

Tesoros submarinos: el “Black Swan” era español

Javier Portales Rodríguez

En el año 2007 tuvo bastante trascendencia mediática el incidente protagonizado por la empresa norteamericana Odyssey Marine Exploration (Odyssey), cuando rescató un tesoro en una zona no identificada pero que supuestamente podría situarse en aguas sujetas a la Jurisdicción española; también presuntamente, el tesoro podría proceder de un navío español. El incidente cobró especial notoriedad cuando, con la colaboración de las Autoridades gibraltareñas, Odyssey envió el tesoro a los Estados Unidos por vía aérea desde Gibraltar. El tesoro lo formaban aproximadamente 500.000 monedas de oro y plata.

La extracción y envío a EEUU del tesoro del Black Swan en el año 2007

Supuestamente, Odyssey buscaba los restos del galeón británico *HMS SUSSEX*, que se hundió en 1694 a 5,5 millas del Peñón de Gibraltar, como consecuencia de un temporal. Para ello, había suscrito previamente un acuerdo con el Gobierno británico. Odyssey admitió que no había localizado el *HMS SUSSEX*, y que el tesoro lo había extraído de un pecio no identificado, en una zona que tampoco querían identificar. Denominaron al pecio *Black Swan* (Cisne Negro).

Ya entonces resultaba poco creíble la versión ofrecida por Odyssey del hallazgo casi fortuito de uno de los mayores, sino el mayor, tesoros extraídos hasta entonces de los mares. Si eso no era creíble, la forma en que se apresuró a exportar el tesoro a Estados Unidos, con la complicidad de las Autoridades gibraltareñas, convertía definitivamente la historia en notoriamente sospechosa para los españoles.

Los Tribunales norteamericanos nos han dado la razón. Efectivamente, el Black Swan tenía sorpresa, al tratarse de la fragata española *NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES* (nos referiremos a ella como la *MERCEDES*).

Para situarnos adecuadamente en el escenario judicial norteamericano, una vez exportado el tesoro a Estados Unidos, Odyssey promovió un procedimiento judicial ante los Tribunales Federales de Tampa, Florida (*Middle District of Florida*), en el que, en resumen, pedía que se le adjudicasen los restos del pecio no identificado, es decir, del Cisne Negro, y de su cargamento, así como que quedasen, pecio y cargamento, cautelarmente embargados. También pedía que se declarase que ningún Gobierno de ningún país podía interferir los trabajos de exploración y recuperación que realizase dicha entidad en el pecio. En términos más técnicos, Odyssey ejercitaba una *possessory and ownership claim* al amparo de la denominada *law of finds*, y una *salvage award claim* al amparo de la *law of salvage*; además, pedía una *warrant of arrest in rem* contra el pecio y su cargamento.



Aunque la Orden de embargo fue inicialmente concedida por el Tribunal, no obstante el 22 de Diciembre de 2009, el Tribunal rechazó las peticiones de Odyssey, y confirmó que el pecio y su cargamento pertenecían a España. El asunto quedó entonces sujeto a Apelación ante la Corte de Apelaciones (*Eleventh Circuit*) de Atlanta, Georgia, la cual se pronunció favorablemente a los intereses del Estado Español el pasado 21 de Septiembre de 2011.

Sin duda, el procedimiento judicial en Estados Unidos ha sido muy interesante, y se han debatido varios aspectos relevantes, reflejados todos ellos en la decisión de la Corte de Atlanta.

Odyssey se ha mantenido en su presunto desconocimiento acerca de la identidad del pecio, si bien, según señala la Sentencia de la Corte de Atlanta, en un momento determi-

Tribuna Profesional cuenta con el patrocinio de:

DET NORSKE VERITAS
ESPAÑA, S.L.
C/Almansa, 105 - 1ª Planta
Oficina 2
28040 Madrid

MANAGING RISK



Expertos de Odyssey examinan monedas extraídas del pecio que la compañía denominó “Black Swan”.



nado admitió que podría potencialmente tratarse de la *MERCEDES*. La posibilidad de que fuese la *MERCEDES*, que España defendió intensamente y con éxito, animó a la República de Perú y a veinticinco personas físicas a reivindicar sus derechos sobre el tesoro. Veinticuatro personas alegaban ser pretendidos descendientes de la tripulación, y otra alegaba un interés sobre cualquier tesoro español en Florida. Todos ellos comparecieron en el procedimiento judicial para presentar sus reclamaciones.

La identificación del pecio: La *MERCEDES*.

La Sentencia de la Corte de Atlanta señala que para confirmar si el

pecio se correspondía con la *MERCEDES*, lo que era fundamental para decidir si gozaba de inmunidad soberana bajo la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA), era necesario situar la última misión de dicho navío en el contexto histórico correspondiente.

La Sentencia describe el contexto histórico previo al incidente de la *MERCEDES*, centrándose en las relaciones entre España, Gran Bretaña y Francia. Señala que tras los Tratados de San Ildefonso, firmados en 1796 y 1800 entre España y Francia, seguidos de un acuerdo secreto entre dichas naciones firmado en 1803, España debía realizar importantes pagos mensuales a Francia como consecuencia de la ayuda militar comprometida frente a ésta (se entiende que en su política militar conjunta frente a Gran Bretaña, si bien en 1802 Gran Bretaña y Francia habían firmado el Tratado de Amiens).

En ese contexto, era necesario acumular riqueza en España y Godoy ordenó entonces que dos fragatas, la *MERCEDES* y la *CLARA*, fuesen despachadas hacia Lima para traer un cargamento de metales preciosos. La *MERCEDES* había sido construida en 1788 en el Astillero español de La Habana, Cuba, y había estado involucrada en múltiples misiones militares, incluyendo

la Batalla del Cabo de San Vicente, en 1797, y la defensa de El Ferrol, en 1800; en ambos casos contra los ingleses.

Tras hacer escala en Montevideo, una escuadra que integraba la *MERCEDES*, la *CLARA*, la *MEDEA* y la *FAMA* zarpó hacia Cádiz el 9 de Agosto de 1804. En la mañana del 5 de Octubre de 1804, cuando se encontraba a un día de navegación de Cádiz, la escuadra fue interceptada por una flotilla inglesa de cuatro barcos, al mando del Comodoro Graham Moore, que tenía instrucciones de las Autoridades inglesas de interceptar las fragatas españolas que transportaban tesoros a España, y dirigirlas a Inglaterra.

La escuadra española, al mando del Comandante General, D. José de Bustamante, rechazó la orden de detención de la Armada inglesa, dando comienzo la batalla del Cabo de Santa María, que fue el preludio de la Batalla de Trafalgar. Al poco tiempo de comenzar la batalla, la *MERCEDES* explotó y se hundió. Las otras tres fragatas se rindieron y fueron llevadas a Inglaterra. El Segundo Comandante de la Escuadra española era Diego de Alvear y Ponce de León, cuya familia viajaba en la *MERCEDES* y pereció con el naufragio.

La realidad innegable de estos acontecimientos, que recoge la Sentencia norteamericana, aparece reflejada en el primero de los Episodios Nacionales de D. Benito Pérez Galdós, "*Trafalgar*". El autor relata, en boca de uno de los marineros que viajaba en la *FAMA*, que la escuadra traía a España los caudales de Lima y Buenos Aires, y que fue interceptada por cuatro fragatas inglesas, cuyo Comodoro les informó de que, aunque no estaba declarada la guerra, tenía orden de apresarlos.

El Episodio Nacional relata el inicio del combate y la explosión de la *MERCEDES* tras ser alcanzada en su santabárbara, así como el apresamiento de las otras tres fragatas. La descripción, hecha por el marinero que



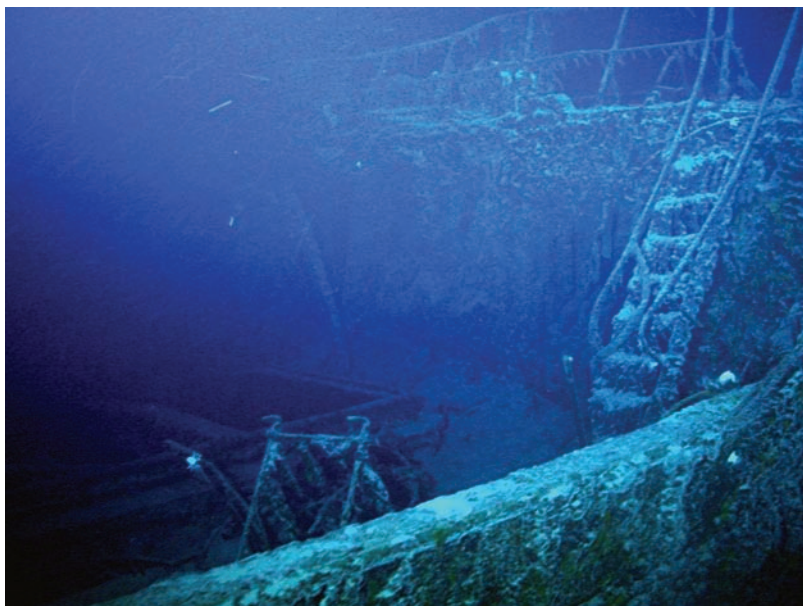
pierde una pierna en el combate, es reveladora respecto de la presunta finalidad del apresamiento: *"Aquellos condenados nos llevaron a Inglaterra, no como presos, sino como detenidos; pero carta va, carta viene entre Londres y Madrid, lo cierto es que se quedaron con el dinero, y me parece que cuando a mí me nazca otra pierna, entonces el Rey de España les verá la punta del pelo a los cinco millones de pesos"*.

La Sentencia de Atlanta refleja que toda la información contrastada avala el hecho de que el pecio encontrado por Odyssey se correspondía con la *MERCEDES*. Y el primer factor relevante era la zona de localización, porque coincidía con la zona del naufragio de la *MERCEDES* y no constaba la existencia de otro hundimiento de navío similar en esa misma zona y época.

Además, la Sentencia señala que la composición de la muestra de monedas revisada pertenecía a las 900.000 monedas, principalmente de plata, transportadas por la *MERCEDES*: casi todas eran de plata, acuñadas a final del Siglo XVIII y principio del Siglo XIX, y ninguna con posterioridad a 1804; además, estaban acuñadas únicamente en Lima y Bolivia. Los cañones encontrados también se correspondían con el tipo de cañones que llevaba la *MERCEDES*.

Por todo ello, el Tribunal concluye que España merecía la protección resultante de la inmunidad soberana del pecio. La Sentencia recuerda el Tratado de Amistad y Relaciones Generales suscrito el 3 de Julio de 1902 entre España y Estados Unidos, en virtud del cual ambos países se prestarían mutuamente la misma ayuda y protección, y se reconocerían las mismas inmunidades que cualquiera de dichos países reconociese para sus propios pecios. Con base en ese Tratado, el Tribunal entiende que debía conceder a la *MERCEDES* la necesaria protección frente a cualquier intento privado de acceder a su posesión.

De hecho, y este aspecto merece especial mención, Estados Unidos compareció en el procedimiento para apoyar la posición de España sobre la base del referido Tratado. Un gesto de agradecer, aunque pueda venir avalado por el propio



Odyssey ha encontrado varios buques; en la foto: SS Gairsoppa.

interés de Estados Unidos en sus numerosos pecios; ello al margen de alguna otra razón más concreta que, al parecer, se sugiere en la documentación revelada en su momento por *Wikileaks*.

La posición de Odyssey

Como hemos apuntado, Odyssey negaba que el pecio se correspondiese con la *MERCEDES*, pero planteaba que incluso si se tratase de la *MERCEDES*, en todo caso, no gozaría de inmunidad soberana porque España no estaba en guerra cuando la *MERCEDES* fue atacada. Alegaba Odyssey que la *MERCEDES* navegaba en misión comercial y no podía considerarse entonces un navío de guerra ni, en consecuencia, merecer inmunidad soberana.

La argumentación nos suscita una primera reflexión, cual es que el ataque a la *MERCEDES* no debió nunca producirse precisamente porque Gran Bretaña y España no estaban en guerra. Y resulta que el propósito último del ataque parece que era hacerse con el cargamento para las Autoridades inglesas.

Respecto de la afirmación de Odyssey de que la *MERCEDES* no podía considerarse un buque de guerra porque España no estaba en guerra cuando la *MERCEDES* fue atacada y hundida, el propio Tribunal de Atlanta le recuerda a Odyssey que, con el mismo razonamiento, no podría considerarse un buque de guerra el *USS ARIZONA* cuando fue hundido por los japoneses en Pearl Harbour.

Odyssey planteaba además que la *MERCEDES* transportaba mercancía privada mediante el pago de un flete, lo que confirmaría que se encontraba en misión comercial; a ello se añadiría que pertenecía al Servicio de Correos Marítimos.

Todos los argumentos han sido rechazados en la Sentencia. El Tribunal confirma que la *MERCEDES* estaba registrada en 1804 como una de las nueve fragatas de la Armada española, con base en El Ferrol. Su Capitán y tripulación pertenecían a la Armada y su armamento era el estándar de los navíos de guerra.

Odyssey también mantenía que no se debía aplicar la inmunidad soberana porque España no tenía la posesión de los bienes recuperados, pero el Tribunal rechaza dicho argumento entendiéndolo que la Ley Federal sobre Inmunidad Soberana (FSIA) no exige dicha posesión para que un Estado extranjero reclame la inmunidad sobre sus navíos de guerra hundidos.

Finalmente, Odyssey, la República de Perú y los veinticinco reclamantes individuales planteaban que incluso si la *MERCEDES* gozase de inmunidad soberana, tal inmunidad no sería extensiva a su cargamento, es decir, al tesoro hallado. Los reclamantes individuales planteaban que tenían un derecho sobre la carga, como descendientes de los que lo tuvieron originariamente. Perú planteaba un interés patrimonial sobre la carga porque se ori-





Cañón.

ginó en su territorio; es decir, las monedas fueron acuñadas allí.

Sin embargo, el Tribunal reconoce a la *MERCEDES* y su cargamento una inmunidad soberana a favor de España, que le impide entrar a conocer de los pretendidos derechos alegados por Perú y por los reclamantes individuales (no tiene Jurisdicción para ello como consecuencia de la referida inmunidad).

Valoración para el futuro

Aunque *Oddisey*, Perú y los pretendidos descendientes pueden aún tratar de revisar el caso, las decisiones judiciales emitidas parecen bastante contundentes. Además, la Sentencia de Atlanta se apoya en otras decisiones emitidas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, lo que entendemos limita más las expectativas de aquellos.

En su página web (apartado *News & Media*) *Oddisey* anunciaba que solicitaría un "En Banc Hearing", que

equivaldría a una Vista ante todos los Jueces del Undécimo Circuito de la Corte de Apelación de Atlanta, para revisar la decisión emitida por tres de dichos Jueces. La causa sería el hecho de que la decisión sería supuestamente contraria a otras del mismo Tribunal.

Desconozco si se habrá llevado a efecto tal intento, pero dicha medida legal está en principio prevista para casos de extraordinaria importancia para la Nación, lo que unido a las demás consideraciones expuestas, permite al menos intuir que no será fácil para *Oddisey* conseguir la pretendida revisión.

Aunque aún no sea definitivo, mi opinión es que este asunto está teniendo el final que merecía. Y el momento parece el más propicio para recuperar un tesoro que se ha llegado a valorar en casi 400.000.000 Euros, y que habrá de ser devuelto a España por mandato judicial.

En los años noventa se produjo el primer precedente relevante en Estados Unidos, cuando España disputó con éxito la propiedad de los restos de los pecios de las fragatas *Juno* y *Galga*.

El caso de la *MERCEDES* servirá, sin duda, para reforzar de forma significativa el mensaje a las empresas de cazatesoros, en el sentido de que no gozan de inmunidad en la localización y saqueo de pecios. Porque no debemos olvidar que esas empresas no actúan, normalmente, con fines culturales. El hecho de que los trabajos de localización se lleven a efecto en virtud de acuerdos con un determinado Gobierno,

no garantiza que no se produzcan hechos como los acaecidos en el caso del *Black Swan*.

La actuación de los Tribunales norteamericanos -y el honesto comportamiento de la Administración norteamericana, llegando incluso a comparecer en el procedimiento y posicionarse a favor de España-, ha sido muy importante para nuestro país. Pero debemos agotar la diligencia para la protección de nuestro patrimonio histórico subacuático, porque los restos de nuestros navíos pueden encontrarse en cualquier parte del mundo. Además, existe un elevado número de pecios alrededor de nuestras costas, incluidos los procedentes de las civilizaciones griega y romana, localizados principalmente estos últimos en la costa mediterránea.

España es Estado parte de la Convención de 2001 de la Asamblea General de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático, en vigor desde 2009. Es un paso importante, aunque su eficacia aún habrá de ser constatada.

A nivel nacional desde luego que se pueden hacer muchas cosas. Desde disponer de Cartas Arqueológicas submarinas que reflejen adecuadamente la situación de los pecios, hasta organizar de forma adecuada y eficaz el control de los mismos. Así lo contemplaba el Plan Nacional de Arqueología Subacuática, aprobado por el Ministerio de Cultura en Octubre de 2007, y que establece, además, algunas otras medidas adicionales para la protección del patrimonio subacuático.

Actualmente los movimientos de los buques pueden controlarse desde tierra con el Sistema de Identificación Automática (SIA o AIS), que puede ser una herramienta de control para buques que pretendan eventualmente operar en zonas donde estén localizados pecios (aunque aún no está garantizada su eficacia porque son equipos a bordo que pueden eventualmente desactivarse).

También existen mecanismos de control desde el espacio, como el sistema de Vigilancia de Yacimientos Arqueológicos Subacuáticos mediante Satélite (VYAMSAT), que permite obtener fotografías de los barcos que puedan encontrarse cerca de los yacimientos y, de esa forma, desde un centro de control, supervisar los movimientos de buques alrededor de aquéllos. Desconozco el estado de desarrollo de estos mecanismos, pero parece claro que pueden ser bastante eficaces.

En todo caso, necesitamos normas claras que permitan superar las dificultades derivadas, por un lado, del hecho de que exista normativa central y autonómica que pueda afectar a los pecios, y, por otro lado, del hecho de que a nivel ejecutivo las competencias puedan repartirse entre diversos Ministerios.

El asunto tiene la suficiente trascendencia como para hacer un esfuerzo importante. Además del interés histórico y cultural, solamente en los pecios localizados por las costas españolas y, en particular, en la zona del comercio con Indias, hablaremos de valiosos cargamentos que se traducen en muchos miles de millones de euros.

