

## II. NOTAS

### LA APLICACIÓN POR ESPAÑA DE TRATADOS SUCESIVOS Y DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN MATERIA MIGRATORIA: EL ASUNTO URUGUAY

Félix VACAS FERNÁNDEZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público  
y Relaciones Internacionales de la Universidad  
Carlos III de Madrid

#### SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL ASUNTO URUGUAY.—2. LA APLICACIÓN DE TRATADOS SUCESIVOS Y EL ALCANCE DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN MATERIA MIGRATORIA.—3. CONTEXTO Y DESARROLLO POLÍTICO DEL ASUNTO URUGUAY.

En relación a la aplicación y vigencia de los acuerdos bilaterales adoptados por España en materia migratoria, desde hace años se ha venido fraguando un problema jurídico relativamente importante en sí mismo —en relación al número de personas afectadas—, con relevantes ramificaciones políticas, como veremos; y que, sobre todo, plantea interesantes problemas jurídicos generales cuyo análisis resulta de especial interés en la nueva posición de España como país de destino de flujos migratorios que utiliza para su regulación y control, entre otros instrumentos, pero de manera destacada, los *tratados bilaterales*<sup>1</sup>. Se trata del bautizado como *Asunto Uruguay* que, en efecto, en su doble vertiente jurídico-política sirve para mostrar, desde la perspectiva misma de la aplicación de los tratados migratorios o con cláusulas relativas a la materia, algunos problemas jurídicos de especial relevancia que se le pueden, y de hecho se le han, planteado a España.

En el *asunto Uruguay* se confrontan, en esencia, las disposiciones que en materia migratoria contiene el *Tratado de reconocimiento, paz y amistad hispano-uruguayo de 1870*, con las del *Tratado General de Cooperación y Amistad entre la República Oriental de Uruguay y el Reino de España de 1992*; al hilo de lo cual se plantean

---

<sup>1</sup> Vide VACAS FERNÁNDEZ, F., *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios. Contexto, marco jurídico y contenido*, Dykinson, Madrid, 2007.

problemas propios del *Derecho de los Tratados* –vigencia de tratados, aplicación de tratados sucesivos en una misma materia o solución de controversias relativas a ambos– y también relativos al significado, alcance y límites de las conocidas como *cláusulas de nación más favorecida y del trato nacional*. Problemas que, en los casos concretos planteados, han venido recibiendo respuestas judiciales en España a menudo contradictorias, hasta que el Tribunal Supremo dictó la Sentencia de 12 de noviembre de 2006, que resuelve un recurso de casación en interés de ley presentado por el Abogado del Estado, y que fija una determinada doctrina legal que, es de esperar termine con la inseguridad jurídica generada en la materia<sup>2</sup>.

Pues bien, en lo que sigue analizaremos, junto al contexto del asunto y al hilo de los vaivenes judiciales, las mencionadas cuestiones jurídicas generales tanto desde la perspectiva teórica iusinternacionalista como de su aplicación práctica por los tribunales internos españoles; así como la situación actual de un asunto que, al menos desde la perspectiva de las relaciones entre los países concernidos, España y Uruguay, no está del todo cerrado.

## 1. PLANTEAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL ASUNTO URUGUAY

Para adentrarnos en el asunto conviene comenzar por lo establecido en el artículo 8 del Tratado de 1870: «*Los súbditos españoles en la República Oriental de Uruguay y los ciudadanos de la República en España podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones, poseer, comprar y vender al por mayor y menor toda especie de bienes y propiedades, muebles e inmuebles, extraer del país valores íntegramente, disponer de ellos en vida o muerte, y suceder en los mismos por testamento o abintestato, todo con arreglo a las leyes del país, en los mismos términos y bajo de iguales condiciones y adeudos que usan o usaren los de la nación más favorecida*»<sup>3</sup>. Con base en esta disposición, varios ciudadanos uruguayos interpusieron recurso contencioso-administrativo contra respectivas decisiones de las distintas Subdelegaciones del Gobierno que les habían denegado el permiso de residencia en España que previamente habían solicitado. Varios de dichos recursos prosperaron, no sólo en primera instancia, sino también ante los correspondientes Tribunales Superiores de Justicia que resolvían los recursos de apelación presentados por la Abogacía del Estado desestimándolos<sup>4</sup>; mientras que otras no lo hacían<sup>5</sup>.

Situación de incertidumbre jurídica que, contra toda lógica y, especialmente afectando a la seguridad jurídica, se ha mantenido durante casi una década: desde el 19 de

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 26 de septiembre de 2006 –recurso de casación 5/2005–.

<sup>3</sup> Cursivas añadidas.

<sup>4</sup> Vide en especial, las Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 106/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 19 de enero –JUR 2005/82206–; núm. 1398/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 1 de septiembre –JUR 2005/1229–; de 7 de julio de 2004 –JUR 2005/1601– o de 13 de abril de 2005 –JUR 2005/164987–, entre otras.

<sup>5</sup> Vide, entre otras, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 516/2004 y 555/2004, de 23 y 30 de junio de 2004, respectivamente, que acogen el recurso planteado por la Abogacía del Estado.

diciembre de 1997, fecha en la que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia a favor de las pretensiones del ciudadano uruguayo<sup>6</sup> y que se convirtió en firme al no admitir el Tribunal Supremo el recurso de casación en interés de ley interpuesto por el Abogado del Estado, por Sentencia de 10 de octubre de 2002<sup>7</sup>, hasta la admisión de un nuevo recurso de la Abogacía del Estado contra otra sentencia, en esta ocasión, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, por la ya citada Sentencia de 12 de septiembre de 2006.

Los argumentos de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia que desestimaron los recursos del Abogado del Estado son básicamente dos: de un lado, el relativo a la vigencia y consiguiente aplicación de la *cláusula de nación más favorecida*, e incluso, como veremos, *de trato nacional*; de otro, y muy enlazado con lo anterior, la aplicación del reproducido artículo 8 del Tratado de 1870, que, como hemos visto, contiene la cláusula de nación más favorecida, a pesar de la adopción entre ambos Estados de *sucesivos tratados bilaterales en la misma materia*.

En efecto, la desestimación se basaba, en primer lugar, en la aplicación del referido artículo 8 del Tratado de 1870, *interpretado de forma similar a lo dispuesto en los Convenios de Doble Nacionalidad con Chile y Perú*, de mayo de 1958 y 1959, respectivamente. Y es que, si comparamos el contenido del mencionado artículo con los, idénticos entre sí, artículos 7 de los Convenios con Chile y Perú, se apreciará su similitud:

«Los españoles en Chile y los chilenos en España que no estuvieran acogidos a los beneficios que les concede este Convenio continuarán disfrutando los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones chilena y española, respectivamente.

En consecuencia, podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos; establecerse dondequiera que lo juzguen conveniente para sus intereses; adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles; ejercer todo género de industria; comerciar tanto al por menor como al por mayor; ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de seguridad social, y tener acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, *todo ello en las mismas condiciones que los nacionales*.

El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan»<sup>8</sup>.

Similitud, que no identidad absoluta puesto que, de un lado, en estos últimos se hace referencia a la Seguridad Social, cosa que no ocurre en el primero y, de otro, la referencia a la aplicación de la legislación interna del país del primero, no existe en los segundos, que únicamente es citada en el último párrafo a los solos efectos del ejercicio de los derechos. Con base en esto último, el Abogado del Estado alegó que el Convenio de 1870 entre España y Uruguay es diferente a los celebrados con Chile y Perú de 25 de mayo de 1958 y de 16 de mayo de 1959, pues al existir una remisión

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de diciembre de 1997 en relación al recurso contencioso-administrativo 12669/1994.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 10 octubre 2002 –recurso de casación 2806/1998–.

<sup>8</sup> *Convenio de doble nacionalidad entre Chile y España*, de 24 de mayo de 1958, artículo 7. Texto idéntico al del artículo 7 del *Convenio de doble nacionalidad entre Perú y España*, de 16 de mayo de 1959. Cursivas añadidas.

a la legislación española, al cambiar ésta pueden cambiar los derechos de los extranjeros concernidos por el Convenio<sup>9</sup>.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2002 analizando el citado Tratado de 1870, confirmó la conclusión que la sentencia allí recurrida había alcanzado, según la cual los nacionales de Uruguay se encuentran en la misma situación que los ciudadanos españoles para obtener el permiso de trabajo. El Fundamento de Derecho segundo de dicha sentencia recoge la doctrina de este Tribunal Supremo entonces declarada, que es el siguiente:

«(...) como ha puesto adecuadamente de manifiesto la sentencia recurrida, los términos del Convenio de 1870, celebrado entre España y Uruguay son sustancialmente iguales, que los expresados en los Convenios con Chile y Perú, y no cabe apreciar la diferencia que advierte el Abogado del Estado, por el hecho de que el primero no haga referencia alguna a la legislación laboral y Seguridad Social y se remita a la legislación española, pues por un lado, como la parte recurrida refiere, en 1870 no había en España Seguridad Social, y por tanto no cabía hacer referencia alguna a la misma, y por otro, tanto el Convenio con Uruguay como los celebrados con Chile y Perú, hacen la misma remisión a la legislación española, como no podría ser menos, pues los derechos, sobre compra, venta, sucesión y el ejercicio de las actividades se ha de someter obviamente a lo dispuesto por la Ley donde se realicen esas actividades, pero de ello no se puede inferir que el derecho a obtener el permiso de trabajo o residencia, está excluido de los términos del Convenio, (...) la remisión a la legislación española afecta al ejercicio de la actividad, pero no a la titularidad del derecho a trabajar en España, que está amplia y suficientemente recogido en los Convenios con Chile y Perú, y también en similares términos por el Convenio con Uruguay, como se advierte de su propia letra, y adecuadamente ha expuesto la sentencia recurrida»<sup>10</sup>.

De ahí que quepa entender que en los casos de Uruguay, Chile y Perú existe, en opinión del Tribunal Superior de Justicia, «un derecho de ejercicio de la profesión u oficio exactamente igual en los tres casos, y que no existe en otros Convenios como los de Bolivia, Costa Rica, República Dominicana, Argentina, Ecuador, etc.»<sup>11</sup>. Mientras que desestima el argumento de la falta de identidad entre las Convenciones de Chile y Perú de 1958 y 1959, respectivamente, en relación con el Tratado con Uruguay de 1870 porque «el ejercicio libre de profesión u oficio ha de situarse en el momento histórico en el que se pacta, y en 1879 no existía en España Seguridad Social»<sup>12</sup>.

Partiendo de dichas consideraciones, el Tribunal Supremo llegará incluso a insinuar la existencia, al menos implícita, en los tres tratados mencionados de una *cláusula de trato nacional*: «Tales consideraciones llevan al Tribunal Supremo a colocar a los ciudadanos peruanos, en tanto se encuentre vigente el citado Convenio Internacional, en la misma situación que los ciudadanos españoles para obtener el permiso de trabajo, no siendo posible denegarlos, como hacen las resoluciones impugnadas, en

<sup>9</sup> Vide Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 10 octubre 2002 –recurso de casación 2806/1998–, Fundamento de Derecho segundo.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*, Fundamento de Derecho primero.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

base a que su concesión no resulte conveniente para la situación nacional de empleo»<sup>13</sup>.

En segundo lugar, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia aborda la cuestión de confrontar lo establecido en el artículo 8 del Tratado de 1870 con el artículo 14 del *Tratado General de Cooperación y Amistad entre la República Oriental de Uruguay y el Reino de España*, de 1992, puesto que el Abogado del Estado alegó que la situación concreta examinada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2002 había variado con la entrada en vigor de dicho Tratado de 1992. El mencionado artículo 14 dispone que «con sujeción a su legislación y de conformidad con el derecho internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra *facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales*, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades. La expedición de los permisos de trabajo laborales y profesionales, por cuenta ajena será gratuita»<sup>14</sup>. Por último, añade que «las respectivas autoridades garantizarán el efectivo goce de las facilidades mencionadas, sujeto al criterio de reciprocidad».

Al Tribunal Superior de Justicia de Valencia se le planteaba, por consiguiente, en primer lugar, una cuestión de aplicación de tratados sucesivos en una misma materia, que resuelve atendiendo a lo dispuesto en el artículo 18 del Tratado de 1992, que mantiene la vigencia de los tratados y acuerdos anteriores en tanto no resulten incompatibles; que, por lo demás, es, como veremos, la solución que contiene la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969.

A partir de aquí, el Tribunal Superior de Justicia estudiará la posible incompatibilidad del artículo 14 del Tratado de 1992 con el artículo 8 del Tratado de 1870, desestimándola y llegando a la conclusión de que «analizando en su conjunto el artículo 8 del Tratado de 1870 y 14 de 1992 la Administración no puede denegar el permiso de trabajo y residencia a un uruguayo con una simple certificación de existencia de demandantes de empleo en el sector de empleadas del hogar»<sup>15</sup>; porque para el Tribunal la expresión «otorgar facilidades» a los ciudadanos del otro Estado, que aparece en el artículo 14 del Tratado de 1992, no puede significar «aplicarles íntegramente la legislación de extranjería», sino «concederles el permiso de trabajo y residencia»<sup>16</sup>.

Argumento que el Tribunal tratará de reforzar acudiendo a la aplicación al caso tanto de la *cláusula de trato nacional* –extraída de la expresión contenida en el artículo 8 del Tratado de 1870 «en pie de igualdad con...», y fundamentada en la ya mencionada aceptación implícita de la misma por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2002–, como de la *cláusula de nación más favorecida* al entender que «el Tratado de 1992 va más allá de darles simples facilidades a los uruguayos sino que analizado en su conjunto quiere dar a los nacionales de este Estado un *trato jurídico similar a los ciudadanos de los Estados de la Unión Europea* al menos en materia de permisos de trabajo y residencia»<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> *Ibíd*em cursivas añadidas.

<sup>14</sup> Cursivas añadidas.

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 1398/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 1 de septiembre, Fundamento de Derecho quinto.

<sup>16</sup> *Ibíd*em.

<sup>17</sup> *Ibíd*em cursivas añadidas.

Pero, como señalamos al inicio, las respuestas ofrecidas por los distintos Tribunales Superiores de Justicia a casos similares planteados por ciudadanos uruguayos eran claramente contradictorias, como se desprende al comparar los argumentos reproducidos hasta aquí con los esgrimidos, por ejemplo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su Sentencia de 23 de junio de 2004, por la que acoge el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado. Y lo hace, tras recordar el Derecho aplicable en materia de aplicación de Tratados sucesivos sobre la misma materia, afirmando lo siguiente:

«En el caso de autos ello nos conduce a recordar que el Tratado de 1870 entre España y Uruguay no puede impedir la íntegra aplicación de la vigente legislación de extranjería, pues existen otros dos Tratados posteriores entre los países sobre materia semejante, que imponen la sujeción a la normativa vigente en dicha materia. Así, en el artículo 30 del acuerdo sobre supresión de visados, canje de notas de 18 de diciembre de 1981, se dispone que la supresión del visado para los ciudadanos uruguayos no les exime de observar las Leyes y Reglamentos locales, concernientes al ingreso, permanencia y establecimiento de los extranjeros, dentro de cuyo régimen está inserto el régimen relativo a permisos de trabajo, (...). Y el artículo 14 del Tratado General de Cooperación y Amistad entre España y Uruguay de 23 de julio de 1992 (...), significa, no que se exime a los uruguayos de la sumisión al régimen de extranjería en materia de permisos de trabajo, sino que se otorga un trato preferencial a los uruguayos a la hora de otorgarlo, para guardar congruencia con lo cual se consideró como factor preferencial para la concesión del permiso de trabajo el tratarse de nacional de un país iberoamericano<sup>18, 19</sup>.

Y, por lo que se refiere a la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 2002, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia señala:

«La sentencia TS de 10 de octubre de 2002 se refiere a la anterior y derogada normativa de extranjería y desestima el recurso de casación porque solamente da respuesta a un único argumento del Abogado del Estado en el que trata de marcar la diferencia entre el Tratado con Uruguay de 1870 y los celebrados con Chile y Perú (...). Además, dicha sentencia no concuerda con la tendencia jurisprudencial anterior pues, incluso respecto a iberoamericanos de países que han concluido Tratados con España (peruanos, uruguayos, chilenos, argentinos, dominicanos), el Tribunal Supremo ha declarado que una cosa es la preferencia en la concesión del permiso de trabajo de los iberoamericanos y otra muy distinta que para gozar de la equiparación con los españoles han de residir y encontrarse legalmente en territorio español, pues aquella condición no les exime de la necesidad de proveerse de permiso de residencia en España o de obtener su previa exención (...).

<sup>18</sup> En efecto, el hecho de que se trate de nacionales de un Estado iberoamericano, Uruguay, no debe, no puede resultar irrelevante; pero, en todo caso, debe situarse en el contexto, político, y dentro del marco, jurídico, existente, como veremos en el último apartado del presente artículo. Vide sobre esta cuestión, el reciente trabajo de RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J., «Ciudadanía iberoamericana», en *Migraciones y desarrollo*, II Jornadas iberoamericanas de estudios internacionales, Montevideo, 25-27 de octubre de 2006, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 149-180.

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 516/2004, de 23 de junio de 2004, Fundamento Jurídico tercero.

En consecuencia, una vez que los más recientes Tratados suscritos con Uruguay someten a los ciudadanos de dicho país a la normativa vigente en materia de extranjería ha de hacerse hincapié en que la equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros no es plena constitucionalmente sino responde al *standard* mínimo que rige en otros países de nuestro entorno sociopolítico»<sup>20</sup>.

## 2. LA APLICACIÓN DE TRATADOS SUCESIVOS Y EL ALCANCE DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN MATERIA MIGRATORIA

En realidad, en torno a esta, como vemos, compleja e interesante cuestión, se plantean tres cuestiones jurídicas relevantes relativas a: la *vigencia de los tratados*, la *aplicación de tratados sucesivos en una misma materia* y, finalmente, el *alcance de la cláusula de nación más favorecida*, junto a la ya señalada en el primer argumento, aunque de manera más difusa, de la *cláusula del trato nacional*.

Pues bien, por lo que respecta a la *vigencia* y posible *denuncia* del *Tratado de reconocimiento, paz y amistad entre España y Uruguay*, de 19 de julio de 1870, hay que afirmar, en primer lugar, que los Tratados posteriores referidos entre ambos Estados no contienen disposición alguna sobre la cuestión, por lo que, en principio, *hay que considerar que sigue vigente*; lo cual plantea, sin duda, la cuestión de la aplicación de tratados sucesivos, que analizaremos a continuación, pero también la posibilidad de *denuncia* por parte de España. Sin embargo, la propia naturaleza del Tratado de 1870 desaconseja, si no imposibilita incluso, llevar a cabo esta opción. Y es que se trata de un tratado complejo, que contiene normas de distinta naturaleza: junto a algunas normas —como la referida y que nos ocupa contenida en su artículo 8— propias de lo que en el siglo XIX se denominaban como *tratados de amistad*. Y es que, no podemos olvidar que el Tratado de 1870 es básicamente un tratado de *reconocimiento de un nuevo Estado*.

En consecuencia, dicho Tratado contiene básicamente, además del propio reconocimiento de la independencia de Uruguay por parte de España, normas relativas a la resolución de controversias surgidas entre ambos Estados durante el proceso de independencia, lo cual no sólo desaconseja políticamente, sino que hace incompatible tal denuncia con el Derecho Internacional general que rige la materia. En efecto, el artículo 56.1 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derechos de los Tratados afirma que un tratado que no prevea la denuncia del mismo no podrá ser objeto de denuncia a menos que o bien «conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia» o bien «que el derecho de denuncia pueda inferirse de la naturaleza del tratado». Y, como hemos señalado, la naturaleza misma del tratado indica precisamente todo lo contrario.

A pesar de ello, y como se establece en el Informe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores sobre el *estatuto del Tratado de reconoci-*

<sup>20</sup> *Ibidem*.

*miento, paz y amistad hispano-uruguayo*, se deben tener en cuenta los siguientes principios:

- «El Tratado de 1870 no establece un régimen permanente e inalterable, puesto que el contenido en los artículos 8, 9 y 10, está sometido a la ley nacional y al régimen de la nación más favorecida, elementos ambos que pueden variar con el paso del tiempo. A lo que ha de añadirse, además, que el propio artículo 10 proclama su carácter temporal y condicionado («*En tanto... no ajusten... se obligan...*») <sup>21</sup>. Por tanto, los efectos de estas disposiciones quedan sometidos plenamente a las reglas contenidas en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados por lo que se refiere a los tratados sucesivos en el tiempo.
- El Tratado de 1870 no reconoce en forma alguna un derecho autónomo y absoluto a los nacionales de cada Estado a entrar en el territorio del otro y a establecerse libremente en el mismo y ejercer una determinada actividad económica. Por el contrario, esta posibilidad está condicionada a la legislación nacional (que se convierte en parámetro básico de legalidad de la actuación de los poderes públicos de cada uno de los Estados contratantes), si bien estará modulada por la cláusula de la nación más favorecida.
- El Tratado de 1870 no reconoce en ningún caso a los nacionales de cada Estado parte un estatuto asimilable al de los nacionales del otro Estado. Por el contrario, les somete a la legislación nacional de extranjería, si bien les otorga un trato preferente cuyo contenido será el de los nacionales de un tercer país a los que cada uno de los Estados haya reconocido un estatuto de extranjero cualificado» <sup>22</sup>.

En consecuencia, todo ello conduce a tener que considerar, de un lado, si el artículo 8 del Tratado de 1870 sigue produciendo efectos jurídicos o si ha sido sustituido por las disposiciones de tratados posteriores, y, de otro, el alcance de la *cláusula de nación más favorecida*, así como la existencia o no de una especie de *cláusula de trato nacional*, en este caso.

En relación a la primera cuestión, se trata, en efecto, de resolver el asunto con base en las reglas generales relativas a la *aplicación de tratados sucesivos en la misma materia* <sup>23</sup>. Dado que los tratados citados no contienen normas específicas que resuelvan la cuestión, es necesario acudir al artículo 30 de la Convención de Viena sobre

<sup>21</sup> El artículo 10 del Tratado de 1870 dice así: «*En tanto* S. A. el Regente del Reino de España y la República Oriental *no ajusten* un Tratado de Comercio y Navegación, las Altas Partes Contratantes *se obligan* recíprocamente a considerar a los súbditos y ciudadanos de ambos Estados para el adeudo de derechos por las producciones naturales e industriales, efectos y mercancías que importaren o exportaren de los territorios respectivos, así como para el pago de los derechos de puertos, en los mismos términos que los de la Nación más favorecida.

Toda extensión y todo favor o privilegio que en materia de comercio, aduanas o navegación conceda uno de los Estados contratantes a cualquier Nación, se hará de hecho extensiva a los súbditos del otro Estado, y estas ventajas se disfrutarán gratuitamente si la concesión hubiese sido gratuita, o en otro caso con las mismas condiciones con que se hubiese estipulado, o por medio de una compensación acordada por mutuo convenio». *Cursivas añadidas.*

<sup>22</sup> Informe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores sobre *Estatuto del Tratado de reconocimiento, paz y amistad hispano-uruguayo*, núm. 13128 de 16 de junio de 2005, pp. 5 y 6.

<sup>23</sup> Sobre esta materia vide, por todos, la monografía de LÓPEZ MARTÍN, A. G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Universidad Complutense, Madrid, 2002.

Derecho de los Tratados de 1969 que, como sabemos, contiene el derecho supletorio en la materia: «3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, *el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior*»<sup>24</sup>.

Pues bien, como hemos visto concluían tanto el Tribunal Superior de Justicia de Valencia como el de Galicia y como también argumenta la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores español, «el Tratado de 1870 sigue en vigor, pero sólo serán de aplicación aquellos artículos en los que no exista incompatibilidad con los tratados posteriores»<sup>25</sup>. A partir de aquí, sin embargo, los argumentos divergen puesto que para la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores español «no serán de aplicación los artículos 8, 9 y 10, en cuanto contienen la cláusula de la nación más favorecida que ha desaparecido, sin embargo, en el Acuerdo de 1961 y en el Tratado General de 1992, así como en el Acuerdo económico Anejo al citado Tratado y que viene a ocuparse de los temas propios del comercio y la navegación contenidos en el artículo 10 del Tratado de 1870»<sup>26</sup>. Lo que le lleva a concluir que «aun aceptando la vigencia del Tratado de 1870 es evidente que ello no se puede traducir en el mantenimiento de un régimen privilegiado de acceso y establecimiento a favor de los nacionales uruguayos en España»<sup>27</sup>.

Lo cual da pie a concluir, por otra parte, en relación a la supuesta *aplicación del trato nacional*, y siguiendo el citado informe de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores sobre esta cuestión, que «no puede aceptarse bajo ningún concepto la identificación de un extranjero y un nacional, ya que lo que pretende la cláusula en cuestión es definir un modelo de comparación entre extranjeros de distintas nacionalidades, en virtud de la cual el régimen preferente aplicable a determinados extranjeros será móvil con la finalidad de asegurar que el extranjero de una determinada nacionalidad (la del Estado que pacta la cláusula de nación más favorecida) se beneficie progresivamente de cualquier mejora que el Estado territorial pueda otorgar a favor de un tercer Estado. Por consiguiente, la comparación a efectos de mejora del estatuto protector se produce siempre entre dos ciudadanos extranjeros y nunca entre un extranjero y un nacional»<sup>28</sup>; como, por lo demás, resulta evidente.

Finalmente, por lo que respecta a la *cláusula de nación más favorecida*, en sí misma considerada, y más allá de la discusión a la que acabamos de hacer referencia sobre si continúa o no vigente, el argumento de algunos ciudadanos uruguayos entendiendo que dicha cláusula les otorga el derecho a un *tratamiento idéntico al reconocido a los nacionales comunitarios que se instalan en España para ejercer una activi-*

<sup>24</sup> Cursivas añadidas.

<sup>25</sup> Informe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores sobre *Estatuto del Tratado de reconocimiento, paz y amistad hispano-uruguayo*, núm. 13128 de 16 de junio de 2005, p. 7; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 1398/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 1 de septiembre, Fundamento de Derecho quinto; y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia num. 516/2004, de 23 de junio de 2004, Fundamento Jurídico tercero.

<sup>26</sup> Informe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores sobre *Estatuto del Tratado de reconocimiento, paz y amistad hispano-uruguayo*, núm. 13128 de 16 de junio de 2005, p. 7.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

*dad económica en virtud del Derecho Comunitario*, fue, como hemos visto, aceptado por algún Tribunal Superior de Justicia español, en diversas sentencias, al entender que la referencia a la cláusula de la nación más favorecida equivaldría a reconocer a los nacionales uruguayos el mejor estatuto que cualquier nación tuviera en España. Reconocimiento que llegaba incluso a identificar tal nación con la española, para concluir que se les debía, por consiguiente, reconocer necesariamente *un trato nacional*; y ello no sólo por parte de algunos Tribunales Superiores de Justicia, sino incluso por el propio Tribunal Supremo, como también hemos visto.

Frente a ello hay que comenzar diciendo, que, como se sabe, la cláusula de nación más favorecida surge históricamente en Derecho Internacional en el marco de los tratados de navegación y comercio. Como explica Ustor: «The history of the clauses has been traced back to the Middle Ages, and to attempts of the merchants of Italian, French and Spanish trading cities to secure themselves monopolies on African and Levantine markets; when such efforts failed they had to content themselves with assurance of opportunities equal to those given to some or all of their competitors (...). The phrase “most-favoured-nation” found its way into the commercial treaties of the 18<sup>th</sup> century<sup>29</sup> (Treaties of Friendship, Commerce and Navigation)»<sup>30</sup>.

En efecto, la cláusula de nación más favorecida tiene como finalidad dar un estatuto preferente a los nacionales de terceros Estados con los que el Estado territorial mantiene una relación privilegiada. En palabras de la Corte Internacional de Justicia, el objetivo de la cláusula es «to establish and maintain at all times fundamental equality without discrimination among all the countries concerned»<sup>31</sup>. Sin embargo, siendo esto así, no es menos cierto que determinar el contenido y alcance específicos de la cláusula establecida en un determinado tratado es debe ser necesariamente sometido a interpretación. Y es que, como afirmara McNair, «speaking strictly, there is no such a thing as the most-favour-nation clause: every treaty requires independent examination»<sup>32</sup>.

En numerosas ocasiones, la activación de los efectos de esta cláusula se encuentra expresamente *sometida a condición* en el concreto tratado que la recoge. El problema, sin embargo, aparece cuando dicha condición no ha sido expresamente prevista. En estos casos, es posible defender la existencia de una serie de restricciones y/o condiciones a la aplicación de la cláusula de naturaleza consuetudinaria y que, por consiguiente, no necesitarían haber sido expresamente acordadas por las partes en el tratado específico para su vigencia y aplicación al asunto específico. En concreto, sería el caso de las excepciones respecto a las uniones aduaneras, zonas de libre comercio o procesos de integración más profundos como la propia Unión Europea<sup>33</sup>. Como defiende Uster: «The reasons for the practice of States as reflected in the Gatt and in the multitude of bilateral clauses concluded in the field of international trade can be mostly, if not exclusively, found in the nature

<sup>29</sup> Con posterioridad dicha práctica se iría extendiendo al resto del mundo. Vide en relación a su utilización en América Latina a lo largo del siglo XIX, QUESADA PACHECO, V. F., *La cláusula de “nación más favorecida” en los tratados internacionales*, Buenos Aires, 1912.

<sup>30</sup> USTER, E., «Most-Favoured-Nation Clause», *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, p. 469.

<sup>31</sup> CIJ, *United States Nationals in Morocco*, Sentencia de 27 de agosto de 1952, *Recueil* 1952, p. 192.

<sup>32</sup> Citado en SCWARZENBERGER, G., «The Most-Favour-Nation Standard in British State Practice», *22 British Year Book of International Law* 103 (1945).

<sup>33</sup> Sobre esta cuestión, vide VIGNES, D., «La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine. Problèmes posés par la Communauté économique européenne», *130 Recueil de Cours de l'Académie de Droit International* 209 (1970).

and in the uncertain and hazardous effect of a purely unconditional most-favour-nation clause. *The conditions and other restrictions customarily embodied in or attached to the clause aim at outweighing this effect and at securing viable compromise between the opposing material interests of the trading partners*»<sup>34</sup>.

Argumento, claro está, no sólo aceptado en el ámbito del comercio internacional –movimiento de bienes o servicios, en sentido estricto–, sino en otros ámbitos de la economía internacional como el migratorio –movimiento de trabajadores–. Ésta es precisamente la razón por la que en el marco de los trabajos de codificación de la materia que ha venido llevando a cabo la Comisión de Derecho Internacional desde los años 70 del siglo pasado se propusiera la introducción en el *Proyecto de artículos sobre la cláusula de nación más favorecida* del siguiente artículo:

«Article 23 bis. *The most-favour-nation clause in relation to treatment extended by one member of a customs union to another member*

A beneficiary State other than a member of a customs union is not entitled under a most-favour-nation clause to treatment extended by the granting State as a member of the customs union to a third State which is also a member»<sup>35</sup>.

Y, si bien la Comisión acordó no incluirlo en el Proyecto de artículos, lo hizo por razones de falta de tiempo para analizar en profundidad la cuestión, añadiendo, además, lo siguiente: «It was understood that the silence of the draft articles could not be interpreted as an implicit recognition of the existence or non-existence of such a rule, but should rather be interpreted to mean that the ultimate decision was one to be taken by the States to which that draft was submitted»<sup>36</sup>. Interpretación que la práctica posterior de los Estados parte en procesos de integración no deja lugar a dudas.

Pero, como hemos visto, el argumento de los afectados, aceptado por el Tribunal Superior de Justicia hace referencia, además, a «dar a los nacionales de este Estado (Uruguay) *un trato jurídico similar a los ciudadanos de los Estados de la Unión Europea* al menos en materia de permisos de trabajo y residencia»<sup>37</sup>. Ante ello, y de acuerdo con lo explicado, no se puede por menos que concluir que es generalmente aceptado que el principio de que la cláusula de la nación más favorecida, de un lado, únicamente es aplicable en supuestos de *identidad de situaciones* en que se encuentren los extranjeros cuyos estatutos se comparan; y, de otro, debe respetar la *identidad de objetos perseguidos por los tratados* que, en virtud de la misma, habrían de aplicarse en forma coordinada.

Argumento acogido punto por punto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2006:

«El compromiso de las Partes que suscriben el Tratado no es ya el de que sus nacionales puedan, en el país de la otra, ejercer libremente sus oficios y profesiones, en los mismos términos y bajo iguales condiciones que los ciudadanos de la nación

<sup>34</sup> USTER, E., «*Most-Favoured-Nation Clause...*», *op. cit.*, p. 470. Cursivas añadidas.

<sup>35</sup> *Report of the International Law Commission on the work of its Thirtieth session*, doc. A/33/10, 28 July 1978, vol. II, p. 13.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 13 y 14.

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 1398/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 1 de septiembre, Fundamento de Derecho quinto. Cursivas añadidas.

más favorecida, sino, meramente, que reciban las facilidades necesarias para el ejercicio de dichas actividades, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo y con sujeción a la legislación de éste. Ahora *son las facilidades para el ejercicio y no el derecho a ejercer lo que se pacta en el Tratado*. El pie de igualdad es en aquéllas y no en éste.

En consecuencia, y sin perjuicio de las facilidades que como derivadas de lo dispuesto en el artículo 14 del Tratado han de otorgárseles, cuya concreción excede del objeto del recurso que ahora resolvemos, los nacionales de Uruguay no dejan de estar sujetos al régimen establecido en la Ley Orgánica 4/2000 y en sus normas reglamentarias de desarrollo (...).

Asimismo, no se sigue de aquel artículo 14, ni tampoco del VIII del Tratado de 1870, que los nacionales de Uruguay queden equiparados a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea en lo que hace al régimen de residencia y trabajo, pues *estos Estados no son respecto del nuestro naciones más favorecidas, sino Estados regidos por un ordenamiento común*.

Procede, por todo ello, que estimemos este recurso de casación en interés de la ley, fijando como doctrina legal la que resulta de lo dicho en los dos párrafos anteriores»<sup>38</sup>.

Esta Sentencia viene, de este modo, a corregir la doctrina legal que, como hemos visto, estableció en su Sentencia de 2002 y parece poner fin a una década de interpretaciones jurisprudenciales cuanto menos cuestionables y que abrieron un período de incertidumbre consecuencia de la inseguridad jurídica que sentencias contradictorias e interpretaciones erróneas o demasiado superficiales de instituciones básicas de Derecho Internacional, como la cláusula de nación más favorecida, generaron.

### 3. CONTEXTO Y DESARROLLO POLÍTICO DEL ASUNTO URUGUAY

Pero todo ello, claro está, únicamente desde el punto de vista jurídico interno español; lo cual, sin embargo, ha conducido al surgimiento de una *controversia internacional entre España y Uruguay* en este asunto, debido a la posición española referida –ya firme y unificada la jurisprudencia tras la última Sentencia del Tribunal Supremo de septiembre de 2006– y a que *Uruguay defiende la vigencia completa*, incluido el artículo 8 *en todos sus aspectos*, del Tratado de 1870, tal y como lo expresó su Parlamento a través de una declaración aprobada en 2006. En consecuencia, y ante ello, lo primero que se debe afirmar en Derecho es que ambas partes deben tratar de resolver dicha controversia por medios pacíficos y, dado que no existe ninguna previsión concreta en los Tratados referidos sobre mecanismos específicos de solución, se aplicará el principio de libre elección de medios; como se desprende de la teoría general sobre solución de controversias contenida en los artículos 2.3 y 33.1, respectivamente, de la Carta de Naciones Unidas, como se sabe.

De acuerdo con ello, el informe mencionado de la Asesoría Jurídica hizo notar, a fin de facilitar las eventuales consultas con las autoridades uruguayas, que «el Tratado

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 26 de septiembre de 2006 –recurso de casación 5/2005–, Fundamento Jurídico cuarto. Cursivas añadidas.

de 1992 prevé la creación de una *Comisión de Alto Nivel* presidida por los Ministros de Asuntos Exteriores de ambos países, que “*será el conducto por el que se establezcan las bases para el fortalecimiento de los vínculos bilaterales en los ámbitos*” de la cooperación previstos en el Tratado (artículo 1). Y que, además, “*será el órgano responsable de la coordinación, seguimiento y evaluación de este Tratado General*” (artículo 2)»<sup>39</sup>. Por lo que existe una estructura institucional básica a través de la cual es posible iniciar la negociación a fin de poder resolver dicha controversia. Lo cual fue aceptado por el Congreso de los Diputados español al aprobarse recientemente una proposición no de ley en ese sentido, como vamos a ver.

Sin embargo, el trayecto del *asunto Uruguay* en sede parlamentaria, no ha sido sencillo. Desde 2005, y basándose en las sentencias citadas que rechazaban los recursos de la Abogacía del Estado, desde el Grupo Mixto del Congreso de los Diputados comenzaron a interpelar al Gobierno sobre «el cumplimiento del Tratado de Paz y Amistad suscrito en 1870 entre la entonces República española y la República Oriental del Uruguay, refrendado por el Tratado General de Cooperación y Amistad entre la República Oriental de Uruguay y el Reino de España el 23 de julio de 1992»; preguntas que reiteradamente respondía el Gobierno haciendo, a su vez, referencia a las también citadas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que sí acogían los recursos de la Abogacía del Estado y defendiendo para la «regulación de la situación administrativa de los extranjeros que se encuentren en España de forma irregular, las vías normativamente previstas para la misma, aplicables a todo extranjero que se encuentre en la citada situación de permanencia irregular y reúna los requisitos establecidos para cada una de ellas, y que resulta aplicable, como es obvio, también a los ciudadanos uruguayos en los que se den las citadas circunstancias»<sup>40</sup>.

En la misma línea, se presentó una semana después una Proposición no de Ley por el Grupo Mixto en la que se decía textualmente:

«El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

Respetar la legalidad internacional y a cumplir las resoluciones judiciales que confirman la validez y vigencia del Tratado hispano-uruguayo de Paz y Amistad de 1870 y, en su virtud, reconocer a los ciudadanos uruguayos el derecho a residir y a trabajar libremente en territorio español tal y como establece el artículo 8 del citado Tratado, sin imponerles la carga de recurrir judicialmente»<sup>41</sup>.

Proposición que no fue aprobada, pero que sirvió de base para un nuevo intento en noviembre de 2005, esta vez doble, auspiciado por el grupo Mixto y el Grupo Popular respectivamente:

<sup>39</sup> Informe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores sobre Estatuto del Tratado de reconocimiento, paz y amistad hispano-uruguayo, núm. 13128 de 16 de junio de 2005, p. 11.

<sup>40</sup> Pregunta al Gobierno con respuesta escrita de 10 de marzo de 2005 y contestación del Gobierno en *BOCG*, Congreso de los Diputados núm. D-265 de 29 de septiembre de 2005, p. 69.

<sup>41</sup> *Proposición no de Ley relativa el cumplimiento del Tratado de Paz y Amistad suscrito en 1870 entre la entonces República española y la República Oriental del Uruguay, refrendado por el Tratado General de Cooperación y Amistad entre la República Oriental de Uruguay y el Reino de España el 23 de julio de 1992*, presentada el 17 de marzo de 2005, *BOCG*, Congreso de los Diputados núm. D-179, de 4 de abril de 2005, p. 9.

«El Congreso de los Diputados insta al Gobierno, a la vista de la controversia surgida acerca de la interpretación del Tratado de Reconocimiento, Amistad y Cooperación de 1870 con la República Oriental del Uruguay, a abordar, conjuntamente con las autoridades uruguayas, en el marco de la Comisión de Alto Nivel prevista en el Tratado General de 1992, la cuestión del régimen de entrada, trabajo y residencia de los ciudadanos de este país mediante la aplicación de los criterios más favorables»<sup>42</sup>.

Proposición que fue aprobada por el Congreso el 21 de diciembre de 2005 tras aceptarse la enmienda introducida por el Grupo Socialista al texto presentado y que consistía en añadir «desde el respeto a la legislación española y a las obligaciones de España con la Unión Europea»<sup>43</sup>. Finalmente, y ante una nueva interpelación del Grupo Mixto de octubre de 2006 sobre el «grado de cumplimiento de la Proposición no de Ley relativa al Tratado de Amistad con Uruguay», el Gobierno daba cuenta de la reunión que mantuvieron en Madrid una delegación uruguaya y otra española el 27 de abril de 2006 en el marco de la Comisión de Alto Nivel establecida en el Tratado General de Cooperación y Amistad de 1992. En ella, en palabras del Gobierno español, «cada una de las delegaciones expuso su interpretación jurídica sobre la vigencia y alcance del Tratado de 1870 y de otros Tratados conexos celebrados entre España y Uruguay»<sup>44</sup>, decidiendo continuar los trabajos iniciados en el seno de dicha Comisión.

Y es que, en efecto, junto al desarrollo judicial y a las, como hemos visto, importantes cuestiones jurídicas de fondo, el *Asunto Uruguay* posee una perspectiva política, que ha venido condicionando todo su desarrollo. Desde el punto de vista no sólo puramente político, sino incluso judicial, y que –ahora ya sí, una vez reestablecida la cuestión en Derecho y fijada la jurisprudencia española– debe, en efecto, facilitar la solución, lo más tempranamente posible de las diferencias en torno al mismo que tienen los Estados de España y Uruguay.

Todo ello teniendo en cuenta, además, el contexto histórico, cultural, político, y también jurídico, de la Comunidad Iberoamericana de Naciones a la que ambos países pertenecen y en la que, por consiguiente, el asunto se inserta. En este sentido, conviene recordar las recientes palabras de Rodríguez Carrión: «El intento de establecimiento de una ciudadanía iberoamericana no tiene por qué ser un ejercicio de voluntarismo político, ni una idea desprovista de contenido, sino un concepto que, partiendo de las bases reales de los límites económicos, sociales, políticos y jurídicos, permita la construcción futura de una institución tangible». Pero teniendo siempre presente que «la posibilidad de una mayor o menor adaptación a las obligaciones enunciadas, así como la velocidad de dicha adaptación, pertenece a la órbita de decisión de soberanía de cada Estado»; y, en fin, que «cada Estado debe ser extremadamente celoso respecto del deber de respetar sus propias disposiciones constitucionales, así como el resto de la

<sup>42</sup> *Proposición no de Ley relativa al reconocimiento del status de ciudadanos uruguayos residentes en España*, presentada el 18 de noviembre de 2005 y aprobada con modificaciones en 24 de enero de 2006, *BOCG*, Congreso de los Diputados núm. D-317 de 11 de enero de 2006, p. 10.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> Pregunta al Gobierno con respuesta escrita de 19 de octubre de 2006 y contestación del Gobierno en *BOCG*, Congreso de los Diputados núm. D-496 de 23 de enero de 2007, p. 595.

normativa de su ordenamiento jurídico, sin que la consecución del objetivo aconseje la toma de vericuetos que casen mal con el resto del ordenamiento jurídico»<sup>45</sup>.

Es en este contexto en el que, creemos, cabe enmarcar la respuesta del Presidente de Uruguay, Tabaré Vázquez, a una pregunta sobre la cuestión en la rueda de prensa posterior a la entrevista con el Presidente de España, Rodríguez Zapatero, en su reciente visita oficial a España: «Vamos a trabajar sobre algunos aspectos de información en el Uruguay, con el apoyo del Gobierno y con el apoyo de la Embajada española en Uruguay, para que todos los uruguayos tengan muy claro cuáles son los requisitos para ingresar a este país (...). Debo destacar también que, más allá de este trabajo sobre la información, que vamos a tratar de ampliar en el Uruguay, para que todos los ciudadanos sepan qué requisito cumplir, el señor Presidente del Gobierno español, demostrando su altísima sensibilidad en el tema, me ha expresado que se ha comunicado con las autoridades aduaneras correspondientes, de inmigración, policía, etcétera, para que los uruguayos que llegan a este país reciban, como tradicionalmente lo han recibido, el mejor trato, el trato más humano, cosa que reitero, señor Presidente, agradezco enormemente. Creo que hemos avanzado en profundidad en este tema y seguramente en los próximos tiempos serán ustedes testigos de esto que estamos diciendo»<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J., «Ciudadanía iberoamericana...», *op. cit.*, pp. 178-179.

<sup>46</sup> Conferencia de prensa del Presidente del Gobierno y del Presidente de Uruguay, Madrid, miércoles, 19 de septiembre de 2007.