

# OTRO PUNTO DE VISTA SOBRE EL CASO *ODYSSEY*

## *ANOTHER POINT OF VIEW ABOUT THE ODYSSEY CASE*

**José Luis Goñi Etchevers y Victor Fuentes Camacho\***

Sumario: I. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR TAL “OTRO PUNTO DE VISTA”. II. EXAMEN DE ALGUNOS PROBLEMAS CONCRETOS; EN PARTICULAR, LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE. III. LA SENTENCIA NORTEAMERICANA SOBRE EL CASO *ODYSSEY*

RESUMEN: El análisis de los problemas jurídicos suscitados por el caso *Odyssey* puede ser abordado desde distintas perspectivas: frente a su más radical enfoque en términos de conflicto de intereses, nos parece más adecuado adoptar como punto de partida una posición conciliadora, inspirada en la idea de que el acceso y la difusión de la cultura y la arqueología subacuática son plenamente compatibles con la existencia de patrimonios históricos nacionales y la preservación de la identidad cultural del Estado del pabellón. Dentro de tales problemas, el de Derecho internacional privado relativo a la determinación de la ley aplicable al supuesto litigioso variará radicalmente en lo concerniente a las soluciones que le serían dispensadas por un tribunal español según el buque y la carga fuesen considerados como una unidad o por separado. Las significativas diferencias que presenta el caso *Odyssey* con otros asuntos nos llevan a rechazar la tesis que contempla el cargamento como integrante de una unidad con el buque transportador y a considerar el primero con carácter independiente. Descartada su calificación como bienes objeto de especial protección en el sentido del art. 40.1 LPHE, su ley rectora debería determinarse en virtud de la norma de conflicto general que se enuncia en el art. 10.1º Cc; pero al resultar impracticable la *lex rei sitae* designada por tal precepto, se impone el recurso a los criterios generales que suministra la ley española a título de *lex fori*, que reconocería el derecho a la propiedad del descubridor de bienes abandonados.

*ABSTRACT: The analysis of the legal issues raised by the Odyssey case might be addressed through various approaches: with regard to the most radical approach in terms of conflict of interest, it seems more appropriate to adopt, as starting point, a conciliatory position based on the idea that the access and dissemination of the culture and the underwater archaeology are fully compatible with the existence of national historical heritage and the preservation of the cultural identity of the flag state. Within such problems, the Private International Law question relating to the determination of the law applicable to the litigious course will vary radically with regard to the solutions that will be dispensed by a Spanish court under the ship and cargo from being considered as a unit or separately. The significant differences arisen in the Odyssey case in comparison with other cases lead us to refuse the thesis which considers the shipment as a unit along with the vessel, as well as to consider the shipment itself as an independent element. Once discarded their qualification as cultural property under special protection in terms of art. 40.1 LPHE, the governing law should be ascertained according to the conflict-of-laws rule stated in art. 10.1 Spanish Civil Code; however, as a result of the impossibility of the application of the lex rei sitae, it*

---

Fecha de recepción del original: 3 de noviembre de 2014. Fecha de aceptación de la versión final: 3 de diciembre de 2014.

\* José Luis Goñi Etchevers, miembro de Goñi & Co., abogados. Victor Fuentes Camacho, Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid; correo electrónico: [vfuentes@der.ucm.es](mailto:vfuentes@der.ucm.es)

*seems to prevail the general criteria provided by the Spanish law as lex fori, which grants the right of the property to the discoverer of the abandoned goods.*

**PALABRAS CLAVE:** arqueología subacuática, conflicto de intereses, conciliación de intereses, Derecho internacional privado, ley aplicable, buque, carga, propiedad, abandono, ocupación.

**KEYWORDS:** *underwater archeology, conflict of interest, reconciliation of interests, private international law, applicable law, vessel, cargo, property, abandonment, occupation.*

## **I. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR TAL “OTRO PUNTO DE VISTA”**

### **1. Diversidad de puntos de vista; pero existiendo la más absoluta coincidencia en cuanto al punto de partida (la protección del patrimonio histórico)**

1. El origen de este trabajo reside en una propuesta que nos fue formulada por M.J. Aznar Gómez de participar en una obra colectiva sobre el caso *Odyssey* con una contribución titulada “El otro punto de vista”. Por motivos económicos dicha obra no ha podido ver la luz; pero el reciente fallecimiento de J.L. Goñi Etchevers hace más necesario que nunca publicar nuestro trabajo para que puedan difundirse y conocerse sus valiosas reflexiones. Como en su día entendimos, lo primero que se impone es efectuar, con carácter previo al análisis de cuestiones jurídicas suscitadas por el supuesto litigioso, algunas consideraciones destinadas a concretar el sentido en que deben ser interpretados los términos con que en su día se nos propuso y aceptamos titular nuestro artículo.

2. El interrogante que enseguida nos surgió y no queremos dejar de formular al respecto es el consistente en determinar si y en qué medida cabe hablar de una diversidad de puntos de vista sobre el caso que nos ocupa. La cuestión bien pudiera zanjarse con la más contundente respuesta negativa: nuestro punto de vista en nada difiere del punto de vista de ninguno de los demás participantes en aquel proyecto de obra colectiva si se tiene en cuenta que todos coincidimos en nuestro más absoluto respeto del patrimonio histórico y su defensa. Haciendo abstracción de radicalismos, cabe, no obstante, avanzar algo más para enfocar la referida coincidencia en el sentido de un punto de partida común y admitir como diversidad de puntos de vista las discrepancias que entre nosotros y otros juristas existen en relación a determinados aspectos del asunto y de la sentencia del Tribunal Federal de Atlanta recaída sobre él con fecha 21 de septiembre de 2011<sup>1</sup>, algunos de ellos resueltos y otros todavía no resueltos; en particular, los que tienen que ver con el problema de Derecho internacional privado relativo a la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia. Acaso también existan posturas que, en mayor o menor medida, difieran de la nuestra que, por tal razón, queremos dejar bien sentada desde este mismo instante: para

---

<sup>1</sup> (D.C. Docket N° 8:07-cv-00614-SDM-MAP) dictada en apelación de la sentencia (Order) del Juez de Distrito Merryday de 22 de diciembre de 2009, que adopta el Informe y Recomendación del Juez Pizzo del 3 de junio anterior (Case 8:07-cv-00614-SDM-MAP Document 270 Filed 12/22/2009). Adquirió firmeza al no aceptarse a trámite el recurso ante la *Supreme Court*. V. traducida en la web de Goñi Abogados.

nosotros, lo importante no es tanto la propiedad de los bienes, sino su máximo aprovechamiento para una adecuada difusión de la cultura y de la arqueología subacuática que no tiene por qué ser incompatible con los intereses de los Estados en preservar su identidad cultural. Ésta es nuestra perspectiva, la de una deseable conciliación de intereses que trataremos de precisar con algún detenimiento antes de penetrar en el examen de los puntos sobre los cuales nos gustaría que se conociese nuestra opinión.

## **2. Perspectivas desde las que, respectivamente, ha sido y pudiera haber sido abordado el análisis del problema: conflicto de intereses y conciliación entre los mismos**

3. Nuestro conocimiento del Derecho internacional privado nos ha servido para apreciar la importancia de algunas de sus normas en cuanto mecanismo de combate tanto del tráfico ilícito internacional de bienes culturales en general como, más concretamente, del riesgo de dispersión del patrimonio cultural subacuático. Ahora bien, para el caso particular de los bienes que integran del patrimonio cultural subacuático, entendemos que debería recurrirse a su utilización como remedio último, sólo para el supuesto de que no prosperasen otras fórmulas preventivas aparentemente más suaves pero no menos eficaces en la práctica. A esta conclusión nos ha conducido la comparación de los intereses presentes en el contexto general del tráfico ilegal de cualesquiera bienes culturales protegidos y en el más específico del comercio lícito y tráfico ilícito de bienes pertenecientes al patrimonio cultural subacuático.

4. En el primero de ambos el problema se plantea en términos de conflicto entre los intereses de los miembros de la que P. Lagarde denominara “pareja dividida y hostil” formada por el reivindicante y el demandado de reivindicación<sup>2</sup>. Uno y otro pueden ser bien Estados o bien particulares, dando lugar tales circunstancias a múltiples combinaciones. Pero la situación más frecuente es aquella en que la acción reivindicatoria se ejercita por la representación del Gobierno del Estado de origen frente a un particular. Para estos supuestos suele entenderse que a favor del Estado reivindicante existe un derecho de propiedad “de segundo grado” que debe prevalecer sobre el derecho de propiedad “de primer grado” o meramente civil que tendría el demandado adquirente *a non domino* de buena fe del bien litigioso<sup>3</sup>. Los intereses públicos estatales estarían prevaleciendo así sobre los puramente privados.

Llegados al punto anterior, debemos interrogarnos sobre los intereses de la comunidad internacional. La cuestión se cifra en determinar si operan en el mismo sentido que o en

---

<sup>2</sup> Cf. “Le commerce de l’art en droit international privé français”, en AA.VV., *International Sales of Works of Art – La vente internationale d’oeuvres d’art (Coloquio. Ginebra, 11-13 abril 1985)*, París / Ginebra, 1988, p. 390, y “Commerce et protection des biens culturels en droit international privé”, en AA.VV., *La protection des biens culturels (3es. Journées franco-helleniques. Tesalónica. 1-4 octobre 1986)*, Journées de la société de législation comparée, 1986, vol. 8, p. 424.

<sup>3</sup> Por todos, hace ya treinta años, G. Koumantos, “La protection juridique internationale des biens culturels. Rapport introductif”, *La protection juridique internationale des biens culturels (Actes du troisième colloque de droit européen. Delfos. 20-22 septembre 1983)*, pp. 14-15.

sentido contrario a los intereses de los Estados de origen de bienes artísticos, históricos o arqueológicos en defender su identidad cultural. En el debate que está planteado en torno a este extremo aparecen enfrentadas las dos actitudes denominadas por un sector de la doctrina “nacionalismo cultural” e “internacionalismo cultural”<sup>4</sup>.

Quienes se autoproclaman defensores de la actitud que llaman “internacionalista” aducen la noción de “patrimonio cultural común de la humanidad” a título de principal argumento contrario a la protección que merecen los intereses de los Estados de origen de bienes culturales. La referida noción no debe entenderse en el sentido de respeto de la identidad cultural de cada Estado por los demás países del mundo, sino en el de necesidad de asegurar, por encima de aquélla, un equilibrado reparto de las riquezas culturales del planeta entre todos los Estados que lo integran. Para fundamentar su posición, tales autores invocan valores como la mejor conservación de las creaciones culturales en su Estado de destino, el acceso a la cultura y su libre difusión a nivel mundial.

La buena intención que subyace tras la concepción anterior queda fuera de toda duda si nos ceñimos a la contemplación de supuestos como los de préstamos de obras de arte para exposiciones temporales o cualquier variante de su comercio lícito. No obstante, presenta el grave inconveniente de que, en su afán por justificar esos supuestos, también suele acabar siendo útil para legitimar el tráfico ilícito internacional de bienes culturales; al menos, en los abundantes casos en que los mismos resultan “blanqueados” como consecuencia de una o más adquisiciones sucesivas por terceros de buena fe. Los argumentos esgrimidos por quienes se consideran “internacionalistas culturales” son, además, rebatibles a través de otras consideraciones. Sintetizadas al máximo, se trata de las siguientes<sup>5</sup>: de una parte, como mejor se asegura la conservación de bienes culturales -sobre todo, arqueológicos- es *in situ*, y, de otra parte, a las nociones de difusión y acceso se contraponen la denominada “falta de acceso”, que lleva a cuestionar la idoneidad de calificar como libre una circulación de creaciones culturales que casi siempre se realiza en el mismo sentido, constituyendo un flujo desde países con un rico patrimonio histórico pero económicamente pobres hacia Estados económicamente más favorecidos. La idea de un patrimonio cultural común de la humanidad no es, por consiguiente, incompatible con la existencia de patrimonios culturales nacionales; tampoco lo son los intereses de la comunidad internacional con los intereses de los Estados de origen de bienes culturales. Estos bienes tienen un valor intrínseco, constituyen testimonios de civilizaciones y el interés de los Estados en que han sido creados en preservar su identidad cultural es reconocido y debe ser garantizado por la comunidad internacional.

5. Las consideraciones generales que anteceden nos sitúan en condiciones para descender a la precisión de los intereses que convergen en el más concreto contexto del

---

<sup>4</sup> Con especial énfasis, J.H. Meryman, “Two Ways of Thinking about Cultural Property”, *A.J.I.L.*, 1986, pp. 831-853.

<sup>5</sup> Más pormenorizadamente, las mismas han sido efectuadas entre nosotros por V. Fuentes Camacho, *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales (Perspectiva del Derecho internacional privado español)*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 67-75.

mar. Mirando el mar desde dentro hacia fuera<sup>6</sup> y teniendo en cuenta los límites de las 12 y de las 200 millas marinas, procede efectuar una distinción entre las dos siguientes situaciones: arqueología marina sumergida en aguas internacionales, y arqueología marina sumergida en aguas territoriales, en aguas bajo soberanía estatal.

En la primera categoría se inscriben los casos como el del Titanic. Se trata, primordialmente, de los que versan sobre pecios hundidos en alta mar. En ellos se suscita un conflicto de intereses en forma muy similar a la expuesta más arriba: existen un Estado de origen que se concreta en el del pabellón, un descubridor y/o explorador submarino que puede actuar por cuenta propia o auspiciado por un Estado normalmente distinto del de origen y, por último, puede llegar a existir un adquirente final que, a su vez, variará según se trate de una entidad estatal o de un particular. Análogamente a lo que sucede en el contexto general del tráfico ilícito internacional de cualesquiera bienes culturales, no cabe ninguna duda de que los intereses del Estado de origen deben prevalecer sobre los de los demás agentes implicados en el conflicto.

Más controvertidos pueden resultar, dentro de las situaciones pertenecientes a la segunda categoría, los casos de pecios sumergidos en aguas bajo la soberanía territorial de un Estado distinto del de su pabellón [pensemos en los numerosos galeones españoles (y otros tipos de buques históricos) hundidos en todas las costas del mundo, o también en los pecios holandeses antiguos hundidos o encallados cerca de las costas australianas, por citar algunos de los más característicos ejemplos a los cuales se añade todo un larguísimo etcétera]. En estos otros supuestos nos encontramos con un factor que viene a complicar las cosas: a los intereses de los sujetos anteriormente mencionados se suman los de un Estado ribereño cuya soberanía será más o menos intensa dependiendo de la mayor o menor cercanía del pecio a su línea de bajamar.

Entendemos que al ser mayor el *quantum* de agentes implicados y más compleja la ponderación de sus respectivas legitimaciones, la problemática de la concurrencia entre sus intereses no debería ser afrontada y resuelta en términos de conflicto, sino en términos de conciliación. El Derecho internacional público se configura como una herramienta bastante útil para intentar lograrla, cual demuestran los avances que han supuesto la Convención de la Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, y la Convención de la UNESCO para la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, aprobada en París el 2 de noviembre de 2001<sup>7</sup>. Pero más podría avanzarse aún mediante otros tipos de acuerdos más específicos

---

<sup>6</sup> En español se ha usado tradicionalmente “mar adentro” en el sentido de alta mar –el mar visto desde tierra- (lo que en Inglés se denomina “*off shore*”) y así lo utilizamos aquí.

<sup>7</sup> Vid., en la doctrina española, el análisis de ambos instrumentos normativos efectuado por F.J. Carrera Hernández, *Protección internacional del patrimonio cultural submarino*, Salamanca, Edics. Univ., 2005, pp. 41-77 y 79-126, respectivamente, y las más breves pero no por ello poco críticas consideraciones sobre uno y otro vertidas por J. Juste Ruiz, “Buques de Estado hundidos y protección del patrimonio cultural subacuático: el llamado <<Caso Odyssey>>”, *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia* (A.M. Badía Martí, A. Pigrau Solé y A. Olesti Rayo, coords.), vol I, Madrid / Barcelona / Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 436-440 y 440-444. Por lo que atañe con carácter específico al texto concluido bajo los auspicios de la UNESCO, vid. M.J. Aznar Gómez, *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático con*

y reducidos en cuanto al número de partes: por un lado, convenios bilaterales de cooperación entre los Estados del pabellón y costero<sup>8</sup>; por otro lado, contratos de colaboración entre tales Estados y empresas no piratas, sino serias y solventes, poseedoras de una tecnología punta de la que no disponen aquéllos, mediante los cuales dicha tecnología pueda ponerse al servicio del verdadero acceso y la verdadera difusión de la cultura y la arqueología subacuática; acceso y difusión plenamente compatibles – no dejaremos de insistir en ello- con la existencia de patrimonios históricos nacionales y la preservación de la identidad cultural del Estado del pabellón.

## II. EXAMEN DE ALGUNOS PROBLEMAS CONCRETOS; EN PARTICULAR, LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

### 1. Delimitación

6. Precisado nuestro punto de vista, podemos centrarnos en el análisis de cuestiones jurídicas. Dentro de las varias que plantea el asunto que nos ocupa, nos ha parecido oportuno seleccionar, por su interés, la relativa a la determinación de la ley aplicable al fondo, que no se resolvió en la sentencia al haber sido estimada la excepción de inmunidad soberana interpuesta por la representación del Gobierno español. Acometeremos su estudio desde el hipotético prisma de un tribunal de nuestro país que estuviese actuando en el caso como juzgador de fondo (*v. gr.*, por haberse suscitado el mismo ante él y haber optado el Gobierno de España por actuar como parte renunciando implícitamente a su inmunidad de jurisdicción), para interrogarnos sobre las posibilidades de que fuera o no aplicable la ley española y de que, en caso afirmativo, su aplicación beneficiase más o menos a España.

7. La solución del problema -conviene apuntarlo *hic et nunc*- variará radicalmente según el cargamento se considere jurídicamente como parte del pecio o como *res* separable. Esta cuestión sí fue resuelta por el Tribunal Federal de Atlanta en su decisión; pero lo fue a los solos efectos de otorgar al cargamento la misma protección que al buque, rechazando así la tesis de la separabilidad mantenida por *Odyssey*, Perú y los veinticinco demandantes individuales. Nuestra intención es plantear, desde la perspectiva española, las consecuencias de cada uno de esos dos posibles enfoques sobre la problemática no resuelta de determinación del *ius*, a lo cual dedicaremos los dos siguientes epígrafes del presente apartado. A su vez, dentro del epígrafe correspondiente al enfoque del cargamento de monedas como bien totalmente

---

*especial referencia al caso de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 207-337, y la interesantísima interpretación de su art. 2.8 realizada por este último autor en “Treasure Hunters, Sunken State Vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage”, *Intl’ J. Marine and Coastal Law*, 2010, pp. 209-236.

<sup>8</sup> Mecanismo, este último, al que hace referencia M. Aznar Gómez junto con los demás tipos de acuerdos mencionados por el art. 6.1 de la Convención de la UNESCO de 2001 (*vid. loc. ult. cit.*, pp. 235-236, y del mismo autor conjuntamente con O. Varmer, “The *Titanic* as Underwater Cultural Heritage: Challenges to its Legal International Protection”, *Ocean Development. & International Law*, 44, 2013, pp. 103-105).

independiente del buque transportador, se efectuará una bipartición que permita valorar los resultados que se derivarían de considerar tal cargamento como bienes objeto de la especial protección dispensada por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, y como bienes que no merecen esa protección.

## 2. El barco y su cargamento considerados jurídicamente como una unidad

8. En el Derecho positivo español la radical separación entre los conceptos de buque y carga transportada no se discute. Únicamente a nivel doctrinal alguien que resulta ser uno de nosotros, V. Fuentes Camacho, ha defendido la tesis de que ciertos bienes que han sido encontrados sumergidos pueden considerarse jurídicamente como integrantes de una unidad con el buque al cual pertenecieron. Dicha tesis fue defendida en el caso de la campana de la *Santa María*, relativo, como el que nos ocupa, a un bien que fue hallado sumergido; pero que, como se verá, presenta diferencias muy significativas con el cargamento de monedas del *Cisne Negro* o, si se prefiere, de *Nuestra Señora de las Mercedes*. Se trata de una posición que tiene su origen en ciertos casos en los cuales se debatió sobre la posibilidad de que, a los efectos de determinar su ley aplicable, las porciones movilizadas de determinados bienes inmuebles fuesen calificadas como bienes inmuebles por destino.

A falta de jurisprudencia española sobre el problema relativo a la posibilidad de calificar ciertos bienes culturales como “inmuebles por incorporación, destino o accesoriedad”, arrojan una cierta luz tres relevantes casos resueltos por la jurisprudencia de Francia: el caso *Palazzi c. Dame Lauth et Académie des sciences*<sup>9</sup>, el caso *Stroganoff-Sherbatoff c. Bensimon*<sup>10</sup> y el caso *Ville de Genève et Fondation Abbe c. Consorts Margail*<sup>11</sup>. Se defendió por los abogados de algunas de las partes en cada litigio (los demandados en el primer supuesto; los demandantes en el segundo y en el tercero) que merecían ser calificados en tal sentido, respectivamente, objetos afectados al servicio de un castillo, obras de arte que formaban parte de un mayorazgo y frescos que adornaban los muros de una capilla y fueron separados de ellos. La referida calificación únicamente prosperó en la sentencia de apelación sobre el tercer caso. Todas las restantes resoluciones recaídas tanto en él como en los otros dos declararon la improcedencia de atribuir a los bienes litigiosos el carácter de inmuebles por destino. Estos resultados mayoritariamente negativos son consecuencia de que la normativa por la que se determina el carácter inmueble o mueble de los bienes en el sistema jurídico francés (arts. 524, 525 y 526 del Código civil) define la noción de bienes inmuebles mediante una fórmula más bien restrictiva que, como ocurrió en los casos citados, puede plantear dudas en torno a que merezcan la calificación de “inmuebles por incorporación, destino o accesoriedad” incluso frescos que se separan de los muros de una capilla con claro deterioro de la misma.

---

<sup>9</sup> Trib. civ. de la Châtre, de julio de 1910.

<sup>10</sup> Trib. de grande instance de la Seine, 12 de enero de 1966; Cour d'appel de Paris, 8 de julio de 1970, y Cour de cassation (1e. Ch.), 3 de mayo de 1973.

<sup>11</sup> Cour d'appel de Montpellier, 18 de diciembre de 1984, y Cour de cassation (Ass. plén.) 15 de abril de 1988.

En su monografía fechada en 1993, V. Fuentes Camacho puso de relieve que dichas dudas interpretativas no se habrían planteado en el sistema jurídico español, porque los preceptos del Cc y de la LPHE que definen la noción de “bienes inmuebles” a los efectos de ambos cuerpos legales utilizan fórmulas definitorias muy amplias, que dan cabida a una gran cantidad de bienes<sup>12</sup>. Así lo hace, en primer lugar y con carácter general, el art. 334 Cc<sup>13</sup>. Complementariamente y con carácter específico, para los bienes que integran el patrimonio histórico español, refuerza esa calificación el art. 14.1 LPHE<sup>14</sup>. Trece y catorce años después, en las dos sucesivas versiones de su comentario a la sent. JPI nº 39 de Madrid de 6 de marzo de 2006 sobre el caso de la campana de la *Santa María*, el autor transpone la referida idea de unidad al bien objeto del litigio para defender su pertenencia al patrimonio histórico español. La posición mantenida por V. Fuentes Camacho en relación a tal supuesto se resume en la siguiente afirmación: frente a una contemplación de la campana con carácter aislado que permitiría considerarla incluida en el patrimonio histórico portugués (por constituir un “objeto sin dueño conocido hallado en el fondo del mar de interés para el Estado” en el sentido del art. 1.1 del Decreto-Ley 416/70, de 1 de septiembre de 1970, en la redacción que le dio el Decreto-Ley 577/76, de 21 de julio de 1976), una contemplación de la campana como parte de la nao *Santa María* justificaría su inclusión en el patrimonio histórico español<sup>15</sup>. La ficción jurídica de que la campana y el barco deben considerarse como integrantes de una unidad serviría así para someter tanto una como otra a la misma ley; en concreto, a la española, aplicable a título del ley del pabellón del buque designada por la norma de conflicto del art. 10.2º, *i.l.*, Cc<sup>16</sup>; a pesar de haber sido hallada la campana en el mar territorial portugués.

9. De lo expuesto se deduce claramente la principal consecuencia jurídica de la tesis de la unidad que acabamos de examinar en el sector de la determinación del Derecho aplicable al fondo del litigio que nos ocupa: de calificarse el cargamento en tal sentido, debería aplicársele la misma ley que al buque transportador. La ficción podría

<sup>12</sup> *Op. cit.*, esp. pp. 181-182.

<sup>13</sup> “*Son bienes inmuebles:*

(...)

3º. *Todo lo que esté unido a un inmueble de manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.*

4º. *Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo”.*

<sup>14</sup> “*Para los efectos de esta Ley tienen la consideración de bienes inmuebles, además de los enumerados en el artículo 334 del Código civil, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su exorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos”.*

<sup>15</sup> *Vid.* “El caso de la campana de la *Santa María*: un discutible ejemplo de tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales”, versión inicial publicada en *La Ley. Unión Europea*, año XXVII, núm. 6494, 31 de mayo de 2006, págs. 2-3, y versión revisada publicada en *Arte, Cultura y Derecho*, volumen monográfico de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 10, 2007, págs. 245-250.

<sup>16</sup> “*Los buques, las aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril, así como todos los derechos que se constituyan sobre ellos, quedarán sometidos a la ley del lugar de su abanderamiento, matrícula o registro”.*

entonces funcionar como argumento no sólo para que, cual hizo el Tribunal Federal de Atlanta, se considerase la carga merecedora del privilegio de inmunidad, sino asimismo para que, en un eventual pleito sustanciado ante la jurisdicción civil ordinaria en que el Gobierno de España interviniese como parte, la carga fuese considerada propiedad del Estado español exactamente en los mismos términos que el barco si así lo estableciese la legislación administrativa española sobre el patrimonio del Estado (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas).

10. El planteamiento anterior, válido para el caso de la campana de la *Santa María*, no nos parece admisible en este otro porque los hechos difieren significativamente. La tesis de la unidad resulta en él insostenible desde el punto de vista de su comparación tanto con el de la campana de la *Santa María* como incluso con aquellos otros en que se planteó la posibilidad de calificar porciones movilizadas de bienes inmuebles como “inmuebles por destino”. Por lo que se refiere a estos últimos, baste señalar que, aun siendo cierto que definiciones tan amplias como las que se efectúan en los arts. 334.3º y 4º Cc y 14.1 LPHE pudieran haber llegado a posibilitar que los bienes litigiosos fuesen calificados en tal sentido, se daban en tales supuestos determinados elementos que no concurren en este otro y funcionan como circunstancias requeridas por las precitadas normas: de una parte, los elementos materiales constituidos por la afección inicial al inmueble de los bienes posteriormente movilizados y, en su caso, por el deterioro del inmueble principal que tal movilización supuso; de otra, el elemento volitivo constituido por el propósito de los dueños de cada inmueble de que los objetos que fueron movilizados sin o contra su voluntad hubieran permanecido unidos o incorporados a él. Es precisamente la nota de afección a los buques sumergidos de ciertos bienes que se hallan en ellos al tiempo de su hundimiento lo que llevó de entre nosotros a V. Fuentes Camacho a defender en el asunto de la campana de la *Santa María* que la misma tenía un innegable carácter de parte de la nao que justificaba plenamente la consideración de ambas como una unidad. Muy al contrario, las monedas que viajaban en *Nuestra Señora de las Mercedes* tienen la naturaleza jurídica de un cargamento plenamente separable, independiente, del barco a bordo del cual fueron en su día transportadas: en ningún momento existieron afección de las mismas al buque ni voluntad de ningún dueño de que pasasen a formar parte de él de modo permanente; por lo que la separación del cargamento –según todo parece indicar, como consecuencia del naufragio- tampoco pudo suponer ningún tipo de menoscabo o deterioro de ese hipotético buque. La tesis de la unidad debe, en consecuencia, ser rechazada.

### **3. El barco y su cargamento considerados jurídicamente por separado**

11. Revisada críticamente la tesis que contempla el cargamento como integrante de una unidad con el buque transportador, procede considerar el primero con el carácter independiente que merece. Como se apuntó el epígrafe introductorio al presente apartado, la determinación de la ley aplicable a las monedas litigiosas variará entonces dependiendo de que merezcan o no la calificación de bienes objeto de una especial protección dispensada por la LPHE.

12. Comenzando por las eventuales consecuencias de la sumisión del cargamento a la normativa especial de protección contenida en la LPHE, podría plantearse que tal protección especial se extiende al reconocimiento de la propiedad del Estado sobre el cargamento de monedas, basado en que las mismas forman parte del patrimonio arqueológico en los términos del art. 40.1 de dicha Ley<sup>17</sup>. Incidiendo en esta idea, cabría incluso plantear la existencia, a favor del Estado, del derecho de propiedad sobre ciertos bienes integrantes del patrimonio histórico español de singular relevancia que atribuye al Estado el art. 29.1 LPHE para el caso de que sean exportados ilegalmente de España en contra de lo establecido en su art. 5.

Ninguna de esas deducciones debe considerarse admisible. En primer lugar, las monedas objeto del litigio no se incluyen en el ámbito de la noción de “bienes integrantes del patrimonio arqueológico español” definida por el art. 40.1 LPHE. En segundo término, tampoco concurre la circunstancia configuradora de la situación “exportación ilegal” de los referidos bienes como presupuesto para que se produzca la consecuencia material imperativa del art. 29.1 del mismo cuerpo legal “atribución automática del derecho de propiedad sobre el bien al Estado”.

Las monedas no merecen la calificación de bienes integrantes del patrimonio arqueológico español en el sentido del art. 40.1 LPHE porque no han sido encontrados en ninguno de los lugares en que, de conformidad con dicha norma, deben hallarse los objetos que comprende la subcategoría de bienes del PHE definida por ella. Como ha reconocido en la doctrina española J.L. Álvarez Álvarez al comentar el art. 40 LPHE, desde su última modificación en el trámite legislativo este precepto ha ampliado notablemente la zona de influencia del patrimonio arqueológico español frente a sus antecedentes, al incluir, junto al mar territorial, la plataforma continental<sup>18</sup>. Pero adviértase que en todo caso se trata del mar territorial y de la plataforma continental del Estado español; nunca del mar territorial o de la plataforma continental de un Estado extranjero respecto de España, y menos aún, de aguas internacionales. En consecuencia, no cabe admitir que se trate de bienes que formen parte del patrimonio arqueológico español ya que fueron encontradas fuera de aguas españolas.

Asumida la premisa anterior, debe añadirse que, incluso de haberse tratado de bienes integrantes del patrimonio arqueológico español, en ningún caso podría prosperar una reclamación de los mismos por el Reino de España amparada en el derecho de propiedad que atribuye al Estado español el art. 29.1 LPHE en relación con su art. 5 para el supuesto de que sean objeto de exportación ilegal. Es cierto que, según han señalado J.D. González Campos y M. Virgós Soriano, el término “exportación” que utilizan ambos preceptos debe interpretarse en un sentido muy amplio, bastando no ya que el bien objeto de ella haya abandonado el territorio español, sino la mera evidencia

---

<sup>17</sup> En tanto que “*bienes muebles (...) de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos, y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental*”.

<sup>18</sup> Vid. *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de junio de 1985*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 739-742.

de que está siendo exportado sin autorización<sup>19</sup>. Mas, para cualquiera de las dos hipótesis, de conformidad con el art. 5 LPHE se precisa una salida –haya llegado o no la misma a consumarse plenamente- de los bienes litigiosos del territorio español que nunca ha llegado a tener lugar porque las monedas no se hallaban sumergidas en aguas bajo la soberanía territorial española cuando fueron encontradas. Si se quisiera fundar una reclamación de las mismas en la acción conjunta de los arts. 29.1 y 5 LPHE, habría que forzar de un modo inadmisiblemente por excesivo la interpretación del repetido concepto de “exportación ilegal”, pretendiendo hacerlo extensivo a situaciones de entrada de bienes que nunca abandonaron el territorio español en un Estado distinto del nuestro sin autorización de las autoridades competentes españolas.

Para que tan inaceptable tesis pudiera llegar a prosperar, tendría que darse además una *conditio sine qua non* que, como se verá a seguidamente, tampoco concurre en el asunto que estamos comentando. Nos referimos a la relevancia que habrían de tener los bienes para el patrimonio histórico español; relevancia que singulariza a algunos bienes incluidos en el mismo frente a otros para hacerlos merecedores de una especial tutela. En efecto, la LPHE clasifica los bienes incluidos en su ámbito estableciendo una nítida distinción entre las tres siguientes categorías jerarquizadas: 1ª) los bienes declarados o declarables de Interés Cultural, por ministerio de la Ley o por Real Decreto de forma individualizada (art. 9.1); 2ª) los bienes incluidos o susceptibles de inclusión en el Inventario General del Ministerio de Cultura (art. 26.1), y 3ª) los demás bienes integrantes del patrimonio histórico español, que, al ser menos relevantes, ni se declaran ni se inventarían.

Si no en su totalidad, desde luego en su mayor parte el cargamento de monedas transportado por *Nuestra Señora de las Mercedes* podría a lo sumo inscribirse en la tercera categoría de bienes mencionada. Se trata de un cargamento que consta de aproximadamente 594.000 monedas similares entre sí (y otros pequeños artefactos), de las que, en el mejor de los casos, sólo una mínima parte podría tener alguna relevancia histórica. Exceptuada tal mínima parte, el cargamento de monedas carece de la relevancia necesaria para merecer la especial protección que en el sistema de la LPHE tienen las dos categorías superiores constituidas por los bienes declarables de Interés Cultural o susceptibles de inclusión en el Inventario General del Ministerio de Cultura.

Además, la LPHE no permite en absoluto deducir que tales monedas gocen de una cierta relevancia para nuestro patrimonio histórico de la circunstancia de que su antigüedad sea superior a cien años. No se ignora que el art. 5.2 de la Ley efectúa una cierta asimilación de los bienes con más de cien años a los bienes inventariables. Pero esa asimilación se lleva a cabo a los solos efectos de someter la exportación de unos y otros bienes a autorización; nunca a los efectos de equiparar la antigüedad de los bienes de más de cien años a una relevancia que los haría merecedores de un mayor grado de protección. En contra de lo que sí hicieron algunos de sus antecedentes, el art. 26.1 LPHE en su versión definitiva ha optado por supeditar la especial tutela que merecen los

---

<sup>19</sup> Cf. “Law and Practice of International Art Trade in Spain”, en AA.VV., *International Sales of Works of Art – La vente internationale d’oeuvres d’art (Coloquio. Ginebra, 14-16 abril 1988)*, París / Nueva York / Deventer / Boston, ICC Publishing y Kluwer, 1990, p. 123.

bienes susceptibles de inclusión en el inventario exclusivamente a su singular relevancia, a su notable valor, con total independencia de otras consideraciones entre las cuales figura la antigüedad. Se vino así a suprimir la referencia a la regla de los cien años que sí se efectuaba en el propio texto de art. 26 remitido por el Gobierno al Parlamento por razones que hace más de veinte años identificara con nitidez J.L. Álvarez Álvarez, resumibles en su alto grado de arbitrariedad y los inconvenientes de orden práctico que se derivarían de su consideración como un criterio suficiente *per se*<sup>20</sup>. En definitiva, arbitrariedad e insuficiencia del criterio de la antigüedad de las monedas que nos llevan a cerrar el examen de la posibilidad de contemplarlas como bienes objeto de especial protección por la LPHE con una conclusión negativa.

13. Para concluir nuestro análisis, procede detenerlo en la posibilidad de considerar el cargamento como bienes que no merecen la especial protección dispensada por la LPHE. Desde este último punto de vista, las monedas tienen la naturaleza de simples bienes muebles, con la única peculiaridad de que al tiempo de su rescate se encontraban situadas en los fondos marinos. Ésta es la calificación de los bienes que nos parece, con diferencia, más acertada en orden a determinar su ley aplicable.

En el sistema español de Derecho internacional privado, desde la reforma del Título Preliminar del Cc operada en 1974, la norma de conflicto que enuncia su art. 10.1º somete, en sus respectivos párrafos I y II, tanto los bienes inmuebles como los muebles y tanto los derechos reales inmobiliarios como los mobiliarios a la *lex rei sitae*<sup>21</sup>. En virtud de dicha norma, el derecho de propiedad sobre las monedas litigiosas se regirá por la ley de su situación. Ahora bien, al haber sido halladas las mismas sumergidas en los fondos marinos, la aplicación de la referida regla *lex rei sitae* plantea un problema específico de determinación de su punto de conexión, consistente en precisar cuál es el concreto lugar del *situs* de los bienes que constituyen su objeto.

---

<sup>20</sup> Las referidas razones se explican por el autor en los dos siguientes pasajes de su obra: “En el texto que envió el Gobierno se obligaba, en el artículo 26, a inventariar todos los bienes muebles que tengan más de cien años de antigüedad, y el artículo 35.4 no se refería a esa antigüedad y se refería, en cambio, a todos los bienes (muebles e inmuebles) que formaran el PHE, con lo que la situación era muy equívoca” y “El artículo 26 del Proyecto (...) limitaba más que el artículo 35.4, ya que se refería a los que tenían más de cien años de antigüedad. Ese es un límite arbitrario, pero clásico. Figuraba ya en las leyes del 26 y del 33, e incluso se emplea en la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales, aprobada en París el 14 de noviembre de 1970 y ratificada por las Cortes el 21 de junio de 1985, y era uno de los criterios utilizados por alguna de las enmiendas del Grupo Popular, concretamente en la número 66. Pero este criterio era insuficiente porque significaba que había que inventariar todos los muebles, sillas, libros, dibujos, instrumentos y creaciones culturales que fueran anteriores a 1885. La carga que se imponía a los ciudadanos no hubiera sido cumplida, y la Administración no hubiera podido ordenar, clasificar y utilizar todas esas fichas en el caso de que se le hubieran enviado. Por el afán de protegerlo todo, no se hubiera protegido nada y no hubiera existido posibilidad de conseguir la realización de un Inventario, de forma progresiva” (*op. cit.*, pp. 200 y 201-202, respectivamente).

<sup>21</sup> Cf. A. Remiro Brotons, “Comentario al artículo 10.1º del Código civil”, en AA.VV., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, Jaén, Edersa, 1978, p. 207.

Para resolver tal problema, procede recurrir a la normativa de Derecho internacional público reguladora de la delimitación de los espacios marinos sujetos o no a la soberanía territorial; normativa que se contiene en la precitada Convención sobre el Derecho del Mar de Montego Bay de 1982. De conformidad con sus disposiciones, cabe establecer una distinción entre los espacios que están sometidos a la soberanía de los Estados ribereños y aquéllos otros que no lo están. Únicamente en el caso del mar territorial (comprendidos la columna de agua, el lecho y el subsuelo, los recursos naturales existentes y las aguas suprayacentes) puede entenderse que existe una *lex rei sitae* determinable, que se correspondería con la del Estado costero que ejerce su soberanía sobre dicho espacio marino (art. 2, párrs. 1 y 2 del Convenio)<sup>22</sup>. Más allá de las doce millas contadas desde la línea de base que mide el mar territorial, tanto para los bienes hundidos en la zona económica exclusiva (con inclusión de la propia zona contigua) y la plataforma continental como para los sumergidos en aguas internacionales, no hay Estado que goce del atributo de soberanía<sup>23</sup> y, en consecuencia, la *lex rei sitae* resulta impracticable. Nos encontramos con una laguna que, descartadas la ficción jurídica que asimila el cargamento al barco transportador y la consideración de ese cargamento como bienes culturales objeto de especial protección, sólo puede ser colmada mediante el recurso a los criterios generales de la *lex fori*, que para un órgano jurisdiccional de nuestro país sería la ley española.

Desde el prisma de un juez español que estuviera conociendo sobre el fondo del asunto, dichos criterios generales se concretarían en los conceptos básicos sobre los bienes y su titularidad suministrados por nuestro ordenamiento jurídico. El primer principio o norma fundamental común sobre los bienes muebles que enuncia el Cc es que la propiedad precisa de la posesión de la cosa (que puede ser mediata, a través de otra persona que de una u otra forma reconoce al propietario como tal). La posesión y por tanto la propiedad, requiere que su objeto sea un bien apropiable (art. 437 Cc<sup>24</sup>). Cuando el bien se destruye deja de existir la propiedad (art. 460.3º Cc<sup>25</sup>) y ningún precepto o norma de otro tipo permite deducir que si el bien “se recuperara”, si volviera a ser apropiable, la propiedad del primitivo propietario se recuperaría. Por el contrario, en ese caso se convertiría en un bien susceptible de “ocupación” (arts. 610 y ss. Cc).

En el Derecho civil español cuando un bien se destruye o se pierde o queda inapropiable, deja de ser objeto del derecho de propiedad y la posesión sobre el mismo

---

<sup>22</sup> Vid., en la doctrina española, P. Andrés Sáenz de Santa María, *Sistema de Derecho internacional público*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2012, pp. 341-347.

<sup>23</sup> En contra, M.J. Aznar Gómez defiende en una de sus más recientes aportaciones una posición decididamente favorable a que la jurisdicción de los Estados ribereños se extienda a la arqueología subacuática que se halle en su zona contigua; posición que el autor funda brillantemente en la nueva regla consuetudinaria orientada en tal sentido que, en su opinión, ha cristalizado con la adopción de la Convención de la UNESCO de 2001 para la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático (vid. “The Contiguous Zone as an Archaeological Maritime Zone”, *Intl’ J. Maritime and Coastal Law*, 2014, pp. 1-30).

<sup>24</sup> “Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación”.

<sup>25</sup> “El poseedor puede perder su posesión: ...3º. Por destrucción o pérdida total de la cosa, o por quedar ésta fuera del comercio”.

desaparece y por tanto también desaparece la propiedad. No se puede recuperar con los medios que existan en ese momento histórico.

El caso de un barco o su cargamento que se hunde en alta mar es un caso de destrucción, pérdida e inapropiabilidad; por lo menos, hasta hace muy poco, mientras no había ninguna posibilidad de llegar a ello para recuperarlo. Por consiguiente, la propiedad tanto sobre el barco transportador como sobre la carga desapareció y no hay ninguna norma jurídica española que permita considerar que si más tarde se recupera, el propietario “mantiene” su propiedad. Distintos son los supuestos que sí contempla como excepción la ley española en que un barco se hunde pero se puede reflotar inmediatamente, en relación a los cuales sí se establece que la propiedad de su titular se mantiene a menos que abandone expresa o tácitamente. Hay abandono por el transcurso del tiempo que la ley señala [6 años como máximo en el caso de los bienes muebles (art. 1962 Cc)].

Así pues, los principios generales básicos de Derecho civil español nos llevan a situarnos en la posición de que el cargamento de monedas litigioso se destruyó o se pierde. Destruirse significa que el bien dejó de ser apropiable, para los estándares de la época. En el Derecho español cuando un bien se destruye o se pierde desaparece la propiedad. A ello habría que añadir el abandono que es presumible cuando no se hace ni se puede hacer ningún esfuerzo para recuperar la cosa. Si más tarde (y como caso distinto de la pérdida temporal o de ignorarse su paradero o que sea susceptible de ser recuperado con un coste económicamente razonable) el bien “apareciera” de nuevo, al entrar en el mundo del comercio, de la apropiabilidad y la posesión, operaría la figura de la “ocupación”, en virtud de la cual el que se apropia del bien adquiere la titularidad dominical (la propiedad) sobre el mismo. En definitiva, la Ley española reconocería el derecho a la propiedad del descubridor de bienes abandonados.

### **III. LA SENTENCIA NORTEAMERICANA SOBRE EL CASO *ODYSSEY***

14. El caso *Odyssey* constituye una versión peculiar del viejo aforismo de que la historia la escriben los vencedores. La versión de la Administración española, ampliamente coreada por el mundo mediático, ha sido la de que la sentencia del Tribunal Federal de Atlanta de 21 de septiembre de 2011 reconoce que las monedas son del Reino de España y que en consecuencia le ha hecho entrega de ellas, que próximamente se exhibirán en el Museo Nacional de Arqueología Subacuática de Cartagena.

La realidad objetiva es radicalmente otra. Las monedas y el resto del cargamento recuperado por *Odyssey* a mil metros de profundidad en el mar, fuera de aguas territoriales desde luego españolas y también de las portuguesas más cercanas, se han entregado al Reino de España por el tribunal americano en calidad únicamente de depósito; es decir, pendiente de que por el tribunal competente se decida la cuestión de su propiedad y, eventualmente, los derechos de *Odyssey* derivados de su descubrimiento y rescate si no se reconociera que esta entidad es la propietaria.

El procedimiento judicial, el único procedimiento judicial hasta el momento relativo a los derechos sobre el cargamento recuperado, se ha seguido en los Estados Unidos; concretamente, en el Juzgado de Tampa (Florida), que dictó Sentencia con fecha 3 de junio de 2009<sup>26</sup>, devenida firme al ser confirmada por el Tribunal de apelación el 21 de septiembre de 2011 y no prosperar un posterior recurso ante la *Supreme Court*. Este procedimiento no se inició por el Reino de España, como tantas veces se afirma, sino por *Odyssey*. Al descubrir el cargamento, *Odyssey* ejercitó ante el juzgado de su domicilio, Tampa, una *actio in rem* con eficacia *erga omnes* y con la siguiente doble finalidad: la de dejar constancia del descubrimiento a todos los efectos y la de invitar a que cualquiera que se considerase con derechos sobre tal carga los defendiera ante dicho tribunal. Solicitó también el depósito judicial del cargamento que el juzgado otorgó nombrando a *Odyssey* depositario judicial; es decir, en nombre del juzgado. Tal procedimiento no estaría lejos de lo que habría de hacerse en el Derecho español. Ante tal “invitación” se personaron ante el juzgado el Estado de Perú (como alegado propietario del oro y plata de las monedas, en cuanto procedente de sus minas), los herederos de los propietarios españoles del cargamento hundido<sup>27</sup> y el Reino de España alegando su representación y defensa que el buque que portaba el cargamento, supuestamente el *Nuestra Señora de las Mercedes*, pertenecía a la Armada Española.

La sentencia resolvió que los tribunales norteamericanos carecen de jurisdicción y posteriormente, y como consecuencia de ello, que no tenía sentido mantener en esa jurisdicción el depósito del cargamento y que ese depósito debería entregarse a España, en función, digamos de la proximidad. La sentencia hace expresa declaración de que no prejuzga la propiedad del cargamento, cuestión que se mantiene por tanto sin decidir y que queda para el tribunal no norteamericano que pueda en su oportunidad admitir su propia competencia. Todo ello se basa en la sentencia en que el tribunal estadounidense entiende que el buque que portaba el cargamento era, como defendía España, un buque de guerra español y por ello, el Derecho de Estados Unidos no permite a los tribunales de ese país juzgar sobre el caso en virtud de la teoría de la inmunidad soberana aplicable a los buques de guerra (no sólo de Estado). Ha de advertirse que desde luego tal afirmación, por más autoridad que pueda tener, se limita a fundamentar la incompetencia del tribunal; pero por ello mismo no tiene autoridad de cosa juzgada vinculante para el tribunal que finalmente resulte competente, más allá de que al tribunal le está vedado entrar en cualquier clase de juicio, lo que incluiría los propios hechos en que basa su incompetencia de jurisdicción.

Por consiguiente, no creemos que sean discutibles a tenor de los propios y literales términos de esta sentencia dos afirmaciones: que en modo alguno se ha declarado que España sea la propietaria del cargamento recuperado y que su posesión por parte de España es en calidad de depósito a reserva de que se diluciden las cuestiones atinentes a

---

<sup>26</sup> *Supra*, nota 1.

<sup>27</sup> Vid. B. Pérez Galdós, *Episodios Nacionales*, Tomo Trafalgar, primer capítulo, donde se hace una descripción muy detallada del cargamento que portaba el *Nuestra Señora de las Mercedes*, así como del accidente. El insigne autor tomó sin duda esos datos del muy extenso expediente que se siguió durante años por la reclamación de Alvear de indemnización al gobierno español en virtud de la Ley de Presas (a añadir a la que obtuvo del Reino Unido), como propietario de una parte importantísima del cargamento.

su propiedad y los derechos de *Odyssey*, en el caso de no ser declarada propietaria frente a los diversos reclamantes (herederos, Perú y España), al correspondiente premio y gastos derivados de la recuperación y el depósito que mantuvo. A ello habría que añadir cuestiones tales como la previa relativa a si de acuerdo con la ley que resultare aplicable procedería la teoría de la inmunidad de los buques de Estado (o sólo de guerra), la determinación de si efectivamente se trata del *Nuestra Señora de las Mercedes*, si en tal caso éste era un buque de guerra y, aún así, si el cargamento privado resultaría afectado por la inmunidad soberana del buque; cuestiones que como decimos se han abordado judicialmente pero con el carácter lógicamente limitado derivado de una declaración de incompetencia jurisdiccional.

Terminemos indicando que se puede mantener que de acuerdo con el Derecho español, si resultara aplicable en su caso, el premio por el rescate podría llegar al cien por cien del valor de lo recuperado (Ley de Auxilios y Salvamentos de 1969, Convenio Internacional de Bruselas de 1910 sobre Auxilios y Salvamentos en la Mar, Convenio de Salvamento de 1989).