

EXHIBIT G

JOSÉ LUIS GOÑI ETCHEVERS
and
VICTOR FUENTES CAMACHO

AN ANALYSIS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW RULES ON THE APPLICABILITY OF SPANISH LAW TO THE CASE OF THE CARGO OF THE BLACK SWAN

By José Luis GOÑI ETCHEVERS (Goñi & Co Abogados, Madrid)
and **Victor FUENTES CAMACHO** (Professor of Private International Law of the University
Complutense (Madrid))

INTRODUCTION

1. This case presents us with a typical scenario for the application of private international law and its regulations. This is due to the international character of the case where the facts cross the border of one sovereign State and touch two or more States with distinct laws that differ significantly on various points. Without entering into a consideration of what could be the connecting factors with other States, it cannot be denied that there is at least a minimum connection with the US and with Spain. As a starting point, and without taking into consideration other relevant connecting factors – and we will return to consider some of these – the connection with said two States is due to the presence in the US litigation of the Spanish Government and an American company with its principal place of business in the US.

2. The above-mentioned international character of the case allows the Government of Spain to formulate a challenge on the substantive action based on private international law; specifically, in relation to the determination of the law applicable to the case (in classic terminology “conflict of laws”). Said in more direct terms, the possibility that certain provisions of Spanish law may benefit the Kingdom of Spain could cause the Government of Spain to argue their application.

3. For the reasons we have stated, it seems sensible that a legal analysis focused on considering the problem of Private International Law relating to the applicability of Spanish law to this case be undertaken. Said legal analysis can be taken from the hypothetical point of view of a Spanish court hearing the case on the substantive action. The analysis would try to verify whether and if so, to what extent Spanish law would favor the position of the Spanish Government - and within said law, what specific legislation is relevant – through the analysis of the various arguments that could be raised by the Spanish Government to defend the application of said law.

It would seem that until now, Spain is working on the hypothesis that the vessel and the cargo constitute one single unit. We believe that contrary to said hypothesis, the cargo and the vessel must be treated as totally independent assets and because of this, subjected to distinct legal regimes. This duality of possible arguments creates the need to divide this present legal opinion into two parts, dedicated to setting out the consequences and the evaluation of the viability of each one of the possible arguments. And, in turn, within the section of the report that corresponds to treating the cargo of coins as totally independent of the vessel, there will be a further subdivision to allow the analysis of the consequences that arise from the consideration of the cargo as an asset under the special protection of the Spanish Cultural Heritage Act 13/1985, 25th June (from hereinafter referred to as the Spanish Cultural Heritage Act) and alternatively as assets that are not afforded such protection.

PART I: ANALYSIS OF THE ARGUMENT THAT THE CARGO SHOULD BE TREATED AS INSEPARABLE FROM THE VESSEL.

4. According to the information that has been supplied by the Spanish press, the Spanish Government persists in the idea that there is a vessel and that said vessel and her cargo should be treated as a matter of law as one unit. This is not a view we can share with Spain: firstly, because what has been found and excavated is not a vessel but a cargo that also appears to have no physical connection with the carrying vessel, whose identity we are told is unknown or unconfirmed; secondly, for the hypothesis that even if such a vessel had been found and identified, in the present case the coins in dispute would never have constituted one unit with the vessel, since they are assets that deserve a legal treatment as a cargo clearly independent of the carrying vessel. Assuming these two premises, we will continue, nonetheless, to examine the theory of the unity of vessel and cargo so as to be able to specify the consequences and determine to what extent such an argument can be defended in our particular case.

5. In Spanish law the radical separation of the concepts of vessel and her cargo are beyond question. Only at an academic level one person, who also happens to be one of the authors of this report – Victor Fuentes Camacho – has defended the theory that certain assets that have been found underwater can be considered as a matter of law as an integral part of the vessel to which they belonged. Said theory was defended in the case of the bell of the “*Santa Maria*”, relating, as with the present case, to an object that was found on the seabed; but that, as we will see, has some very significant differences with the case of the cargo of coins from the “*Black Swan*”. This was an argument that arose from a review of certain cases in which there had been a debate on the possibility that, for the purpose of determining the applicable law, sections removed from certain immovable objects could be classified as immovable objects by destiny.

Since there is no Spanish case law clarifying the issue of assets that are considered “immovable by destiny”, a certain amount of light can nonetheless be shed on the issue by French case law (which, as is common knowledge, has a legal system very similar to that of Spain): the case *Palazzi v Dame Lauth et Académie des sciences* (Civil Court of Chaitre, July 1920), the case of *Stroganoff-Sherbatoff v Bensimon* [Court of Higher Instance of the Seine, 12th January 1966; Court of Appeal of Paris 8th July 1970 and the Court of Cassation (1st Chamber), 3rd May 1973] and the case of *Ville de Genève et Fondation Abbeg v Consorts Margail* [Court of Appeal Montpellier, 18th December 1984, and the Court of Cassation (Full Chamber) 15th April of 1988]. It was argued by the lawyers of some of the parties in each case (the defendants in the first case; the claimants in the second and third) that such a classification should be made, respectively, objects in question that were at the service of a castle, works of art that formed part of an estate and frescos that decorated the walls of a chapel and that had been separated from them. The said classification only prospered in the judgment on appeal in the third case. All the other judgments dictated as much in that case as in the other two held that it was unsustainable to classify said assets in dispute as immovable by destiny. These largely negative results were the consequence of legislation by which the character of immovable or movable was determined in the French legal system (Civil Code articles, 524, 525 and 526) defining the notion of immovable assets by virtue of a rather restrictive formula that, as occurred in the cases cited, can give rise to doubts as to

what type of asset deserves the classification of “immovable by destiny” including frescos that are lifted from the walls of a chapel causing a clear deterioration to the same.

In his monograph of 1993, V. Fuentes Camacho, highlighted the fact that said interpretative doubts would not exist in the Spanish legal system, because the provisions of the Spanish Civil Code and the Spanish Cultural Heritage Act defining the notion of “immovable assets” for the purposes of both bodies of law employ very wide definition formulae, that cover a great range of assets¹. And thus the Spanish Civil Code article 334 states, in the first place and in general terms that:

“Immovable assets are:

(...)

3rd. All that is united to an immovable asset in a permanent manner, in such a way that it cannot be separated without breaking of the matter or deterioration of the asset.

4th. The statues, reliefs, paintings or other objects for use or decoration, positioned on the buildings or estate of the owner of the immovable in such a way that they reveal the intention to unit them in a permanent manner to the estate”

To compliment and with specific reference to the assets that form part of Spanish Cultural Heritage, the Spanish Cultural Heritage Act provides the following definition:

“For the purposes of this Act immovable assets are, in addition to those listed in the Civil Code article 334, all those elements that can be considered to be consubstantial with the buildings and form part of the same or their surroundings, or were once part thereof, although in the case where they can be separated they constitute a total unit of easy application to other constructions or differing uses from the original, irrespective of the type of material of which they are made and although their separation does not visibly prejudice the historical or artistic merit of the immovable of which they formed part”.

Thirteen and fourteen years later, in the two successive versions of the commentary on the Judgment JPI nº39 of Madrid 6th March 2006 on the case of the bell of the “Santa Maria”, the author transposes said idea of the unity of the asset in dispute to defend its inclusion as part of Spanish Cultural Heritage. According to the summary of facts published by the Spanish *Gestion de Archivos y Subastas* (Management of Archives and Auctions), said asset was the bell of the Spanish caravel “Santa Maria” (one of the three vessels in which Columbus discovered America) and was found by a professional diver Roberto Mazzara in the territorial seas of Portugal. As a result of said bell being taken by R. Mazzara to Spain, the Portuguese Government demanded its return before the Spanish courts. The position maintained by V. Fuentes Camacho in relation to this argument can be summarized in the following affirmation: contrary to a consideration of the bell as an isolated

¹ *vid.* The illegal international traffic of cultural assets (Perspectives of Spanish Private International law), Madrid, Eurolex, 1993, in particular pages 181-182.

object that would allow the bell to form part of Portuguese national heritage (being an “object without identified owner found in the sea of interest to the State” in the sense of the Portuguese legislation contained in Decree Law 416/70 of the 1st September 1970 article 1.1, in the revision undertaken in Decree Law 577/76 of the 21st July 1976), the interpretation of the bell as an integral part of the caravel “*Santa Maria*” would justify the inclusion in Spanish cultural heritage². The legal fiction that the bell and the caravel should be considered as one integral unit served thereby to submit as much the bell as the vessel to the same law, in particular, Spanish law, applicable by virtue of the principle of the law of the flag as designated by Spanish conflict of laws rules contained in the Civil Code article 10.2,i.l (“*the vessels, aircraft and carriage by rail, as well as all rights arising therefrom, are subject to the law of the place of the flag, license or registration*”), despite the fact that the bell was found in the territorial sea of Portugal³.

6. From all said above, the main legal consequence of applying the theory of the unity that we have just reviewed can be clearly seen: for the hypothesis that the vessel had been located and identified, and the carrying vessel and the cargo were considered to be one unit, there would be applied to the cargo the same law as that of the vessel. This fiction would consist in assimilating the cargo to the vessel, and could be argued by the Government of Spain to try to justify the application of Spanish law as a favorable alternative to any of the two following pretensions: that the cargo could be covered by the privilege of sovereign immunity where the vessel enjoyed such a privilege, and, as a subsidiary argument, where there is no immunity, that the cargo be considered to be property of the Spanish State on exactly the same terms as those of any such proprietary rights in the vessel sustainable under Spanish administrative law relevant to the patrimony of the Spanish State (Act 33/2003 3rd November, of the Patrimony of the Public Administrations).

7. We believe that neither pretension can succeed. On the one hand, in relation to the alleged immunity of the vessel as could be argued by the Spanish State, the argument lacks substance since the immunity of the warships or of vessels of State is a right that only exists in relation to vessels that are apt for maritime navigation, and not to those vessels that have already sunk (with the only exception- and not the case here – that the sunken vessel is capable of being recovered shortly after the casualty and could then be returned to service following repairs at a reasonable cost). Further, for the hypothesis that it were to be treated as a vessel apt for maritime navigation, the immunity would require that the following five preconditions be satisfied cumulatively: 1st) that said carrying vessel be located and identified; 2nd) that it is proven that this be the vessel *Nuestra Señora de las Mercedes*; 3rd) that said vessel was in fact a “vessel of the State”; 4th) that the cargo carried on board was not in private ownership and 5th) that at the time of the sinking the vessel was carrying out an exclusively military non-commercial operation

² For more detail vid, “The case of the bell of the *Santa Maria*: an indisputable example of illegal inter-EU Community traffic of cultural assets”, initial version published in *La Ley*. EU, year XXVII, number 6494, 31st May 2006, pages 2-3 and revised version published in *Art, Culture and Law*, monographic volume of the *Digest of the Department of Law of the University of Granada*, 3 edition, number 10, 2007, pages 245-250)

³ The case was subsequently resolved on other points of law

In the hypothetical situation that there were indeed a vessel, any ultimate argument that the vessel belongs to the Spanish State could be perfectly undermined by demonstrating that she was abandoned; a position we will tie in with the consideration of the cargo as assets that deserve a separate and independent legal treatment (*infra*, point 10). Finally, having justified the rejection of both concepts of immunity and ownership by considering each unit as separate, the rejection should be even more radical, if that were possible, in respect of any argument that the cargo be treated as integral to the vessel; pure and simply because we are dealing with a theory that in the case of the *Black Swan* cannot be defended at all (because the facts differ significantly).

The reiterated theory of the unity is unsustainable if a comparative analysis is performed between the case of the *Black Swan* and that of the bell of the “*Santa Maria*” and even with the other cases referred to in which considered the possibility of classifying assets removed as immovable assets by virtue of the doctrine of “immovable by destiny”. In respect of the later cases, suffice it to say that even if it were correct that definitions as wide as those in the Spanish Civil code article 334.3 and 4 and the Spanish Cultural Heritage Act article 14.1 could extend to cover the assets in dispute to be so classified, in those cases there were certain elements that do not occur here and function in turn as circumstances which are required by the said rules: on the one hand, the material elements constituted by the initial attachment to the immovable asset which was subsequently removed and, in that case, causing the deterioration of the principal immovable caused by such removable; on the other hand, the volitive element constituted by the intention of the owners of each immovable from which the objects were removed without or against their will to keep them united or incorporated thereto. It is precisely this note of attachment to sunken vessels of certain assets that have been found in them at the time of their sinking which lead V. Fuentes Camacho to argue in the case of the bell of the “*Santa Maria*” that the bell had an undeniable character as an integral component of the caravel that fully justified the consideration of both as one unit. Very much to the contrary, the coins in our case have a legal categorization as a cargo fully separated, independent of the vessel, which in its day carried the coins: at no time was there an attachment of these coins to what is at this time the unidentified vessel nor does there exist the will of any owner that the coins should go to form part of the vessel in a permanent fashion; as a result of which the separation of the cargo, probably, as a consequence of the sinking – cannot signify any type of damage or deterioration to the hypothetical vessel. Consequently, the theory of the unity of vessel and cargo should be absolutely rejected, and such rejection allows us to consider the cargo with the independence it deserves.

PART II: ANALYSIS OF THE ARGUMENT THAT THE CARGO BE TREATED AS ENTIRELY SEPARATE FROM THE VESSEL.

8. Having rejected all arguments that the cargo be considered to be an integral part of the hypothetical vessel, we now consider the two separately. As stated in the introduction of this report, from this second perspective the determination of the proper law of the coins in dispute will vary depending on whether they are afforded or not the classification of special protection under the Spanish Cultural Heritage Law.

9. The Kingdom of Spain could try to argue that the cargo is covered by the special protection contained in the Spanish Cultural Heritage Act. This special protection could extend to recognizing the ownership by the State of the cargo of coins, on the allegation that they form part of the archaeological heritage within the terms of the Spanish Cultural Heritage Act article 40.1 as *“assets (....) of an historical character, capable of being studied with archaeological methodology, whether or not they have been extracted, and whether found on the ground or buried, in the territorial sea or the continental shelf”*. Spain could even also try to defend the existence of the right to ownership of the cargo as assets of particular significance as belonging to the Spanish Cultural Heritage within the definition of the Spanish Cultural Heritage Act article 29.1 if they were considered as having been exported illegally from Spain as set out in article 5 of the said law in connection with Article 29.1.

As we will immediately see, none of the above-mentioned possible consequences of the earlier arguments can be considered admissible. In the first place, the coins in dispute are not included within the scope of the definition of “assets belonging to the Spanish archaeological heritage” under the Spanish Cultural Heritage Act article 40.1. In the second place, there is also no *“illegal exportation of assets that form part of Spanish Cultural Heritage”* as defined by the Spanish Cultural Heritage Act article 5 as a precondition for article 29.1 to operate and have the substantive consequence of *“automatically assigning the right of ownership over the asset to the State”*.

The coins in dispute do not deserve a classification as assets forming part of the archaeological heritage of Spain within the meaning of the Spanish Cultural Heritage Act article 40.1 because they have not been found in any of the places where, in accordance with such legislation, such objects should be found to comprise the subcategory of assets of Spanish Cultural Heritage as defined therein. As has been recognized in the Spanish accepted scholarly writings, by J.L. Álvarez Álvarez, in his commentary on the Spanish Cultural Heritage Act article 40.1 from its last modification in the legislative process, this article has significantly extended the scope of what is to be considered to be Spanish archaeological heritage as compared to the earlier drafts, by including in that scope along with the territorial sea, the continental shelf⁴. But it should be noted that in any event it refers to territorial sea and continental shelf of the Spanish State; never to the territorial sea or the continental shelf of another foreign State outside Spain, and even less so, to international waters. Consequently, it is not possible to argue that we are dealing with assets that form part of Spanish archaeological heritage, as they are reported to have been found outside Spanish waters.

Assuming the earlier premise, we should add that, even if treated as an asset within the terms of Spanish archaeological heritage, a claim by the Kingdom of Spain on these grounds can never prosper where based on the right to ownership of the asset under the Spanish Cultural Heritage Act article 29.1 in relation to article 5 in the event of an illegal exportation of the asset. It is true that, as pointed out by Professor J.D. Gonzalez Campos and Professor M. Virgós Soriano that the term “exportation” used in both articles should be

⁴ *vid.* Studies on Spanish Historical Heritage and the Law of 25th June 1985, Madrid, Civitas, 1989, pages 739-742

interpreted in a very wide sense, so that it covers not only where the asset has abandoned Spanish territory, but also mere proof that such exportation is taking place without authorization⁵. Further, for whichever of the two hypothesis, the Spanish Cultural Heritage Act article 5 requires an exodus- this having happened or not carried out completely – of the assets in dispute from Spanish territory which is something that has not occurred in relation to the treasure of the *Black Swan* because the coins were not in waters under the sovereignty of Spain when they were found. If Spain wanted to base its arguments on the Spanish Cultural Heritage Act articles 29.1 and 5, the Spanish government will be forced to push beyond reasonable or acceptable boundaries the interpretation of the reiterated concept of the “illegal exportation” trying to make it apply to situations involving the entry of assets that never abandoned Spanish territory in another State distinct to that of Spain without the authorization of the competent Spanish authorities.

For such a poor theory to prosper there would also have to satisfy a prerequisite that, as we will see, also does not arise in the case of the *Black Swan*. We refer to the significance that the assets included in the Spanish Cultural Heritage Act need to have to be included over and above others as deserving of an even greater special protection. In effect, the Spanish Cultural Heritage Act classifies the assets included within its terms establishing a clear distinction between the three following hierarchical categories: 1stly) the assets declared or capable of being declared as of Cultural Interest, by the order of the Act or by Royal Decree item by item (article 9.1); 2ndly) those assets included or capable of inclusion in the list of the General Inventory of the Ministry of Culture (article 26.1), and 3rdly) all other assets belonging to Spanish Cultural Heritage. It is also J.L. Álvarez Álvarez who is one of the authors who has best known how to define this issue of significance that distinguishes the assets covered by the first two categories from the third category, where he points out that, although in rather obscure language, that the Spanish Cultural Heritage Act article 1.3 “recognizes these three category of assets, given that the most significant assets are or will be declared of specific cultural interest or inventoried, and there exist others that are less relevant and are neither declared nor inventoried” (*op.cit.*, page 111).

At least the greater part of the cargo of coins of the *Black Swan* could be caught within the definition of the third category of assets referred to above. We are dealing here with a cargo that according to the information we have received consists of approximately 500,000 similar coins, of which, even in the best case scenario, only a minimum part could have any historical significance. Save for that minimum portion of the cargo, these coins lack the significance required to afford them the special protection granted in the Spanish Cultural Heritage Act for the first two more important categories for assets that either are declared or capable of being declared of Cultural Interest or are susceptible to inclusion in the list of the General Inventory of the Ministry of Culture.

In addition, the Spanish Cultural Heritage Act does not allow in any event an interpretation that said coins enjoy significance for Spanish Cultural Heritage just because they are over one hundred years of age. This is not to ignore the fact that article 5.2 of said

⁵ *cf.* “Law and Practice of International Art Trade in Spain” in AA.VV *International Sales of Works of Art – La vente internationale d’oeuvres d’art (Coloquio, Gineva, 14-16 April 1988)* Paris, New York/ Deventer/ Boston, ICC Publishing and Kluwer, 1990, page 123

Act allows a degree of assimilation of the assets that are over one hundred years to those capable of being inventoried. But that assimilation is carried out only for the purposes of submitting some assets to the need for authorization prior to exportation; and never for the purposes of identifying assets of over one hundred years of age as having a significance that would offer them a greater degree of protection under the Act. Contrary to what occurred under previous drafts of the law, the Spanish Cultural Heritage Act article 26.1 in its latest version has opted to subordinate the special guardianship for assets susceptible of inclusion in the inventory exclusively on their unique significance, notable value, irrespective of other considerations included amongst which was the issue of antiquity. In this way, there came about the deletion of the reference to the one hundred year rule that was in fact included in the actual text of article 26 that was sent by the Government to the Parliament. And such a deletion obeyed reasoned explanations that are clearly set forth by J.L. Álvarez Álvarez in the following two passages from his study:

“In the text sent by the Government there was an obligation, in article 26, to inventory all the assets that had more than one hundred years in age, and article 35.4 did not refer to this antiquity and referred, instead, to all assets (movable and immovable) that form part of Spanish Cultural Heritage, which was a very ambiguous position” (op.cit., page 200).

“Article 26 of the Draft Act, as we have said, created more restrictions than in just article 35.4, given that it referred to those assets that had more than one hundred years of age. This is an arbitrary limit, but a classic one. It appeared already in the Acts of [19]26 and [19]33, and even in the Convention on the Measures that should be adopted to prohibit and impede the importation, exportation and transfer of illegal ownership of cultural assets, approved in Paris 14th November 1970 and ratified by the Spanish Parliament on the 21st June 1985, and was one of the criteria used by some of the amendments by the Popular Party, in particular amendment number 66. But **this criteria was insufficient** because it meant that it was necessary to inventory all assets, chairs, books, drawings, instruments and cultural creations that existed before 1885. Such a burden imposed on the citizens would have not been met, and the Administration could not have ordered, classified and utilized all that data even if they had received it. **With the intention of protecting everything, they would have ended up protecting absolutely nothing and there would not have existed the possibility to create an Inventory**, in a progressive manner” (op. cit., pages 201-202). [The emphasis is our own].

In summary, insufficiency of the criteria of the antiquity of the coins leads us to close the analysis on the absence of any possibility that the coins be considered to be assets afforded special protection under the Spanish Cultural Heritage Act.

10. The inapplicability of the regime of the Spanish Cultural Heritage Act to these coins as assets of particular significance leads us, finally, to consider the cargo as assets that do not enjoy the special protection dispensed by said law. From this last point of view, the coins are to be considered as simple movable assets with the only peculiarity that at the time

of their extraction they were situated at the bottom of the sea. We consider this classification of the assets by far to be the most correct in order to determine the applicable law.

In the Spanish system of Private International Law, since the reform of the Preliminary Title of the Civil Code carried out in 1974, the conflict rule set out in article 10.1, in its paragraphs I and II respectively, submits all assets whether movable or immovable and the real estate rights as well as the movable rights to the *lex rei sitae*⁶. By virtue of said rule, the right of property in the coins in dispute is governed by the law of the place they are found. That said, on having been found on the seabed, the application of the said rule of *lex rei sitae* creates a very specific problem in the determination of the connecting factors, consisting in identifying where exactly the *situs* of the assets is to be found.

To resolve this problem, it is necessary to resort to the rules of Public International law regulating the delimitation of marine spaces subject to, or outside, sovereign territory; rules that are contained in the Convention of the United Nations on the Law of the Sea, signed in Montego Bay on the 10th December 1982. In accordance with the dispositions of said law, it is possible to establish a distinction between those spaces that are subjected to the sovereignty of coastal States and those others that are outside such limits. Only in the case of territorial sea (as understood as a column of water from the seabed and the subsoil, the existing natural resources and the overlying waters) can it be understood that there exists a *lex rei sitae* that can be identified, that would correspond with the coastal State that exercises sovereignty over said maritime space (Convention article 2, paragraphs 1 and 2)⁷. Beyond the twelve miles counting from the base line that measures the territorial sea, as much for all the assets sunken in the exclusive economic zone (including the contiguous zone) and the continental shelf, as for those sunken in international waters, there is no State that enjoys sovereignty and, consequently, the *lex rei sitae* is rendered unworkable. We are faced with a void in the law that, once you dismiss the legal fiction that assimilates the cargo with the carrying vessel and all possible consideration of the cargo as a cultural asset under special protection, can only be filled by resorting to the general criteria of the *lex fori* of the Spanish judge, which would be Spanish law.

From the perspective of a Spanish judge seized with a consideration of the substantive action, said general criteria would be focused on the basic concepts of assets and their ownership as stipulated by Spanish civil law. The first principal or fundamental rule common for all movable assets as set out in the Civil Code is that for there to be ownership there must be possession of the object (this can be through another person who in one way or another recognizes that ownership). Possession and thereby ownership require that the asset be capable of appropriation (Civil Code article 437 “*There can only be the subject of possession the things and rights that are susceptible of appropriation*”). Where the asset is destroyed or lost, ownership is lost (Civil Code article 460.3: “*The possessor can lose*

⁶ cf. A. Remiro Brotóns, “Comentary on article 10.1 of the Civil Code” in AA.VV., *Comentaries on the Civil Code and the forum complications*, t. I, Jaen, Edersa, 1978, page 207)

⁷ *vid*, in Spanish scholarly writings of Prof. J.D. Gonzalez Campos, L.I Sanchez Rodriguez and P. Andres Saenz de Santamaria, *Course of Public international law*, 4th Edition revised, Cizur menor, Thomson Civitas, 2008, pages 683-690

possession:... 3. *By destruction or total loss of the thing, or because said thing is outside commerce*") and there are no rules or law whatsoever that permits that any object that is "recovered", if it once again becomes capable of appropriation, the ownership will be restored to the original owner. Otherwise, in such a situation the asset would convert into an asset capable of "occupation" (Civil Code article 610 et seq.).

In Spanish Civil law where an asset has been destroyed, lost, or is no longer capable of appropriation, it cannot be the object of ownership rights and the possession over it also disappears and along with the possession goes the ownership. It cannot be recovered with the means that existed at the time in history.

In the case of a vessel or its cargo that sinks on the high seas, it is a case of destruction, loss and inappropriability; at least, up until recently, whilst there was no possibility to reach it to recover it. Consequently, ownership as much over the still as yet unidentified carrying vessel as over the cargo, disappeared and there are no rules in Spanish law that allows for the subsequent restoration, or that the owner "maintains" that ownership. It is a very different issue as set out earlier (point 7) where it contemplates the exception in Spanish law of a vessel that sinks but can be immediately refloated, in relation to which case the ownership is maintained unless it can be shown that there has been express or implied abandonment. There is abandonment by virtue of the passage of time as stipulated in the law [a maximum of 6 years for movable assets (Spanish Civil Code article 1962)].

Therefore the general basic principles of Spanish civil law lead us to conclude that the cargo of the *Black Swan* was destroyed or lost. Destruction or loss means that the asset ceased to be appropriable, by the standards at the time. In Spanish law, where an asset has been destroyed or lost, ownership disappears. To this it should be added that abandonment can be presumed in cases where no effort is made to recover the object lost. If later (excluding temporary loss or not knowing where the object was lost or that it is susceptible of recovery at a reasonable cost) the asset then "appears", on entering the world of commerce, the appropriability and the possession, would operate to the legal concept of "occupation" by virtue of which the party who enjoys the appropriation of the asset acquires ownership over it. In short, Spanish law would recognize the right of a finder over abandoned property such as the "Black Swan" treasure.

11. Lastly, in order to complete to the maximum this analysis, we consider the consequences that could result in relation to the coins in dispute under the Spanish law of succession *mortis causa*. In this respect, a good place to start is with a general overview of rights of the heirs. The Civil Code establishes in article 661:

"The heirs succeed the deceased by virtue only of his death in all his rights and obligations"

But, as we have seen, neither the deceased had in his possession the coins at the time of death, nor can the heirs exercise any right to inherit them – the right to acquire the property-; since possession is impossible, property cannot be transferred by the deceased nor acquired by the heirs. There is also the issue of time bar; that is to say, there is

no right to claim against the possessor once 6 years have elapsed [Civil Code article 1962: *“The rights of actions over movable assets are time barred after 6 years from the loss of possession, (...) save in the cases of loss and public auction, and those of theft or robbery, in which the relevant legislation is set out in paragraph 3 of the same stated article (1955)”*]. And, although in this Civil Code article 1955.3 there is a reference that could be understood to be susceptible to affecting the cargo if it were considered to be lost or the object of illegal deprivation, we consider that this position is clearly not applicable. The article is stated in the following terms:

*“In so far as the right of the owner to demand the movable asset **lost** or where it has been **taken illegally** (...) the regulation of article 464 of this code will prevail”*

However, we are not before any of the cases contemplated, given that the “loss” is of the asset or object that is temporarily outside the control of the owner; and the “illegal deprivation” is comparable in the same article 1962 to that which has been “stolen or robbed”. In any event, the owner who could exercise the right to make a claim, in the case in point, is the owner at the time of the sinking of the cargo or by the heirs; but the first died centuries ago and the inheritance has not operated in favor of the heirs, as we have stated above.

More specifically, in relation to the rights of succession of the State, the Civil Code establishes that in the absence of heirs to a will or testament or surviving family who have a right to inherit under the law, the State will inherit (article 913: *“In the absence of heirs in a will, the Law defers the inheritance to the relatives of the deceased, to the widower or widow and to the State”*; article 956: *“In the absence of persons that have a right to inherit in accordance with that set out in the preceding Sections, the State will inherit...”*). As the legal heir the State enjoys the same rights as those enjoyed by the other heirs (Civil Code article 957 *“The rights and obligations of the State (...) will be the same as those of any other heir....”*⁸). The Civil Code article 958 also adds the requirement which is important in our case:

“For the State to be able to take over the inherited assets there must be a judicial declaration of inheritance, adjudicating those assets to the State as a result of the absence of legitimate heirs”.

In relation to said article we should point out that it is not enough for the State to consider themselves the legitimate heir of the deceased. It is necessary that the two preconditions be satisfied to acquire the property that forms part of the estate: that there be a judicial resolution in favor of the State and that in fact those assets have been appropriated *de facto* by the State. In our case both preconditions are not met given that the cargo of the *Black Swan* have previously passed to the possession of Odyssey Marine Exploration.

⁸ The said article prefaces *“.... but it is understood to be always accept the inheritance in favor of the inventory, without the need for a declaration on this, to the effects as numbered in article 1023”*. The exception that the inheritance in favor of the State will always be understood *“in favor of the inventory”* (contrary to what occurs with other heirs) consists in that, in general terms, a reservation where the debts exceed the assets.

And in conclusion, it should be pointed out that as a matter of Spanish law there is no similar doctrine to that of “*escheats*”, that is to say, there is no general principle that establishes that assets that do not have an owner belong to the State. It may be seen that even the *Act of Mostrencos* of 1835, derogated by the Civil Code, which by its name regulated this very issue (“*mostrenco*” is an asset that lacks an owner or has been abandoned) did not establish such a principle but rather specific situations in which the State would be recognized as having an interest in the assets. The Civil Code and subsequent specific legislation have followed the same reasoning to establish specific cases and to a good measure exceptions instead of a general principle of property in the State. No such specific legislation applies to the cargo of the *Black Swan*, so it has not escheated to the Spanish state.

In short, we conclude that if issues of title or ownership to the Black Swan treasure were adjudicated in a Spanish tribunal, applying Spanish law, the Kingdom of Spain would have no colorable claim to ownership of the cargo, much less that which was owned and shipped by private parties on board.

This analysis can be supplemented by reference to the legal texts, jurisprudence and scholarly writings and can be clarified or amplified as required.

Madrid, 15th October 2008

(Original Signed in Spanish)

INFORME DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA LEY ESPAÑOLA AL CASO DEL CARGAMENTO DEL *CISNE NEGRO*

Por José Luis GOÑI ETCHEVERS (Goñi & Co. Abogados)
y Víctor FUENTES CAMACHO (Profesor Titular de
Derecho Internacional Privado. Universidad Complutense)

INTRODUCCIÓN

1. El caso que nos ocupa constituye una típica situación incluida en el objeto del Derecho internacional privado y regulada por sus normas. Ello es consecuencia de su carácter internacional, derivado del hecho de que el supuesto trasciende los límites de un único Estado soberano para vincularse con dos o más Estados con distintas legislaciones que presentan diferencias muy significativas en varios puntos. Sin entrar a valorar los contactos que pudiera tener el caso con otros Estados, es innegable que se vincula como mínimo con EE.UU. y con España. Como mínimo y sin tomar en consideración otras conexiones relevantes -sobre algunas de las cuales se volverá-, se vincula con los dos referidos Estados por la presencia en el proceso del gobierno español y de una empresa estadounidense con sede social en EE.UU.

2. El referido carácter internacional del supuesto permite a la representación del gobierno de España plantear la cuestión de fondo en términos de Derecho internacional privado; concretamente, en términos de problema de determinación del Derecho aplicable al caso (según la expresión clásica, de “conflicto de leyes”). Dicho en términos más directos, la posibilidad de que ciertas disposiciones de la ley española favorecieran al Reino de España podría llevar al gobierno español a plantear su aplicación.

3. Por las razones que anteceden, parece aconsejable un análisis legal que tenga por objeto el problema de Derecho internacional privado relativo la aplicabilidad al supuesto de la ley española. Tal análisis legal podría efectuarse desde el hipotético punto de vista de un tribunal español que estuviese actuando en el caso como juez de fondo. Se trataría de verificar si y en qué medida favorecería a España la ley española – y dentro de dicha ley, qué concretas disposiciones- mediante el examen de los diversos argumentos a que podría recurrir el gobierno español para defender su aplicación.

Según parece, hasta ahora se está contemplando como hipótesis que buque y carga constituyen una unidad. Entendemos que, frente a tal hipótesis, la carga y el buque deben ser considerados como bienes totalmente independientes y sometidos, por ello, a un tratamiento jurídico diferenciado. Esta dualidad de posibles enfoques aconseja dividir el presente informe en dos partes, dedicadas a la exposición de las consecuencias y a la valoración de la viabilidad de cada uno de ellos. Y, a su vez, dentro de la parte que se corresponde con el enfoque del cargamento de monedas como bien totalmente independiente del buque, se efectuará una segunda bipartición que permita analizar los resultados que se derivarían de considerar tal cargamento como bienes objeto de la especial protección dispensada por la Ley 13/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en lo sucesivo, “LPHE”) y como bienes que no merecen esa protección.

PARTE I: EXAMEN DEL ARGUMENTO DE QUE LA CARGA SEA CONSIDERADA COMO INDISOCIABLEMENTE UNIDA AL BUQUE

4. Según la información que suministra la prensa española, la representación del gobierno de España está insistiendo mucho en la idea de que existe un buque y de que tal buque y su cargamento deben ser tratados jurídicamente como una unidad. Se trata de una posición que no podemos compartir: primero, porque lo encontrado y excavado no es un buque sino un cargamento que además aparece sin ninguna conexión física con el barco que lo transportaba, cuya identidad se nos dice además que no es conocida o que no está confirmada; segundo, porque, para la hipótesis de que se hubiera localizado e identificado tal barco, en el presente caso las monedas litigiosas nunca habrían integrado con él una unidad, al tratarse de bienes que merecen la consideración jurídica de un cargamento nítidamente independiente del barco transportador. Asumiendo estas dos premisas, procederemos, no obstante, a examinar la tesis de la unidad para poder precisar sus consecuencias y determinar en qué medida es defendible en el caso que nos ocupa.

5. En el Derecho español la radical separación de los conceptos de buque y carga transportada no se discute. Únicamente a nivel doctrinal un autor que resulta ser uno de los firmantes de este informe -Víctor 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 presente supuesto, a un bien que fue hallado sumergido; pero que, como se verá, presenta diferencias muy significativas con el cargamento de monedas del *Cisne Negro*. 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 mencionado tema de los bienes inmuebles por destino, arrojan una cierta luz tres relevantes casos resueltos por la jurisprudencia de Francia (país, como es sabido, con un ordenamiento muy próximo al español): el caso *Palazzi c. Dame Lauth et Académie des sciences* (Trib. civ. de la Châtre, de julio de 1910), el caso *Stroganoff-Sherbatoff c. Bensimon* [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] y el caso *Ville de Genève et Fondation Abbeig c. Consorts Margail* [Cour d'appel de Montpellier, 18 de diciembre de 1984, y Cour de cassation (Ass. plén.) 15 de abril de 1988]. 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 destino” incluso frescos que se separan de los muros de una capilla con claro deterioro de la misma.

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 Código civil (en lo sucesivo, “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 bienes¹. Así lo hace, en primer lugar y con carácter general, el art. 334 Cc al establecer que:

“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”.

Complementariamente y con carácter específico para los bienes que integran el patrimonio histórico español (en lo sucesivo, “PHE”), el art. 14.1 LPHE se pronuncia en los siguientes términos:

“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”.

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 PHE. Según consta en el relato de los hechos difundido por la entidad *Gestión de Archivos y Subastas*, dicho bien era la campana de la carabela española *Santa María* (una de las tres carabelas en que Colón descubrió América) y fue hallado por el buzo profesional Roberto Mazzara sumergido en el fondo del mar territorial portugués. Con motivo de la introducción de la campana en España por R. Mazzara, la representación del gobierno de Portugal demandó su restitución ante los tribunales civiles españoles. 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 de la norma legal portuguesa contenida en el 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 integrante de la carabela *Santa María* justificaría su inclusión en el PHE².

¹ Vid. *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales (Perspectiva del Derecho internacional privado español)*, Madrid, Eurolex, 1993, espec. págs. 181-182.

² Más extensamente, 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

La ficción jurídica de que la campana y la carabela deben ser consideradas 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 (*“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”*), a pesar de haber sido hallada la campana en el mar territorial portugués³.

6. De lo expuesto se deduce claramente la principal consecuencia jurídica de la tesis de la unidad que acabamos de examinar: para la hipótesis de que se hubiera localizado e identificado el barco transportador y su cargamento fuese considerado como integrante de una unidad con él, se aplicaría al cargamento la misma ley que al barco. Esta ficción consistente en asimilar la carga al buque podría ser aducida por la representación del gobierno de España para intentar fundar en ella una aplicabilidad de la ley española favorable con carácter alternativo a alguna de las dos siguientes pretensiones: que la carga pudiera llegar a beneficiarse del privilegio de inmunidad en el supuesto de que gozase de él el barco, y, subsidiariamente, para el caso de que no existiese dicha inmunidad, que 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).

7. Consideramos que ninguna de las dos referidas pretensiones podría prosperar. Por una parte, en relación a la inmunidad del buque que podría alegarse por la representación del gobierno español, se trata de un problema que carece de relevancia porque la inmunidad de los buques de guerra o Estado es algo que sólo podría plantearse con relación a los buques aptos para la navegación marítima, y no a los hundidos (con la única excepción representada por la posibilidad -que no se da en el presente caso- de que el buque hundido sea susceptible de ser recuperado al poco de su hundimiento y pueda ponerse en navegación con unas reparaciones de un coste económicamente razonable). Además, para la hipótesis de que se tratase de un buque apto para la navegación marítima, su inmunidad requeriría que concurriesen cumulativamente las cinco siguientes circunstancias: 1º) que se localizase e indentificase tal barco transportador; 2º) que se demostrase que se trata de *Nuestra Señora de las Mercedes*; 3º) que el mismo fuese calificable como “buque de Estado”; 4º) que la mercancía que llevaba a bordo no fuese privada, y 5º) que al tiempo de su hundimiento estuviese realizando una actividad militar no comercial. Para el supuesto hipotético de que hubiera barco, la eventual defensa de que el mismo pertenece al patrimonio del Estado español podría perfectamente rebatirse mediante la demostración de que fue objeto de abandono; posición sobre la cual se volverá al hilo de la contemplación de la carga como bienes merecedores de un tratamiento jurídico independiente (*infra*, punto 10). Finalmente, justificado el rechazo de ambas ideas de inmunidad y de propiedad mediante la consideración de cada una en sí, su rechazo debe ser aún más radical –si es que cabe– en su pretendida proyección al cargamento por vía de la tesis que lo concibe como integrante de una unidad con el buque; pura y

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.

³ El caso fue posteriormente resuelto sobre otros fundamentos legales.

simplemente, porque se trata de una tesis que en el caso del tesoro del *Cisne Negro* no es en absoluto defendible (porque los hechos diferían significativamente).

La repetida tesis de la unidad se configura, en efecto, como insostenible si se efectúa un análisis comparativo del caso que nos ocupa 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 casos determinados elementos que no concurren en este otro y funcionan como circunstancias requeridas por las precitadas normas: de un lado, los elementos materiales constituidos por la afección inicial al inmueble de los bienes posteriormente movilizadas y, en su caso, por el deterioro del inmueble principal que tal movilización supuso; de otro lado, el elemento volitivo constituido por el propósito de los dueños de cada inmueble de que los objetos que fueron movilizadas sin o contra su voluntad hubieran permanecido unidos o incorporados a él. Es precisamente esta nota de afección a los buques sumergidos de ciertos bienes que se hallan en ellos al tiempo de su hundimiento lo que llevó a V. Fuentes Camacho a defender en el asunto de la campana de la *Santa María* que la campana tenía un innegable carácter de parte integrante de la carabela que justificaba plenamente la consideración de ambas como una unidad. Muy al contrario, las monedas objeto del caso que nos ocupa 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 por el momento desconocido buque ni voluntad de ningún dueño de que pasasen a formar parte de él de modo permanente; por lo que la separación del cargamento – probablemente, como consecuencia del naufragio– tampoco pudo suponer ningún tipo de menoscabo o deterioro de ese hipotético buque. La tesis de la unidad debe ser, en consecuencia, radicalmente rechazada, y su rechazo nos lleva a considerar el cargamento con el carácter independiente que merece.

PARTE II: EXAMEN DEL ARGUMENTO DE QUE LA CARGA SEA CONSIDERADA COMO NÍTIDAMENTE SEPARABLE DEL BUQUE

8. Descartada toda posible contemplación del cargamento como integrante de una unidad con el hipotético barco, procede considerar uno y otro con carácter separado. Como se apuntó en la introducción al presente informe, desde esta segunda perspectiva la determinación de la ley aplicable a las monedas litigiosas variará dependiendo de que merezcan o no la calificación de bienes objeto de una especial protección dispensada por la LPHE.

9. El Reino de España podría intentar defender la sumisión del cargamento a la normativa especial de protección contenida en la LPHE. Esta protección especial podría extenderse a reconocer la propiedad del Estado del cargamento de monedas, basada en que las monedas forman parte del patrimonio arqueológico en los términos del art. 40.1 LPHE como “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”. España podría incluso intentar defender la existencia, a favor del Estado, del derecho de propiedad sobre ciertos bienes integrantes del PHE 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.

Como veremos seguidamente, ninguna de las referidas posibles consecuencias del planteamiento anterior puede 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 bienes que integran el PHE” que define el art. 5 LPHE como presupuesto para que se produzca la consecuencia material imperativa de su art. 29.1 “atribución automática del derecho de propiedad sobre el bien al Estado”.

Las monedas sobre las que versa el caso que nos ocupa 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 continental⁴. 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, según se nos dice, 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 de que está siendo exportado sin autorización⁵. 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 no ha podido tener lugar en el caso del tesoro del *Cisne Negro* porque las monedas no se hallaban sumergidas en aguas bajo la soberanía territorial española cuando fueron encontradas. Si quisiera fundar su reclamación en la acción conjunta de los arts. 29.1 y 5 LPHE, el gobierno de España se vería obligado a forzar de un modo inadmisibles 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 de España sin autorización de las autoridades competentes españolas.

Para que tan rechazable tesis pudiera llegar a prosperar, tendría que darse además una *conditio sine qua non* que, como se verá a seguidamente, tampoco concurre

⁴ Vid. *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de junio de 1985*, Madrid, Civitas, 1989, págs. 739-742.

⁵ Cf. “Law and Practice of International Art Trade in Spain”, en AA.VV., *International Sales of Works of Art – La vente internationale d’œuvres d’art (Coloquio. Ginebra, 14-16 abril 1988)*, París / Nueva York / Deventer / Boston, ICC Publishing y Kluwer, 1990, pág. 123.

en el presente caso. Nos referimos a la relevancia que habrían de tener los bienes para el PHE; 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 PHE. También ha sido J.L. Álvarez Álvarez uno de los autores que mejor ha sabido precisar la nota de relevancia que distingue a las dos primeras categorías de bienes de la tercera, cuando señala que, aunque de manera un tanto oscura, el art. 1.3 LPHE “viene a reconocer esas tres categorías de bienes, ya que los bienes más relevantes serán o declarados de interés cultural o inventariados, y existen otros que son menos relevantes y que ni se declaran ni se inventarian” (*op. cit.*, pág. 111).

Como mínimo en su mayor parte, el cargamento de monedas del *Cisne Negro* podría inscribirse a lo sumo en la tercera categoría de bienes mencionada. Se trata de un cargamento que, según se nos dice, consta de aproximadamente 500.000 monedas similares entre sí, 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 el PHE 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 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. Y tal supresión obedeció a fundadas razones que explica con claridad J.L. Álvarez Álvarez 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” (*op. cit.*, pág. 200).

“El artículo 26 del Proyecto, como ya hemos dicho, 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.*, págs. 201-202. Las itálicas son nuestras).

En definitiva, insuficiencia del criterio de la antigüedad de las monedas que nos lleva a cerrar el análisis de la posibilidad de contemplarlas como bienes objeto de especial protección por la LPHE con una conclusión negativa.

10. La inaplicabilidad a las monedas del régimen previsto en la LPHE para los bienes de singular relevancia nos lleva, finalmente, a considerar el cargamento como bienes que no merecen la especial protección dispensada por dicha ley. 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*⁶. En virtud de dicha norma, el derecho de propiedad sobre las monedas litigiosas se regiría 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.

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 el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, concluido en Montego Bay el 10 de diciembre 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)⁷. 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 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

⁶ 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, pág. 207.

⁷ Vid., en la doctrina española, J.D. González Campos, L.I. Sánchez Rodríguez y P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Curso de Derecho internacional público*, 4ª ed. rev., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008, págs. 683-690.

transportador y toda posible 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* para el juez español, que sería la ley española.

Desde la perspectiva 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 que suministra el ordenamiento civil español. 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: “*Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación*”). Cuando el bien se destruye deja de existir la propiedad (art. 460.3º Cc: “*El poseedor puede perder su posesión: ...3º. Por destrucción o pérdida total de la cosa, o por quedar ésta fuera del comercio*”) y ningún precepto o norma de otro tipo permite 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 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 hasta ahora desconocido 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 anteriormente mencionados (*supra*, punto 7) 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 del *Cisne Negro* 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 reconocerá el derecho a la propiedad del descubridor de bienes abandonados tal como el tesoro del “Black Swan”.

11. Por último, a fin de completar al máximo el presente análisis, procederemos a plantear las consecuencias que podría tener sobre las monedas litigiosas un enfoque del supuesto en términos de sucesión *mortis causa*. A tal respecto, parece oportuno

comenzar considerando con carácter general la situación de los herederos. El Cc establece en su art. 661:

“Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones”.

Pero, como hemos visto, ni el difunto tenía las monedas en su patrimonio al fallecer, ni los herederos pueden ejercitar el derecho a la herencia –la adquisición de la propiedad–; por no ser posible la posesión no cabe la transmisión por parte de aquél ni la adquisición por parte de los herederos. Habría también prescripción extintiva; es decir, no tendrían acción contra el poseedor pasados los seis años [art. 1962 Cc: *“Las acciones reales sobre bienes muebles prescriben a los seis años de perdida la posesión, (...) excepto los casos de extravío y venta pública, y los de hurto o robo, en que se estará a lo dispuesto en el párrafo 3.º del mismo artículo citado (1955)”*]. Y, si bien en el art. 1955.3 Cc hay una referencia que podría entenderse susceptible de afectar al cargamento si se considerara perdido u objeto de privación ilegal, consideramos que tal postura es claramente rechazable. El precepto se pronuncia en los siguientes términos:

“En cuanto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida o de que hubiese sido privado ilegalmente, (...) se estará a lo dispuesto en el artículo 464 de este Código”.

Sin embargo, no estamos en ninguno de los dos casos que contempla, puesto que “perdido” es el bien u objeto que queda temporalmente fuera del control del propietario; y la “privación ilegal” se equipara en el art. 1962 Cc al que ha sido “hurtado o robado”. En todo caso el dueño que podría ejercitar la acción de reivindicación sería, en el supuesto que nos ocupa, el propietario al tiempo del hundimiento del cargamento o sus herederos; pero el primero falleció hace siglos y la herencia no se ha producido a favor de los herederos, según ya hemos visto.

Más concretamente, por lo que respecta a la sucesión del Estado, el Cc establece que a falta de herederos por testamento o de los familiares que tengan derecho a heredar según la propia ley, el Estado será el heredero (art. 913: *“A falta de herederos testamentarios, la Ley defiere la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado”*; art. 956: *“A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes Secciones, heredará el Estado...”*). Al Estado se le aplicarán en cuanto heredero legal las mismas normas establecidas por el Código para los demás herederos (art. 957 Cc: *“Los derechos y obligaciones del Estado (...) serán los mismos que los de los demás herederos...”*⁸). Añade también el art. 958 Cc un requisito importante en nuestro caso:

“Para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios habrá de preceder declaración judicial de heredero, adjudicándole los bienes por falta de herederos legítimos”.

En relación a tal precepto debemos destacar que no basta que el Estado pueda considerarse heredero del difunto. Serán necesarios dos requisitos para que adquiera la propiedad de los bienes de la herencia: que haya una resolución judicial a favor del Estado y que de hecho el Estado se haya apoderado de esos bienes. En nuestro caso faltarían ambos requisitos puesto que el cargamento del *Cisne Negro* habría pasado previamente a la posesión de *Odissey Marine Exploration*.

⁸ El citado precepto prosigue: *“...pero se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, a los efectos que enumera el artículo 1023”*. La excepción de que la herencia a favor del Estado se entenderá siempre “a beneficio de inventario” (contrariamente a lo que ocurre con los demás herederos) consiste en que, dicho en términos generales, podría reservarse la aceptación para el caso de que el activo de la herencia superase al pasivo.

Y ya para concluir, procede señalar que no hay en el Derecho español una doctrina semejante a la doctrina de “*escheats*”; es decir, un principio general que establezca que los bienes que no tienen dueño serán propiedad del Estado. Puede verse que la Ley de Mostrencos de 1835, derogada más tarde por el Cc, que por su título regulaba este tema (“mostrenco” es un bien que carece de dueño conocido o que ha sido abandonado) no establecía tal principio sino que establecía supuestos concretos de reconocimiento de propiedad del Estado sobre tales bienes. El Cc y las leyes especiales posteriores han seguido esta misma postura del establecimiento de casos concretos y en buena medida excepcionales en lugar de establecer un principio general de propiedad del Estado. No existe normativa alguna que se aplica al cargamento del “Black Swan”, y por lo tanto no puede considerarse la propiedad del Estado español.

En resumen, concluimos que si ante un juzgado español se discutiera la titularidad o propiedad del tesoro del “*Black Swan*”, bajo ley española, el Reino de España no tendrá ninguna reclamación seria sobre la titularidad de la carga, aun menos tal cargo que en su día fue la propiedad de terceros a bordo.

Este análisis puede ser complementado mediante las referencias legales, jurisprudenciales y doctrinales, y ser objeto de las aclaraciones y ampliaciones que se interesen.

En Madrid, a 15 de octubre de 2008



Victor Fuentes Camacho



José Luis Goñi Etchevers