

I. Jurisprudencia comentada

Sentencia de la DAMA DE BAZA

SUMARIO: A. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1976.—B. Comentario: a) Descripción de la estatua hallada. b) Legislación vigente: a') La legislación especial vigente carece de sistemática. No ha derogado el Código. c) Concepto legal de la figura descubierta. d) ¿A quién pertenece? e) Crítica de la legislación especial. f) Ejecución de la sentencia.

ARTÍCULOS 350, 351 Y 352 DEL CÓDIGO CIVIL; LEY DE 7 DE JULIO DE 1911 Y REGLAMENTO DE 1 DE MARZO DE 1912, Y LEY DEL PATRIMONIO ARTÍSTICO NACIONAL DE 13 DE MAYO DE 1933 Y REGLAMENTO DE 16 DE ABRIL DE 1936, EN RELACIÓN CON EL HALLAZGO DE LA «DAMA DE BAZA» Y OTRAS PIEZAS ARQUEOLÓGICAS. CONCEPTOS DE «ANTIGÜEDADES» Y DE «EXCAVACIÓN FRAUDULENTE». «NEMO DAT QUOD NON HABET». LAS DECLARACIONES PRELIMINARES O EXPOSICIONES DE MOTIVOS DE LAS LEYES NO PUEDEN PREVALECER FRENTE AL TEXTO ARTICULADO.

Sentencia de 22 de marzo de 1976.

A. LA SENTENCIA: *Antecedentes*.—Demandante: don Antonio Vicente Lorente Reche. Demandados: don Pedro Durán Farrell y la Administración General del Estado (Ministerio de Educación y Ciencia, Dirección General de Bellas Artes). Son hechos, que se han estimado probados, que el demandante y el demandado señor Durán otorgaron contrato privado el 19 de febrero de 1969, por el cual el primero cedió al segundo en arrendamiento por un año, que no se prorrogó, una parcela de tierra en las proximidades del conocido como Cerro del Depero, del término de Baza (Granada), en el sitio llamado «Tercios de Espinosa», para realizar prospecciones geológicas y mineras. Se convino que si daban resultado positivo, el arrenda-

tario satisfaría el 50 por 100 de lo encontrado, que se reduciría al 25 por 100 si por casualidad se hallaban objetos artísticos o arqueológicos, con derecho de adquisición preferente frente a terceros. Se abonaría, en todo caso, la suma de 40.000 pesetas, como compensación por los daños ocasionados en la finca. Una vez expirado el término del contrato, exactamente el 17 de abril de 1970, el demandado señor Durán y antiguo arrendatario compró al que había sido arrendador, don Antonio Vicente, una parcela de un terreno en la misma zona que el anterior, mediante escritura pública que se inscribió en el Registro de la Propiedad, con cabida y linderos perfectamente delimitados, donde con los necesarios permisos oficiales de la Dirección General de Bellas Artes y la pertinente dirección técnica, se iniciaron una serie de excavaciones arqueológicas adecuadas al previsto plan de trabajo, que condujeron al descubrimiento de tres necrópolis de la época romana, en una de las cuales aparecieron objetos y piezas de gran valor; excavaciones que se prolongaron más allá del límite de la propiedad de quien las hacía, ya que penetraron en la finca que continuaba siendo del dominio del recurrente, la que había sido objeto del primitivo contrato de arrendamiento. Dentro de esta finca, concretamente en la tumba señalada con el número 155, el día 21 de julio de 1971 apareció una estatua sedente de 1,50 metros de alzada, en perfecto estado de conservación, que a partir de entonces ha sido conocida como la «Dama de Baza». El 20 de enero de 1972 fue donada al Estado por su descubrir, señor Durán Farrell, quien renunció a todo derecho por una posible indemnización. La «Dama de Baza» se instaló en el Museo Provincial de Granada, y al cabo de dos meses en el Arqueológico Nacional de Madrid, donde actualmente se encuentra. De todo ello tuvo noticia, pero no participación, el propietario del terreno, que después de diversas vicisitudes demandó al descubridor y al Estado, pidiendo se declarase: Que la «Dama de Baza» fue hallada sin casualidad ni autorizaciones pertinentes en terrenos de la pertenencia y exclusiva propiedad del actor, por lo que dicho tesoro arqueológico es propiedad del citado demandante; que como consecuencia de la anterior declaración son nulas e ineficaces las disposiciones que sobre la pieza arqueológica nombrada haya realizado el demandado don Pedro Durán y concretamente la donación efectuada por el mismo en favor del Patrimonio Artístico Nacional; que se declare, respecto al demandado don Pedro Durán: a) su obligación de reintegrar al actor todos los utensilios y objetos artísticos y arqueológicos descubiertos en terrenos de éste antes de la fecha del contrato entre ambos suscrito el 19 de febrero de 1969; b) a entregar al actor el 25 por 100 de los objetos y utensilios artísticos y arqueológicos descubiertos en sus terrenos durante el tiempo de vigencia del contrato de 19 de febrero de 1969; c) a entregar al actor todos los objetos y utensilios artísticos y arqueológicos hallados en sus terrenos a partir del día 21 de febrero de 1970, fecha de terminación del contrato de 19 de febrero de 1969; d) a que, en ejecución de sentencia y ejercitando al efecto la acción *ad exhibendum*, don Pedro Durán Farrell muestre y exhiba al Juzgado los objetos arqueológicos que procedentes del campo de excavaciones arqueológicas de Baza obren en su Museo, con aportación a la autoridad judicial de los catálogos que se reclamarán del mismo; e) que en virtud de la acción de jactancia que se ejercita, formalice judicialmente la reclamación de sus derechos o se abstenga en el futuro de hacer manifestaciones acerca de la propiedad o posesión de los objetos o tesoros arqueológicos de la pertenencia del actor que se hallen comprendidos en descubrimientos efectuados en terrenos del señor Lorente Reche; declare, respecto a la Administración General del Estado, Ministerio de Educación y Ciencia: a) que la imagen arqueológica denominada «Dama de Baza», con las demás piezas halladas en la tumba número 155 y dentro del linde de los terrenos pertenecientes al actor, por ser propiedad del mismo y por consecuencia del ejercicio de la acción reivindicatoria que se formaliza en la presente demanda, deberán

ser entregadas a su propietario, don Antonio Vicente Lorente Reche, teniendo, respecto de la pieza llamada «Dama de Baza», por nula e ineficaz la donación efectuada en favor del Patrimonio Artístico Nacional por don Pedro Durán Farrell, sin perjuicio del ejercicio por la Administración de las acciones expropiatorias; b) que tras la aportación por la Administración a estos autos de los catálogos o fichas de los objetos artísticos o arqueológicos que obren en los Museos Nacionales procedentes de descubrimientos del actor, se declare la obligación a que está sujeta la Administración de devolver a su propietario los que resulten ser de su pertenencia, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se sujeten a la misma obligación los objetos arqueológicos en que concurran aquellas circunstancias que durante la tramitación del presente proceso pudiera adquirir para sus Museos el Patrimonio Artístico Nacional; respecto a ambos demandados, que se declare la obligación de indemnizar al actor de los daños y perjuicios que le han sido causados como consecuencia del despojo sufrido de tesoros artísticos o arqueológicos, que por haber sido descubiertos en terrenos de su propiedad son suyos con titularidad dominical y posesión exclusiva, cuyas bases se determinarán en prueba y su cuantía en ejecución de sentencia; como consecuencia de las anteriores, se condene a ambos demandados a estar, cumplir y pasar por las mismas, y al pago de las indemnizaciones que por daños y perjuicios se estimen; y, por último, imponga a los demandados que se opongan a la demanda, las costas del juicio.

El Abogado del Estado y el señor Durán se opusieron a la demanda, y el Juzgado de Primera Instancia número 7 dictó sentencia en la que declaró: Primero: Que la pieza arqueológica conocida con el nombre de «Dama de Baza» fue hallada sin casualidad ni autorización pertinente dentro de los linderos de la finca rústica propiedad del actor, don Antonio Vicente Lorente Reche. Segundo: Que son nulas e ineficaces las disposiciones que sobre la pieza arqueológica nombrada haya realizado el codemandado don Pedro Durán Farrell, y concretamente la donación efectuada por el mismo en favor del Patrimonio Artístico Nacional. Tercero: Que con respecto al codemandado don Pedro Durán Farrell, se le condena a reintegrar al actor todos los utensilios y objetos artísticos y arqueológicos en la forma expuesta en el considerando en que se examina la petición tercera de esta resolución. Cuarto: Que como consecuencia de la estimación de la acción declarativa de dominio de la pieza arqueológica «Dama de Baza» a favor del actor, don Antonio Vicente Lorente Reche—y por pertenecer dicha pieza arqueológica al Estado—, por tratarse de un objeto de interés arqueológico, procede que se indemnice al actor, condenando a la Administración por no haber indemnizado al actor, y una vez sea firme esta resolución, que previa tasación pericial, verificada por tres Peritos titulares y que reúnan las condiciones que se determinan en esta resolución, uno de los cuales podrá ser designado por el actor, se le indemnice en la mitad del valor en que se justiprecie la pieza arqueológica denominada «Dama de Baza». Quinto: Absuelvo a los dos codemandados de las demás pretensiones deducidas en su contra en el escrito de demanda. Sexto: Se condene a ambos codemandados a estar y pasar por los pronunciamientos de esta resolución, y todo ello sin expresa imposición de costas en este juicio.

La Audiencia, en apelación, desestimó la demanda y absolvió a los demandados, sin imposición de costas en ninguna instancia.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Bertrán de Heredia y Castaño, casó y anuló la sentencia de la Audiencia y dictó otra por la que confirmó en todos sus términos y por sus propios fundamentos la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7, sin condena en costas en ninguna de las instancias.

Los considerandos de la primera sentencia dicen así (prescindimos del primero, que contiene los hechos probados, ya expuestos):

Segundo considerando: Que en torno a los hechos relatados, las cuestiones jurídicas que han llegado a la casación se refieren, de un lado, a la denominada «Dama de Baza» y, de otro, a las demás piezas arqueológicas halladas por el descubridor—hoy recurrido—, y consisten, en definitiva, en precisar a quién corresponde la propiedad de lo hallado, el valor de la donación que dicho descubridor hizo en favor del Estado y la posibilidad de una indemnización, así como determinar, consiguientemente y en caso afirmativo, la persona a la que habría de corresponder, para cuya solución es necesario, ante todo, precisar la legislación aplicable, de la cual el punto de partida ineludible tiene que ser el contenido en el artículo 350 del Código civil, que, en consonancia con el sistema que éste consagra respecto del derecho de propiedad, dice que el propietario de un terreno «es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan...», norma que se complementa para el caso del tesoro oculto en el párrafo primero del artículo 351, en el sentido de que «...pertenece al dueño del terreno en que se hallare»; principio genérico éste que ofrece algunas especialidades—que no verdaderas excepciones de la regla general indicada—en los siguientes supuestos, con las consecuencias jurídicas que en cada uno de ellos se determina legalmente: a) en primer lugar, cuando el descubrimiento del tesoro fuese hecho en propiedad ajena o del Estado y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor si éste existiera—siendo la otra mitad del propietario de la tierra—, según se dice en el párrafo segundo del propio artículo 351; b) en segundo término, si los efectos descubiertos fuesen interesantes para las Ciencias o las Artes, en que, a tenor de lo dispuesto en el párrafo tercero también del artículo 351, el Estado podrá adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá en conformidad a lo declarado, es decir, la mitad para el dueño del terreno y la otra mitad para el descubridor si existiera y el hallazgo hubiera sido casual, y c) en tercer lugar, cuando, como consecuencia de excavaciones, se descubren antigüedades o construcciones arqueológicas, supuesto en que regirá la normativa específica contenida fundamentalmente en la Ley de 7 de julio de 1911 y su Reglamento de 1 de marzo de 1930, así como en la Ley del Patrimonio Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933 y su Reglamento de 16 de abril de 1936; normativa que es la de tener en cuenta en el presente caso habida cuenta que los objetos descubiertos, sobre los que versó la litis, incluidos en el concepto de «antigüedades», que formula el artículo 2 de la primera de las leyes citadas, que después repiten las restantes disposiciones y que, forzoso es decirlo una vez más, no derogan el principio rector del dominio en nuestro Ordenamiento—que nada tiene que ver con la fórmula romanística del *usque ad inferos*—, sino de acuerdo con la norma que el propio artículo 348 consagra, viene a limitarlo en aras del interés cultural y artístico de la nación, pero en manera alguna a destruirlo ni menoscabarlo, armonizando este interés con los del aludido propietario y explorador que efectúa el descubrimiento.

Tercer considerando: Que haciendo aplicación de la indicada normativa al supuesto que se examina, es evidente que deberán analizarse por separado los dos grupos de elementos hallados en la excavación efectuada, al modo antes anunciado, o sea, de un lado, la estatua conocida como «Dama de Baza» y, de otro, las restantes piezas arqueológicas—ambos, según se ha dicho, incluidos en el concepto de «antigüedades» de la ley—, siendo de ver, ante todo respecto de la tantas veces citada estatua, el problema relativo a su propiedad, para cuya atribución tiene plena vigencia el ya señalado principio del artículo 355 del Código civil, que la atribuye al dueño del terreno en que se encontró, regla general que según la legislación específica sólo hace excepción en caso de que el hallazgo se hubiere hecho «casualmente» y entonces la propiedad corresponde al Estado, según se dispone en el artículo 5 de la Ley de 1911, hipótesis que aquí no concurre,

pues relatado quedó, como consta entre los hechos declarados probados en la instancia y no desvirtuados en este trámite, que el descubridor inició la excavación en terreno de su propiedad con autorización ministerial necesaria y un plan trazado y dirigido por técnicos competentes, extralimitándose en su permiso al invadir la finca ajena, para la que no estaba autorizado, a pesar de lo que continuó su excavación, premeditada y programada, con absoluta ajeneidad a lo meramente casual que la ley contempla, incidiendo expresamente en el concepto de excavación fraudulenta del artículo 39 de la Ley de 1933, por lo que a este exceso se refiere, que es justo donde la estatua en cuestión fue encontrada, lo que priva al descubridor de todo derecho de propiedad, como igualmente le priva al Estado, cuyo derecho sobre el particular hubiese sido el de que lo encontrado *pudiera pasar a su propiedad*, según el párrafo segundo del artículo 4 de la Ley de 1911, previo abono de las correspondientes y legales indemnizaciones no al descubridor fraudulento, sino al dueño del terreno donde indebidamente se encontró; resultando, no obstante, que sobre este particular, la sentencia de primer grado hizo expresa declaración de la propiedad en favor del Estado, con la que se aquietaron—como se ha dicho—todas las partes litigantes, no planteándose el tema en apelación y sin que haya sido suscitado de modo expreso en casación por ser procesalmente un pronunciamiento firme, a cuya virtud es necesario proclamar ahora la relatada propiedad en favor del Estado por lo que se refiere a la denominada «Dama de Baza» y, consiguientemente, la invalidez jurídica del acto de donación que en favor de éste realiza el descubridor—actual recurrido—por el antiguo y fundamental principio según el que *nemo dat quod non habet*.

Cuarto considerando: Que por lo que afecta al problema de la titularidad del derecho a la indemnización a que viene obligado el Estado al recibir como suya la propiedad de la estatua en cuestión, debe decirse que al faltar la casualidad—elemento que la Ley Especial pone como decisivo—no puede entrar en juego el párrafo segundo del artículo 5 de la Ley de 1911 y demás que la complementan, sino el también párrafo segundo del artículo 4 de la misma, a cuya virtud la indemnización corresponde al «dueño del terreno» y al explorador si existiere, que aquí efectivamente existió, pero con el carácter de fraudulento, antes relatado, al carecer de autorización para excavar en la finca donde encontró el hallazgo discutido, lo que le priva, según la ley, de todo derecho a esa posible indemnización, que queda estrictamente enucleada en favor del dueño del terreno donde el descubrimiento tuvo lugar, y sin que puedan tener valor alguno, desde el punto de vista decisorio, las alusiones que la sentencia recurrida hace a la «conciencia colectiva» respecto a las obras de interés artístico y arqueológico, que se contienen en el Preámbulo del Proyecto de la Ley de 1933—que no en la propia ley—, porque la frase, con independencia de su valor literario, carece de todo significado y alcance jurídicos, según ponen de relieve las consideraciones siguientes: a) en primer lugar, porque es conocida la doctrina de este Tribunal Supremo en el sentido de que las declaraciones preliminares o exposiciones de motivos de las leyes no pueden nunca prevalecer frente al texto articulado de las mismas, según se dijo, entre otras, en las sentencias de este Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1929, 27 de junio de 1941, 5 de junio de 1945, 27 de diciembre de 1947 y 14 de octubre de 1965; doctrina que se agudiza cuando, como en el presente caso, la alegada declaración preliminar consta que lo fue del proyecto de la ley de referencia, a la que no pasó en su edición oficial, que no contiene, por otra parte, derogación alguna de los principios generales aquí invocados; b) y en segundo término, porque la aludida frase no puede tener otro alcance que el puramente programático y justificativo de una idea de limitación del derecho de propiedad, en modo alguno la modificación del sistema vigente hasta entonces y, sin duda, hasta el momento

actual, con la finalidad, antes señalada, de proteger el patrimonio artístico y arqueológico de la nación, todo ello al modo como se denuncia en el motivo primero del recurso, donde por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega violación de los artículos 4, párrafo segundo; 5, y 6, párrafo primero, de la Ley de Excavaciones de 7 de julio de 1911, en relación con los 350 y 351 del Código civil, que, en su virtud, deben ser estimados.

Quinto considerando: Que por lo que afecta al resto de los objetos artísticos y arqueológicos encontrados, hay que hacer a su vez una doble delimitación: a) en primer lugar, en relación con los que lo fueron durante la vigencia del contrato de 1969, a cuyo tenor lo hallado era de la propiedad del descubridor, correspondiendo al propietario del terreno—actual recurrente—el 25 por 100 del valor de lo descubierto si, como dice el propio contrato, se hubiera encontrado por casualidad, y b) en segundo término, lo descubierto fuera de la vigencia de aquél, donde de nuevo es forzoso distinguir, de un lado, lo hallado en la propiedad del explorador, que, evidentemente, será suyo, con el derecho del Estado a adquirirlo previo abono de la pertinente indemnización, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 4 de la Ley de 7 de julio de 1911, y, de otro, lo encontrado fuera de dicha propiedad, que habrá de quedar sometido al mismo régimen que el antes señalado para la estatua conocida como «Dama de Baza», a precisar todo ello, en período de ejecución de sentencia, a la manera como se dijo en la sentencia de primer grado y se alega en los motivos segundo y cuarto, que, consiguientemente, deben ser estimados, y con ellos la totalidad del recurso interpuesto, sin necesidad de analizar el señalado con el número tres, casando y anulando la sentencia recurrida, sin que sean de apreciar méritos que permitan hacer declaración especial en cuanto a las costas causadas.

B. COMENTARIO. a) *Descripción de la estatua hallada*.—«¡Dama de Baza!» No podía comenzar estos comentarios sin ir antes a visitarte a tu sede madrileña. He ido. Rindo pleitesía a tu empaque, a tu solemne señorío, a tu enigma, a tu hondo misterio. ¿Eres sólo la urna cineraria de un rico guerrero, artística arqueta guardadora de sus cenizas? ¿Eres imagen de la Diosa de la vida y de la muerte, de nuestros lejanos antepasados iberos? Ese pichón que, suavemente, aprisionas en tu siniestra mano, ¿es, de verdad, «símbolo del alma que ha escapado de las cenizas del muerto», como afirma tu emocionado descubridor material y primer biógrafo? (1).

Has dejado la oscuridad, el denso silencio, silencio de tumba, sedimentado silencio del Cerro del Santuario, en los campos de Baza, por una urna de cristal, que poco te favorece, en amplia sala de la calle de Serrano madrileña. ¿Tenías curiosidad por este agitado mundo nuestro? Llegaste y venciste. Llenas la sala y casi el Museo. ¡Ay!, sorprendida «Dama de Elche», hoy un tanto segundona, ¿qué ha sucedido? Tal vez más valiera que la tumba 155 hubiera seguido ignorada y oculta por los siglos de los siglos bajo las plantaciones de almendros. Se habrían evitado litigios y quebraderos de cabeza para averiguar tantas cosas que esa nueva «Dama» nos insinúa y no sabe aclararnos. Se habría evitado eso de señalarla como ejemplar único por sus dimensiones, por su policromía... ¡Ay! ¡Esos restos de pintura, rosa vivo, en los labios! Se habrá ahorrado, tal vez, tu disgusto, «Dama de Elche», que ahora todo van a ser enojosas comparaciones.

Informemos a los lectores de cómo es la figura descubierta copiando la descripción del profesor PRESEDO: «Es una figura de mujer sedente en un trono con respaldo de aletas, en bastante buen estado de conservación. Va estucada y pintada en su totalidad... La figura, en general, está bien modelada, especialmente el rostro y los vestidos, así como el trono; pero,

(1) Véase FRANCISCO PRESEDO VELO: *La Dama de Baza*, Museo Arqueológico Nacional, Madrid, 1973.

no obstante, adolece de una gran rigidez de actitud y se ve claramente que el artista se esmeró en la cara, las manos y los pies, dejando el pecho, el vientre y el regazo sin un tratamiento detallado. Destaca la calidad de los adornos, así como la pintura, que demuestra un sentido muy pronunciado del modo de hacer artesanal. Medidas: altura, 1,30 m.; anchura total, 1,05 m. El rostro es ovalado con una frente alta y recta. La nariz de una gran perfección, que casi continúa la línea de la frente, con aletas bien proporcionadas y la punta fina. Los ojos, ligeramente inclinados hacia abajo, estuvieron pintados, pero ha saltado el color. Las pestañas están finamente dibujadas en negro sobre unas pequeñas incisiones. Las cejas, arqueadas, muy finas y pintadas de negro; la izquierda algo más alta que la derecha. La boca, muy bien dibujada, conserva restos de pintura rosa vivo. Los labios se pliegan en un rictus de melancolía muy característico de toda la figura. El mentón bien dibujado, apreciándose un poco de papada. El cabello, rizado y negro, asoma muy ligeramente debajo del tocado de la cabeza. Va peinado en bandós que se recogen en dos rodetes a ambos lados de las mejillas, que el artista hace resaltar con un pequeño relieve. El rostro va pintado, como las manos, de un color rosado, aunque los labios se subrayan con un tono más vivo. El cuello se oculta bajo los collares, y los brazos debajo del manto. El pecho es plano, sin el menor asomo de senos. El vientre está indicado por unos pliegues del vestido. Las manos, del mismo color que la cara, asoman debajo de los pliegues del manto. La derecha apoya la palma sobre la rodilla, presionando el pliegue del manto con el pulgar abierto. Está tratada con cierta torpeza y rigidez. Sufrió algún deterioro y puede verse un anillo en el dedo anular y dos en el índice. La mano izquierda está cerrada, ocultando su dedo meñique, y aprisiona un pichón, cuya cabeza asoma por el hueco entre los dedos pulgar e índice. Se ve cómo el artista representó hasta un ala con cierto realismo. Va pintado de azul intenso, en que destaca un punto negro que representa el ojo de frente al espectador. También puede apreciarse parte del buche. La mano lleva un anillo en la segunda falange del dedo índice y dos en la primera, uno en la primera falange del anular y dos en la segunda. Los pies de la figura van calzados con una especie de babuchas rojas con suela y descansan sobre un cojín rectangular, en el que se aprecian restos de pintura azul. El traje: La figura va cubierta con un manto que la cubre de la cabeza a los pies, pero que deja ver perfectamente toda la figura. Cae desde la cabeza hasta los hombros con cuatro graciosos pliegues que enmarcan la cara, en los que se ha huido, en la medida de lo posible, de la simetría a ultranza... El manto estaba pintado de azul claro, aunque dicho color lo ha perdido casi por completo. En el borde lleva un adorno muy peculiar, consistente en una franja de unos 6 cm. de ancho; la primera banda es de rojo bermellón continuo, sigue otra banda de ajedrezado blanco y rojo en tres líneas y, finalmente, un borde pintado de azul intenso. Es de notar que la misma franja se repite en el forro, como puede verse en los pliegues. La figura va vestida, en sentido estricto, con una túnica, cuyo escote se ve debajo de la tercera gargantilla, que le llega desde el cuello hasta los pies, que debió ir pintada de azul y que remata con una franja con los mismos motivos y colores que los del manto. Debajo de esta túnica asoman dos sayas más que no llevan color, la última de las cuales se pliega sobre los zapatos hasta el cojín, ya citado. Los zapatos acusan la forma de los dedos de los pies. El tocado: La 'Dama' lleva un tocado de cabeza consistente en una cofia o tiara que se levanta en el occipucio y se ciñe al cráneo desde la frente y tapa las orejas, dejando fuera sólo el lóbulo de las mismas... La cofia va decorada con una serie de tres franjas transversales, de las cuales la última parece una diadema de cuentas o bien una parte de la tiara... La figura lleva sendos pendientes en las orejas, verdaderamente singulares por su tamaño... El cuello lo

lleva cubierto de cuatro gargantillas, pintadas de blanco, de cuentas... Por encima de la túnica presenta un gran collar del tipo conocido desde hace mucho tiempo en la arqueología española... De este collar penden cinco colgantes... El trono o sillón: La figura se asienta sobre un trono muy característico tallado en el mismo bloque. Indudablemente representa un sillón de madera, que el artista ha reproducido con toda fidelidad. Es el clásico trono de cuatro patas verticales, braceros y respaldo. La urna: Pero el detalle más importante de la estatua es el que revela su finalidad primordial, por no decir exclusiva. Toda la escultura no es más que una urna funeraria. En la parte derecha del trono, entre el travesaño y el brazo, se abre un agujero de 0,17 m. de ancho, 0,16 m. de alto y 0,22 m. de fondo. Se mete hacia abajo por un espacio de unos 0,30 m., de manera que el bloque debajo del trono queda perforado en su mayor parte. En esta urna se depositaron las cenizas del difunto... Toda la estatua se asienta sobre una base cuadrada, que se remata con cuatro chaflanes. El color: El mayor mérito arqueológico y artístico de la 'Dama de Baza' es, sin duda, la policromía que conserva. Esto es lo que la constituye en un ejemplar único dentro de la escultura española antigua... Al describir la estatua ya hemos anotado los colores en detalle. Ahora resaltaremos que el color de la carne es característico e inconfundible de un tono rosado, que se aplica siempre, incluso en los lóbulos de las orejas.»

Entrando ya en el campo jurídico, a la vista de tan clara y minuciosa descripción, habida cuenta de los hechos probados, ¿qué eres, «Dama de Baza»? ¿Una «ruina» de las del artículo 4 de la Ley de 7 de julio de 1911? ¿Una «antigüedad» de las recogidas en el mismo precepto? ¿Un «tesoro» de los contemplados en el artículo 351 del Código civil, concepto jurídico de tanto abolengo en nuestro Derecho, ya regulado en el romano?

b) *Legislación vigente.*—Traigamos a colación la legislación vigente en la materia. Es la siguiente:

1. Los artículos 350, 351 y 352 del Código civil.
2. La Ley de Excavaciones Arqueológicas, Conservación de Ruinas y Antigüedades de 7 de julio de 1911, vigente en cuanto a excavaciones y a los objetos en ellas descubiertos, por expresa declaración de la Ley del Tesoro Artístico de 13 de mayo de 1933.
3. El Reglamento para aplicación de la ley anterior de 1 de marzo de 1912, con la limitación indicada antes.
4. La Ley del Tesoro Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933.
5. El Reglamento de 16 de abril de 1936 para aplicación de la ley anterior.

a') La legislación especial carece de sistemática. No ha derogado el Código.

Si esas Leyes, la de 1911 y la de 1933, hubieran sentado normas opuestas a las del Código civil, sería válido afirmar que lo habían derogado, que debían prevalecer sobre aquél. El rango de ley les da fuerza para ello y son posteriores. Mas si examinamos su contenido, nos damos cuenta, por un lado, que carecen de una sistemática y clara relación con el Código civil y, de otro, que sus preceptos que pudiéramos llamar fundamentales no son opuestos a las reglas del Código.

El segundo considerando del Tribunal Supremo viene a decir que no deroga esta legislación especial las reglas fundamentales del Código, sino que las completa. Y es que no hay que perder de vista que la Ley de 1911 es una Ley de Excavaciones y Conservación de Ruinas y Antigüedades, y que la Ley de 1933 del Tesoro Artístico sólo se refiere de manera marginal a la cuestión fundamental de la propiedad.

El recurrente reconocía que la Ley de Excavaciones y disposiciones

complementarias tenían el carácter de legislación especial de aplicación preferente, pero ello no llevaba consigo—decía—la derogación absoluta de los artículos pertinentes del Código civil. Lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 351 del Código civil—alegó—coincide con lo prevenido en los artículos 4 y 6 de la Ley de 1911. No hay una atribución directa al Estado, sino un derecho preferente a la adquisición. La diferencia entre el régimen del Código civil y el de la legislación especial estriba—añadía—en que aquél otorga ese derecho preferente también cuando el descubrimiento se produce por casualidad, mientras la Ley de 1911, cuando concurre la casualidad atribuye directamente al Estado la propiedad, en tanto mantiene el derecho de adquisición preferente en las hipótesis en que la casualidad falte. Como, sin duda—seguía diciendo—, el descubrimiento de la «Dama de Baza» no fue casual, el problema debatido se plantea en una zona normativa en la que coinciden el criterio del Derecho común y el del Derecho especial. Esta coincidencia sustancial—añadía—es muy importante, pues cualquier duda habrá de resolverse en la directriz del Derecho común.

Esta argumentación vino a ser recogida por la sentencia que comentamos.

c) *Concepto legal de la figura descubierta*.—Intentando contestar a la pregunta que antes nos formulábamos referente a la consideración que pueda asignársele a la figura descubierta, habida cuenta de la normativa expuesta, la respuesta tiene que estar también con el considerando segundo. Es una «antigüedad» de las definidas en el artículo 2 de la Ley tan citada de 7 de julio de 1911, si bien el considerando cuarto, al razonar el derecho a indemnización, se remite al párrafo segundo del artículo 4 de la misma ley, que se refiere a «las ruinas, ya se encuentren bajo tierra o sobre el suelo, así como las antigüedades utilizadas como material de construcción en cualquiera clase de obras».

El recurrente, en el primer motivo del recurso, califica el hallazgo de «ruina». El tema queda integrado—dijo—en el supuesto de las ruinas: «Porque el paraje se define como un campo arqueológico en el que existen numerosos enterramientos..., constitutivos de una necrópolis construida y utilizada como tal durante siglos, siendo su origen anterior a la era cristiana; porque la estatua sedente, luego denominada 'Dama de Baza', apareció al excavar la tumba 155, que es una de las 178 tumbas excavadas; porque, aparte de que la tumba y la fosa—a modo de pequeño templo—son, en sí mismas, obras y ruinas, la propia estatua ha de merecer igual conceptualización jurídica en cuanto constituye uno de los elementos—el elemento principalísimo—de los materiales utilizados para la obra.»

No obstante, parece más correcta la calificación de «antigüedad».

d) *¿A quién pertenece?*—Siguiendo nuestro razonamiento, tenemos que la «Dama» renacida al sol de nuestro siglo, es una «antigüedad»; se ha descubierto en una excavación; el descubridor ha sido persona ajena al dueño del terreno, y aquél tenía autorización administrativa para excavar, pero en sus trabajos se pasó de los límites de su finca y fue a encontrar la «Dama» en finca ajena. ¿A quién pertenece el hallazgo?

La sentencia de la Audiencia Territorial entendió que pertenecía al Estado (el descubridor le había cedido sus derechos) y absolvió a los demandados.

Campea en ella la idea de que la legislación especial niega al propietario del fundo todo derecho a los objetos hallados en el subsuelo, porque pertenecen a la comunidad. Se funda primeramente en el Preámbulo del Proyecto de la Ley de 1933. Según éste, la estimación de tales antigüedades es «fruto del alma colectiva que fue reflejando en ellas su propio sentir y que a través del tiempo las valorizó, sin que a ello contribuyeran con su trabajo y esfuerzo los actuales dueños».

Sistematizó los preceptos de dicha legislación especial así: Si hay hallazgo casual, la propiedad es del Estado y la indemnización del inventor; si se trata de excavaciones autorizadas, corresponde al descubridor un dominio restringido, y si las excavaciones se realizaron sin autorización (excavación «fraudulenta»), el explorador pierde lo hallado.

El recurrente atacó esta resolución de la Audiencia con las razones siguientes: En cuanto a la cita del Preámbulo del Proyecto de Ley de 1933 («fruto del alma colectiva»), alegó que «la frase es inocua. Porque no está integrada en una norma y porque tampoco forma parte de la exposición de motivos de una ley, ya que la Ley de 13 de mayo de 1933 carece de exposición de motivos o preámbulo. De estar en la exposición de motivos carecería de valor normativo directo; mas si donde aparece el fragmento recogido por la sentencia es en el 'preámbulo del proyecto' de la Ley de 13 de mayo de 1933, no cabe duda que no tiene ningún valor preceptivo e incluso interpretativo, pues no parece muy aventurado pensar que si teniendo el proyecto preámbulo y no teniéndolo la ley, hay como una desautorización tácita de lo dicho en el preámbulo que no se mantiene en la ley».

«Nótese que de la Ley de 13 de mayo de 1933 no puede derivarse tan furibundo apotegma desconecedor de todo derecho de la propiedad privada, por cuanto, aparte de no contener la correspondiente fórmula derogatoria, declara que quedan subsistentes las disposiciones anteriores 'en todo lo que no se opongan a las prescripciones de esta ley', y además el artículo 37 dispone: se mantendrán en vigor todos los preceptos de las Leyes de 2 de junio y 7 de julio de 1911, en cuanto se refieren a las excavaciones y a los objetos en ellas descubiertos ínterin no se publique una nueva ley. Consiguientemente, los preceptos de la Ley de 11 de julio de 1911... sobrevivieron a la Ley de 1933, que no tuvo esos efectos mortales para la propiedad privada que quieren derivarse de un fragmento aislado de un preámbulo no recogido por la ley.»

«Si sorprende el alegato del derecho atribuido por entero a la comunidad, no menos sorprende la sistematización de los supuestos legales que puede verse en el considerando quinto de la sentencia» (se refería el recurrente a la sistematización que antes hemos copiado), y añadía: «Para construir tal cuadro sinóptico ha sido preciso omitir preceptos tan fundamentales como los artículos 4 y 6 de la Ley de 7 de julio de 1911 y borrar todo vestigio del Código civil, que en materia de arqueología sólo tendrá un valor arqueológico.»

El motivo de casación, que comprendía tales alegaciones, triunfó. Tenía que triunfar. Los considerandos cuarto y sexto de la sentencia del Tribunal Supremo, que quedan copiados, dan respuesta a esos razonamientos.

Un «entorno vital», una valoración subjetiva de lo acaecido, acorde y a tono con un moderno sentido social de la propiedad y el concepto de los límites de la misma, influyó tal vez en la Audiencia a la hora de decidir. Recordemos con DÍEZ PICAZO (2) que «la *interpretatio juris* ofrece al intérprete una serie o un haz de posibilidades, es decir, una serie de variantes entre las cuales tiene que optar... La selección entre las variantes no es una tarea que sea fácil y cómoda. Por el contrario, resulta sumamente complicada. Hay, es cierto, una gama de criterios científicos de orden hermenéutico: el sentido histórico, los intereses en juego, la finalidad de la norma, etc. Pero hay también ese entorno vital del Juez y el sentido valorativo que él mismo ha dado ya a la historia que está viviendo. Entonces... no se ajusta el caso a la norma, sino al revés, esto es, interpretándola se ajusta la norma al caso».

e) *Crítica de la legislación especial.*—La legislación que venimos estu-

(2) DÍEZ PICAZO: *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, 2.ª ed., Ed. Tecnos, pág. 4, prólogo.

diando adolece, repetimos, de falta de sistematización y podemos añadir que de claridad, y no está acorde con la actual doctrina sobre los límites de la propiedad.

Cuando escribimos estas líneas llega a nuestro conocimiento la *Revista de Derecho Privado*, número de julio-agosto, con un extenso y razonado comentario de esta sentencia salido de la pluma del Notario de Madrid don JOSÉ LUIS ALVAREZ.

En él expone que «existen aquí tres intereses en liza: el interés de la colectividad representada por el Estado, el interés del que la descubre por azar o con esfuerzo y el interés del dueño del terreno donde se hallan. Nos parece—añade—que las soluciones dadas a este conflicto por las normas vigentes y por la interpretación jurisprudencial no son las más adecuadas al estado de nuestros sentimientos actuales. Para nosotros—sigue diciendo—, tenemos que confesarlo aun a riesgo de estar equivocados, el interés superior es el de la colectividad. Pero no sólo el interés, sino también el derecho... Y es preciso poner en orden los intereses colectivos y particulares, respetando todos, pero graduándolos. Y en el caso que nos encontramos de los hallazgos de antigüedades, coordinar esos derechos de la colectividad sin perder de vista: Los derechos del descubridor: Porque si se mata la ilusión y la iniciativa privada, también en este campo el daño es grave. De una parte, se ocultarán los hallazgos con grave daño del patrimonio y, de otra, se eliminará el deseo de los particulares de excavar, cuando lo que se necesita es una clara colaboración de la sociedad dada la insuficiencia de los medios del Estado. Los derechos del dueño del terreno: Tanto en cuanto a la forma en que las intromisiones sean tasadas y lo menos molestas posibles, como en cuanto que los perjuicios y dilaciones que un hallazgo comporta sean los más reducidos. Porque sólo así el dueño del terreno no temerá que el hallazgo se produzca y no colaborará a que se destruyan o desaparezcan los restos para evitar que su propiedad caiga en una especie de congelación antieconómica. Pero siempre sobre la base del preferente derecho de la colectividad y sobre la base de que a la hora de fijar las valoraciones, en ningún caso parece justo pagar al descubridor y dueño del terreno el precio o valor de la cosa artísticamente considerada. Ahí hay un derecho o una plusvalía que son del Estado—sigue diciendo—, y aunque cifrarlos es muy difícil, es indudable que al descubridor o dueño les podrá corresponder una parte alícuota del valor intrínseco o artístico del hallazgo, mayor o menor según las circunstancias, pero nunca la totalidad de él».

Estas ideas, en verdad, no son nuevas. En una edición de 1926 del clásico CASTÁN (3) puede leerse: «Modernamente hay una marcada tendencia a atribuir al Estado derechos sobre el tesoro, al lado o en sustitución de los derechos que la doctrina clásica atribuía, por el principio de aceción, al propietario. Esta adquisición en virtud del simple derecho de propiedad, explicable, dice BARASSI, en otros tiempos por el carácter absorbente de la propiedad quiritaria romana, es hoy muy discutida, pareciendo más lógico que estas cosas, residuos de viejas civilizaciones, pertenezcan a la colectividad.»

En el actual Derecho inglés se ha conservado una regalía de tesoros (leemos en ENNECERUS), y el Código civil suizo la ha establecido para cuerpos naturales y antigüedades de valor científico considerable.

Resumiendo: Es necesario un Ordenamiento jurídico del patrimonio arqueológico, histórico y artístico nacional, en el que se regule con claridad lo referente a la propiedad de los objetos hallados en ruinas y excavaciones (4).

(3) J. CASTÁN: *Derecho Civil*, Madrid, Ed. Reus, 1926.

(4) Es escasa nuestra bibliografía sobre el patrimonio artístico. Puede verse: EDUARDO ROCA ROCA: *El Patrimonio Artístico y Cultural*, Inst. de Estudios de Administración Local, Madrid, 1976.

f) *Ejecución de la sentencia*.—Leemos en el fallo de la sentencia de Primera Instancia, confirmada en todos sus términos por el Tribunal Supremo, que se indemnice al actor en la mitad del valor en que se justiprecie la pieza arqueológica denominada «Dama de Baza», valor que habrá de obtenerse en tasación pericial, verificada por tres Peritos titulados y «que reúnan las condiciones que se determinan en esta resolución», uno de los cuales podrá ser designado por el actor.

¿Qué vale la «Dama»? ¿Qué criterios seguirán para su estimación? ¿Se llegará a un acuerdo? ¿Habrá otro litigio? Queda abierta nuestra curiosidad natural y jurídica.

A este respecto recordemos, aunque no estemos propiamente ante un caso de expropiación, que la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 26 de abril de 1957 dedican sendos capítulos (el tercero del título tercero) a la expropiación de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico.

BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ
Registrador de la Propiedad