciente, pero con título.

8 Ver COCA PAYERAS: *Comentario del Código Civil* del Ministerio de Justicia, T. I, Madrid 1993, p. 1.199.

En cuanto al supuesto de la sentencia, la Cía Telefónica pretende claramente poseer con exclusividad, pero no podemos decir lo mismo de la sociedad de televisión, porque, si pretendiese poseer con ese carácter, al introducir sus cables hubiese retirado los de la Cía Telefónica. Además, en ningún momento ha pretendido negar la posesión de la Cía Telefónica, sino que lo que le niega es su carácter de exclusividad y afirma que pasado un año ella también es poseedora de un uso que no es incompatible con el de la Cía Telefónica.

Por todo ello, es dudoso también que las posesiones lo sean en el mismo concepto e, incluso, que recaigan sobre el mismo objeto, ya que se puede entender que lo que poseen ambas compañías no son las conducciones en sí, sino derechos de uso sobre las mismas que no son incompatibles entre sí.

Todos estos inconvenientes nos hacen replantearnos la situación posesoria: en lugar de entender que hay un conflicto de posesiones en el espacio, podemos considerar que nos encontramos ante dos poseedores de dos derechos de uso sobre la misma cosa, usos que, en principio, no son incompatibles. Es cierto que la Cía telefónica alega que poseía con exclusividad, pero desde el momento en que dejó transcurrir un año sin ejercitar el interdicto, nos encontramos ante dos poseedores que, en cuanto tales, serían igualmente dignos de protección, es decir, que si cualquiera de ellos desalojara los cables del otro, éste podría acudir al oportuno interdicto para defender su posesión, y lo mismo sucedería si el que les despojara fuese un tercero.

Por todo lo dicho, creemos que el problema de la sentencia no es tanto una controversia posesoria como una discusión sobre qué parte tiene derecho a poseer exclusivamente. Por tanto, no es posible acudir a las reglas de la posesión para resolver el conflicto, sino que el Tribunal debía, caso de tener los elementos de juicio necesarios, haber entrado en el fondo del asunto⁹. De esta manera, su decisión no debía haberse basado en la posesión anterior de la Cía Telefónica, sino en si, efectivamente, tenía un derecho, de naturaleza real o personal, suficiente para atribuirle una acción que pudiese servirle para expulsar a la Cía A.I., S.A.

⁹ Distinto sería que se pudiese encuadrar el supuesto entre los regulados por el artículo 445. Entonces, el Tribunal podría haber resuelto basándose en la posesión de la Cía Telefónica, al ser el poseedor más antiguo, teniendo en cuenta, además, que puede aceptarse, al menos en teoría, la aplicación del artículo 445 en el proceso declarativo (ver nota 5).

Caso de no tener un derecho suficiente para ello (por tener, por ejemplo, un derecho de carácter personal que no pudiese ser alegado frente a terceros), el Tribunal Supremo debería haber desestimado la demanda y tendría que ser el que sí tuviese derecho a hacerlo (el propietario de las canalizaciones, por ejemplo) el que, en su caso, interpusiese la oportuna acción para expulsar a la Cía A.I. S.A.. Lo que no puede hacer el Tribunal es expulsar a quien considere que no tiene derecho a poseer aun cuando el que le reclama esa expulsión no esté legitimado para pedirla.

V. POSESIÓN VICIOSA POR CLANDESTINIDAD: NO ES SUFICIENTE QUE LA COSA NO ESTÉ A LA VISTA

El Tribunal Supremo da un último argumento, a mayor abundamiento de los anteriores, aunque fuera ya de la línea argumental seguida en ellos. Por eso hacemos referencia al mismo separadamente. Así, alude, acogiendo uno de los motivos de la demanda, a que la posesión de la Cía A.I., S.A. pudiese ser viciosa por clandestina, con lo que aplicando el artículo 444 del Código Civil, esa posesión no afectaría a la de la Cía Telefónica y así, en vez de tener que optar por acudir al mejor derecho a poseer, podría simplemente reconocer que la Cía Telefónica sigue siendo poseedora a pesar de que haya transcurrido más de un año desde el inicio de esa posesión clandestina¹⁰.

No es nuestro propósito entrar en el análisis del significado de la clandestinidad en la posesión. Sin embargo, sí que parece conveniente realizar algunas consideraciones. No existe uniformidad en la doctrina a la hora de determinar qué debe entenderse por posesión clandestina. No obstante, las opiniones al respecto ponen el acento en dos elementos de juicio principalmente: unos hacen hincapié en la necesidad de la existencia de un ánimo de ocultamiento respecto del poseedor¹¹; otros sostienen que la clandestinidad

10 Como indica MARTÍN PÉREZ: op. cit., p. 250, los supuestos del artículo 444 del Código Civil pueden encuadrarse como de conservación de la posesión, pese a una atenuación del *corpus*. Aunque el tercero, por virtud de esos actos, mantenga la relación de hecho con la cosa, la posesión no resulta afectada.

11 Como sucede con POTHIER: *Oeuvres*, T. VIII, Paris 1835, p. 333.

ha de valorarse no respecto del poseedor despojado, sino de la colectividad¹², de manera que si el acto de aprehensión se ha realizado públicamente no será clandestino aunque el poseedor ignorase lo que sucedía.

Ninguno de esos dos elementos parece darse en la posesión de la Cía A.I., S.A. Respecto del ánimo de ocultamiento, no consta de los hechos que la sociedad haya pretendido ocultar el acto de instalación de los cables o impedir que la Cía Telefónica conociese esa situación. Pero, además, hay un dato que nos parece determinante para no considerar clandestina a la posesión: la sociedad está prestando un servicio de televisión a toda la comunidad, por lo que toda ella debe ser consciente de que los cables deben ir por algún lado.

El principal dato que podría inclinarnos a considerar a la posesión como clandestina es el hecho de que los cables de televisión no estén a la vista, sino que se encuentren introducidos bajo tierra, y en este sentido puede considerarse que son ocultos. Sin embargo, no cuenta a efectos de considerar clandestina una posesión, tal como expresa HERNÁNDEZ GIL¹³, «el hecho de estar o permanecer oculto, sino la ocultación buscada de propósito. Suele definirse lo clandestino como oculto, pero ha de tratarse de una ocultación no inherente a lo de suyo oculto, sino erigida en directriz de comportamiento».

En este sentido, es inherente a la posesión de las canalizaciones el que los cables no vayan a la vista, y no puede considerarse por ello a la posesión como clandestina¹⁴. Otra cosa sería si la instalación de los cables se hubiese hecho de noche o de forma que impidiese su conocimiento, o que la Cía A.I., S.A. hubiese realizado actos o manifestaciones que diesen a entender que los cables no discurrían por esos conductos, sino por otro sitio. El propio Tribunal Supremo da muestras de no estar muy convencido de la

12 Tal es el caso de GENTILE: *Il possesso*, Torino 1965, p. 125.

13 Op. cit., p. 375.

14 No debemos olvidar, además, que ni siquiera estamos hablando de publicidad en la posesión en el sentido del artículo 1.941 del Código Civil para la posesión *ad usucapionem* y que no sería suficiente, por tanto, que no reuniese los requisitos de esa publicidad para poder calificar la posesión de clandestina.

calificación de la posesión como clandestina al utilizar ese fundamento simplemente a mayor abundamiento y no afirmar que tiene ese carácter, sino que pudiera tenerlo.

MIGUEL NAVARRO CASTRO
Prof. Ayudante de Derecho Civil