

**23** | COLECCIÓN  
ESCUELA DIPLOMÁTICA

# El Brexit y Gibraltar

Un reto con oportunidades conjuntas

Coordinadores: Magdalena M. Martín Martínez y  
José Martín y Pérez de Nanclares



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE ASUNTOS EXTERIORES  
Y DE COOPERACIÓN





23

COLECCIÓN  
ESCUELA DIPLOMÁTICA

# **El *Brexit* y Gibraltar:**

**Un reto con oportunidades conjuntas**

MAGDALENA M. MARTÍN MARTÍNEZ

Y

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES

(COORDINADORES)



MINISTERIO  
DE ASUNTOS EXTERIORES  
Y DE COOPERACIÓN

© Escuela Diplomática

N.I.P.O. publicación en papel: 501-17-027-2

N.I.P.O. libro electrónico: 501-17-028-8

ISSN: 978-84-95265-77-7

Depósito Legal: M-26647-2017

Unidad editora: Secretaría General Técnica

DISEÑA E IMPRIME: IMPRENTA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN DIPLOMÁTICA

DISEÑO PORTADA: JAVIER HERNÁNDEZ ([www.nolsom.com](http://www.nolsom.com))

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública

# ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
Prólogo.....	7
<i>Enrique Viguera</i>	
“ <i>Brexit</i> y Gibraltar: la cosoberanía como posible solución de la controversia sobre Gibraltar: un acercamiento jurídico en el contexto del <i>Brexit</i> ” .....	11
<i>Por José Martín y Pérez de Nanclares</i>	
PERSPECTIVA DE LAS NACIONES UNIDAS	
“ <i>Brexit</i> y Gibraltar: la perspectiva de las Naciones Unidas” .....	41
<i>Paz Andrés Sáenz de Santa María</i>	
“La propuesta española de cosoberanía sobre Gibraltar (2016) en el contexto del <i>Brexit</i> ” .....	55
<i>Cesáreo Gutiérrez Espada</i>	
“El <i>Brexit</i> y Gibraltar: las aguas de la colonia” .....	79
<i>Carlos Jiménez Piernas</i>	
“Nuevas perspectivas para España y el Reino Unido en relación con Gibraltar: reflexiones sobre cómo aprovechar bien la oportunidad que ofrece el <i>Brexit</i> ” ...	93
<i>Juan Antonio Yáñez-Barnuevo</i>	
“Nuevo marco jurídico internacional y principios de la doctrina de Naciones Unidas aplicables al binomio <i>Brexit</i> /Gibraltar” .....	115
<i>Magdalena M. Martín Martínez</i>	
PERSPECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA	
“El <i>Brexit</i> y Gibraltar: la perspectiva de la Unión .....	137
<i>Cristina Izquierdo Sans</i>	
“España y Gibraltar ante el <i>Brexit</i> : <i>Modus vivendi</i> y principado, una propuesta” ....	157
<i>Alejandro del Valle Gálvez</i>	

	<u>Páginas</u>
“Las actuaciones de España ante el Tribunal de Justicia en relación con la cuestión de Gibraltar. Algunas reflexiones para el <i>Brexit</i> ” .....	177
<i>Miguel Sampol Pucurull</i>	
“La propuesta española de cosoberanía para Gibraltar: una oferta con futuro” .....	189
<i>Martín Ortega Carcelén</i>	
 PERSPECTIVA DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS  	
“El <i>Brexit</i> y Gibraltar: la perspectiva de las personas físicas y jurídicas” .....	201
<i>Alegría Borrás</i>	
“ <i>Brexit</i> y Gibraltar: la perspectiva de las personas jurídicas. Incidencia sobre la libertad de establecimiento y prestación de servicios” .....	219
<i>Juan José Álvarez Rubio</i>	
“Incidencia del <i>Brexit</i> en la movilidad transfronteriza de jubilados británicos. Algunas coincidencias con las relaciones hispano-gibaltare-ñas” .....	239
<i>Mayte Echezarreta Ferrer</i>	
“ <i>Brexit</i> , Gibraltar y fiscalidad internacional” .....	261
<i>Antonio Pastor Palomar</i>	

# PRÓLOGO

**ENRIQUE VIGUERA**

*Embajador-Director de la Escuela Diplomática*

La edición de esta nueva obra en la colección Escuela Diplomática, *‘El Brexit y Gibraltar: un reto con oportunidades conjuntas’*, obedece al deseo de tratar de profundizar en este momento y de cara a los próximos años, en dos cuestiones capitales para la política exterior española: por un lado, en la, modificación que necesariamente entrañará la posición de Gibraltar en el marco jurídico comunitario si efectivamente llega a materializarse la salida del Reino Unido de la Unión Europea y fructifican las negociaciones del Brexit y, por otro, en analizar las posibilidades que podría ofrecer la última oferta española de soberanía compartida para el encaje de Gibraltar en la nueva situación del Reino Unido como país tercero. Dos asuntos distintos, pero vinculados entre sí: cambio inevitable, por la salida del Reino Unido, del ‘status’ de Gibraltar —que ha venido disfrutando de una situación especial, a su medida, con respecto al ordenamiento comunitario—, y en qué medida podría la propuesta española de cosoberanía favorecer la adaptación de la colonia británica a las nuevas circunstancias.

Este libro refleja las aportaciones doctrinales entre los participantes de la Jornada de Estudio sobre ‘El Brexit y Gibraltar’ celebrado en el Salón de Actos del Rectorado de la Universidad de Málaga el 23 de Febrero de 2017, patrocinada por la Universidad de Málaga y la misma Escuela Diplomática. A este respecto, debo comentar que no es frecuente que la Escuela se embarque en una iniciativa de este tipo fuera de la capital de España, en donde normalmente celebra sus actividades, pero la ocasión, y el tema, realmente merecían la pena.

Este patrocinio habría sido incompleto si no hubieran aportados sus contribuciones por escrito los diferentes participantes, todos profesores y especialistas en Derecho Internacional con amplia experiencia en la temática de Gibraltar. Con dichas aportaciones, confío en que esta obra pueda ser una excelente referencia,

por lo menos desde el punto de vista español, sobre los diferentes elementos de la conocida controversia bilateral en torno al Peñón, en la presente coyuntura comunitaria, marcada por la retirada del Reino Unido.

Se trata de una contribución que no refleja la posición oficial de España. Las tesis aquí defendidas no comprometen en nada las posiciones de España en la controversia, siendo su objetivo la divulgación académica y científica a fin de ayudar a conocer mejor los detalles de la problemática que plantea la situación actual. Sin embargo, el hecho de que varios de los participantes tienen o han tenido cargo oficial relevante en el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación como, entre otros, el actual Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional, el actual abogado del Estado-Jefe de la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de la UE, un destacado miembro del Gabinete de Análisis y Previsión o un ex Representante Permanente ante la Misión de España ante las Naciones Unidas, le otorga un valor especial en la medida en que se trata de personas que analizan o han analizado la misma cuestión u otras relacionadas desde el plano oficial.

Por otro lado, dada la carencia de documentos oficiales sobre la negociación sobre Gibraltar entre España y el Reino Unido durante los últimos años, en los que, sin embargo, también ha habido, según noticias de prensa y como se pone de relieve en varios de estos estudios, serios intentos negociadores relevantes, esta obra puede cubrir un importante hueco histórico y aportar una mayor claridad conceptual al repasarse las diferentes posiciones negociadores más relevantes a lo largo de los años. A la vez, podría servir de estímulo para editar, si fuera posible, documentos del pasado relativos a la negociación.

En fin, se trata de una obra de consulta obligada para todo aquel interesado en profundizar en la controversia sobre Gibraltar y, en particular, para los responsables de relaciones exteriores de los diferentes partidos políticos, con objeto de tratar de conseguir el tan anhelado consenso político en esta materia con no pocos ribetes técnicos.

Se abre la obra, a modo de introducción, con un estudio general del actual Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional, José Martín y Pérez de Nanclares para permitir al lector profundizar en algunos aspectos jurídicamente relevantes de la negociación del Brexit y explicar la última propuesta española de soberanía compartida.

El índice aborda la problemática desde una triple perspectiva: la perspectiva clásica, la visión desde las Naciones Unidas, donde residen los parámetros de la controversia, resulta fundamental para encuadrar el tema. Cinco estudios a cargo de cuatro profesores de Derecho Internacional y de un Embajador Representante Permanente de España en la ONU integran este apartado.

La perspectiva de la Unión Europea la abordan dos profesores de universidad, uno de ellos, colaborador del Gabinete de Análisis y Previsión del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y el actual abogado del Estado-Jefe de la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de la UE.

Finalmente, en la tercera parte de la obra, se estudia el Brexit y Gibraltar en la perspectiva de las personas físicas y jurídicas, así como otras cuestiones relevantes ligadas a la actividad privada, como la movilidad transfronteriza o la fiscalidad. Se trata de un aspecto clave para poder entender los intereses materiales en juego y la opinión, también relevante, de los habitantes del campo de Gibraltar y las autoridades de Gibraltar.

El Reino Unido es un socio muy importante de España, como lo es España para el Reino Unido. No hace falta recordar el alto volumen de comercio bilateral, las cuantiosas inversiones recíprocas, el intenso tráfico de personas o el número de residentes en ambos países. Solo en España hay un número de residentes británicos similar al que hay en el resto de los países de la Unión Europea juntos. Pero pese a que esas relaciones son extraordinarias, con el Reino Unido siempre nos topamos con algo que nos recuerda que no todo funciona tan bien. Ese algo se llama Gibraltar, la última colonia en territorio europeo, que regularmente es motivo de fricción entre España y el Reino Unido. Este libro trata modestamente también de clarificar posibles soluciones para Gibraltar en el contexto de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea, lo que puede contribuir igualmente a mejorar el clima de las futuras relaciones bilaterales.



# **BREXIT Y GIBRALTAR: LA SOBERANÍA COMPARTIDA COMO POSIBLE SOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA**

**JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES\***

*Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca  
Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC.*

**SUMARIO:** I.—Introducción: *Brexit* y Gibraltar, dos cuestiones íntimamente conectadas. II.—El marco jurídico del *Brexit*: muchas dudas, pero también algunas certezas, especialmente en relación con Gibraltar. III.—La propuesta de soberanía compartida: posible solución satisfactoria para resolver el contencioso sobre Gibraltar. IV.—La quimera de supuestas soluciones imaginativas: ni Gibraltar es un Estado ni Groenlandia una colonia. V.—Consideraciones finales: una propuesta razonable con ventajas para todos.

## **I.—INTRODUCCIÓN: BREXIT Y GIBRALTAR, DOS CUESTIONES ÍNTIMAMENTE CONECTADAS**

El 29 de marzo de 2017 la Primera Ministra británica, Theresa May, remitió al Presidente del Consejo Europeo la carta en la que expresaba la intención del Reino Unido de abandonar la Unión<sup>1</sup>. Con ello, una vez que el resultado del referéndum del 23 de junio de 2016 fue ratificado por las dos cámaras del parlamento británico<sup>2</sup>, se oficializaba la puesta en marcha del proceso de retirada del Reino

---

\* Las opiniones vertidas en esta contribución corresponden a título personal a su autor y en modo alguno son atribuibles al Ministerio para el que actualmente trabaja.

<sup>1</sup> En concreto, la carta, tras dos párrafos introductorios, decía «[t]oday, therefore, I am writing to give effect to the democratic decision of the people of the United Kingdom. I hereby notify the European Council in accordance with Article 50 (2) of the Treaty on European Union of the United Kingdom's in-

Unido de la Unión Europea (UE), previsto en el ya bien conocido artículo 50 del Tratado de la Unión Europea (TUE). A partir de ahí, siguiendo la pauta que los propios Jefes de Estado y de Gobierno habían fijado el 15 de diciembre de 2016<sup>3</sup>, el Consejo Europeo a 27 (ya sin la presencia del Reino Unido) aprobó en su sesión extraordinaria del 29 de abril de 2017 las orientaciones generales, que «definen el marco de las negociaciones con arreglo al artículo 50 del TUE, y establecen las posiciones y principios generales que la Unión procurará mantener durante toda la negociación»<sup>4</sup>. Se trata, en concreto, de 28 orientaciones generales<sup>5</sup> sobre las que se tendrá que fundamentar el mandato negociador que apruebe próximamente el Consejo para fijar las concretas directrices de negociación<sup>6</sup>. Se abrirá, así, un complejo proceso negociador entre el Reino Unido y la UE que, además de establecer el modo de retirada del primer Estado miembro que decide dejar la Unión, habrá de fijar también las condiciones por las que regirán las relaciones futuras de ese Estado con la UE.

Con ello, tanto el Reino Unido como la propia Unión entran en un escenario jurídico y político imprevisible y completamente nuevo, que no encuentra precedente alguno en toda la historia del proceso de integración europea. Traerá consigo, en todo caso, consecuencias de toda índole, que difícilmente se pue-

---

tion to withdraw from the European Union». Sin embargo, la carta no se limita a cumplir con esta formalidad. A lo largo de seis páginas se expone en describir el proceso en el Reino Unido, las negociaciones venideras entre el Reino Unido y la UE, siete principios propuestos para el proceso y una valoración final sobre la tarea que se tiene por delante; [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/604079/Prime\\_Ministers\\_letter\\_to\\_European\\_Council\\_President\\_Donald\\_Tusk.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604079/Prime_Ministers_letter_to_European_Council_President_Donald_Tusk.pdf).

<sup>2</sup> La llamada European Union (Notification of Withdrawal) Bill superó el trámite parlamentario el 13 de marzo de 2017 y, tras recibir el Royal Assent de la Reina, se convirtió en Act of Parliament el 16 de marzo de 2017.

<sup>3</sup> Declaración de los 27 Jefes de Estado o de Gobierno de 15 de diciembre de 2016, SN 96/16. Su apartado primero establecía que «[l]a primera medida tras la notificación por parte del Reino Unido será la adopción por el Consejo Europeo de directrices que definan el marco de las negociaciones con arreglo al artículo 50 del TUE, así como las posiciones y principios generales de la UE a lo largo de la negociación» Véase, igualmente, la Declaración de los 27 Jefes de Estado o de Gobierno de 29 de junio de 2016, especialmente apartado 3.

<sup>4</sup> Consejo Europeo, EUCO XT 20004/17, de 29 de abril de 2017, pág. 2.

<sup>5</sup> Estas orientaciones generales se agrupan en seis apartados, a saber, principios fundamentales (orientaciones 1 a 3), negociación por fases (orientaciones 4 a 7), acuerdo sobre las disposiciones para una retirada ordenada (orientaciones 8 a 17), deliberaciones preliminares y preparatorias sobre un marco para la futura relación entre la Unión y el Reino Unido (orientaciones 18 a 24), principio de cooperación leal (orientaciones 25 a 27) y disposiciones de procedimiento para las negociaciones con arreglo al artículo 50 (orientación 28).

<sup>6</sup> Según lo acordado por los propios Jefes de Estado o de Gobierno, «el Consejo Europeo invitará al Consejo de Asuntos Generales a adoptar rápidamente la decisión de apertura de las negociaciones, una vez que la Comisión Europea haya presentado la correspondiente recomendación, y a abordar las fases siguientes del proceso», habiendo de adoptar «también directrices de negociación sobre el contenido del fondo, así como sobre las disposiciones específicas por las que se regule la relación entre el Consejo y sus órganos preparatorios, por una parte, y el negociador de la Unión, por otra»; Declaración de los Jefes de Estado o de Gobierno de 15 de diciembre de 2016, *cit.*, apdo. 1.

den vislumbrar en toda su extensión en este temprano momento del proceso de retirada<sup>7</sup>.

Sí quedó, de todas maneras, meridianamente claro desde el primer momento la retirada del Reino Unido de la Unión tendría consecuencias directas de primer orden para Gibraltar. Los gibraltareños tenían perfectamente claro, ya antes de celebrar el referéndum<sup>8</sup>, que con la salida del Reino Unido de la Unión se ponía en riesgo evidente el favorable régimen jurídico que este territorio logró al negociarse las condiciones de adhesión del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca a las entonces Comunidades Europeas<sup>9</sup>. En aquel momento, sin ser España aún

---

<sup>7</sup> No es de extrañar, por tanto, que las propias Orientaciones Generales expresen que la «decisión del Reino Unido de abandonar la Unión es causa de importantes incertidumbres que pueden provocar perturbaciones, en particular en el Reino Unido aunque también, en menor medida, en otros Estados miembros»; Consejo Europeo, EUCO XT 200004/17, cit., apartado tercero del preámbulo. A nuestro juicio, se podría añadir que esas incertidumbres y posibles perturbaciones también podrían afectar a la propia Unión, según como sea el desenlace final. De hecho, los propios Jefes de Estado o de Gobierno reconocieron en su reunión de Bratislava de septiembre de 2016 que el Brexit colocaba a la Unión en un momento crítico. Así, la llamada Declaración de Bratislava, de 16 de septiembre de 2016, se abre con un rotundo (y preocupante) reconocimiento: «Nos reunimos hoy en Bratislava en un momento crítico para nuestro proyecto europeo».

<sup>8</sup> No en vano, a diferencia del estrecho margen del resultado del referéndum en el Reino Unido (51,89 a favor de leave y 48,11 % partidarios de remain), en Gibraltar se percibió claramente que una salida del Reino Unido de la Unión tendría muy negativas consecuencias para este territorio. No puede, por tanto, sorprender que el 95,9 % de los votantes (19.322 votos) se decantara a favor del remain y solo el 4,1 % fuera partidario de la salida (823 votos). El propio Secretario del Foreign Office, Philip Hammond, reconoce «that Brexit would threaten the sovereignty and ‘seriously impair’ the Government’s ability to stand up for Gibraltar, and would ‘also endanger Gibraltar’s future security and prosperity’»; y añade que el Brexit «would be as big a threat to Gibraltar’s future security and Gibraltar’s future sovereignty as the more traditional threats that we routinely talk about» (Gibraltar Chronicle, 12 de mayo de 2016). De hecho, el Gobierno británico ha mostrado, una vez celebrado el referéndum, inequívocamente su preocupación por la propuesta del Ministro español de Asuntos Exteriores y de Cooperación de revitalizar la idea de cosoberanía de 2002, a la que nos referiremos más adelante; HOUSE OF COMMONS, *Brexit: what happens next?*, Londres, 30 de junio de 2016, pág. 21. Es más, bien podría decirse que el propio Gobierno británico ya contaba, en cierto sentido, con la reacción española. Así, se ha reconocido oficial y abiertamente la preocupación por el hecho de que España pudiera aprovechar la retirada del Reino Unido de la UE en relación con Gibraltar («It also highlighted the importance of the EU to its economy, and expressed concern that Spain would take advantage of a UK exit from the EU to «further undermine, isolate and exclude Gibraltar from the European mainstream»), así como ha reiterado el comprensible compromiso de garantizar la adecuada protección de Gibraltar en un contexto de esa naturaleza (The UK must immediately act to protect Gibraltar from such actions in the event of a vote to leave the EU); HOUSE OF COMMONS, *Implications of the referendum on EU membership for the UK’s role in the world*, Londres, 26 de abril de 2016, pp. 19-20, apartado 31.

<sup>9</sup> Sin entrar en mayor detalle, en su momento se excluyó a Gibraltar de la aplicación de las reglas de la Unión sobre unión aduanera, política comercial común, política agrícola común y política pesquera común, la obligación de recaudar el IVA e igualmente no es parte de área Schengen (art. 28 del Acta de Adhesión de 1972, de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda). Esta situación se consolidó en el momento de la adhesión de España, ya que se incluyó una Declaración de España y del Reino Unido en la que se deja patente que «[l]os tratados se aplicarán a Gibraltar como territorio europeo cuyas relaciones exteriores asume un Estado miembro. Ello no supone modificación alguna de las respectivas posiciones de los Estados miembros de que se trata». A este respecto puede verse por todos, el trabajo de Cristina IZQUIERDO SANS, *Gibraltar en la Comunidad Europea: consecuencias sobre el contencioso hispano-británico y el proceso de construcción europea*, Madrid, 1996.

Estado miembro de las Comunidades Europeas, Gibraltar fue considerado como un territorio cuyas relaciones exteriores están asumidas por un Estado Miembro (art. 355. 3 TUE), esto es, el Reino Unido<sup>10</sup>.

De esta forma, se pone claramente de manifiesto que Gibraltar y *Brexit* están íntimamente conectados. Es más, quizá por primera vez desde el Tratado de Utrecht de 1713, se ha abierto una oportunidad para intentar buscar una solución razonable al viejo contencioso sobre Gibraltar<sup>11</sup>, que a la postre no deja de constituir el anacronismo de la última colonia en Europa. No es, por tanto, de extrañar que el Gobierno español, aprovechando la ocasión, considerase seriamente la posibilidad de diseñar una propuesta que permitiera lograr una salida favorable para España y para el Reino Unido, pero también para los propios gibraltareños y para los habitantes del entorno de la Línea.

Así las cosas, en este nuevo contexto, el 16 de septiembre de 2016, el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, José Manuel García-Margallo, envió una carta a su homólogo británico en la que le invitaba a retomar las negociaciones que entablaron en su momento, al amparo de la Declaración de Bruselas de 1984, en aras de alcanzar un acuerdo bilateral previo a que se fije la situación en la que quedará Gibraltar tras las negociaciones del *Brexit*<sup>12</sup>. Igualmente, lo comunicó a los Ministros de Asuntos Exteriores del resto de Estados miembros de la Unión, así como a los presidentes de la Comisión y el Consejo Europeo. En consonancia con ello, el representante permanente español ante Naciones Unidas presentó la propuesta ante la IV Comisión el 4 de octubre de 2016 y concretó los puntos básicos de la misma<sup>13</sup>. Así, se planteaba una propuesta de soberanía conjunta entre España y Reino Unido, según la cual ambos Estados asumirían las competencias de defensa, relaciones exteriores, control de fronteras y asilo e inmigración, mientras que

---

<sup>10</sup> Antiguo art. 227.4 TCEE. No es momento de detenernos en las peculiaridades de este precepto, si bien merece la pena indagar en los motivos de su originaria inclusión en los tratados constitutivos. Es un artículo que, en realidad, se encontraba ya presente en el previo Tratado constitutivo de la CECA (art. 79) y cuya razón de ser encuentra discusión en la doctrina. Es evidente, en todo caso, que, aparte de sus posibles explicaciones históricas, ha servido para conferir a la Unión la necesaria flexibilidad en relación con determinados territorios con peculiaridades propias.

<sup>11</sup> Entre la abundante literatura existente nos permitimos destacar los trabajos de ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «Gibraltar y el Derecho de la descolonización», *Cuadernos de Gibraltar-Gibraltar Reports* núm. 1, 2015, pp. 89-106; REMIRO BROTONS, A., «Regreso a Gibraltar: acuerdos y desacuerdos hispano-británicos», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 10, 2004, pp. 133-182; VALLE GÁLVEZ, A. del, «¿De verdad cedimos el Peñón? Opciones estratégicas de España sobre Gibraltar a los 300 años del Tratado de Utrecht», *Revista Española de Derecho Internacional* vol. LXV, 2013, pp. 117-156.

<sup>12</sup> Desde la perspectiva británica es bien conocida la posición de reclamar una vuelta al Foro Tripartito y recordar que el Reino Unido no entrará en ningún proceso negociador que no cuente con el respaldo de Gibraltar.

<sup>13</sup> Un amplio resumen de la misma se encuentra en A/C/4/71/SR.3, págs. 2-3. La versión íntegra de la intervención española, distribuida en la IV Comisión, se encuentra reproducida en [http://www.spainun.org/wp-content/uploads/2016/10/Intervenci%C3%B3n-Espa%C3%B1a-Item-58-71AG-versi%C3%B3n-compilada-ESP.ING\\_.pdf](http://www.spainun.org/wp-content/uploads/2016/10/Intervenci%C3%B3n-Espa%C3%B1a-Item-58-71AG-versi%C3%B3n-compilada-ESP.ING_.pdf). (último acceso el 17 de abril de 2017).

el resto de competencias corresponderían a Gibraltar y además se garantizaría a su población un estatuto personal propio para poder mantener la nacionalidad británica y acceder, si lo desearan, también a la nacionalidad española.

Con independencia del recorrido que pueda tener dicha propuesta, el punto de partida respecto de Gibraltar habrá de ser el fijado tanto por la doctrina de Naciones Unidas como por las propias instituciones de la Unión, como de hecho ha sido el caso en la aprobación de las ya mencionadas orientaciones generales. En suma, una vez el Reino Unido no forme parte de la Unión, cualquier tipo de acuerdo que afecte a Gibraltar habrá de requerir el previo acuerdo entre España y el Reino Unido<sup>14</sup>.

En este contexto, merece la pena detenerse en analizar desde una perspectiva netamente jurídica el alcance de la propuesta española en el contexto del *Brexit*. Así, una vez se describan sucintamente las dudas y certezas que derivan del marco jurídico fijado por los tratados constitutivos de la UE para el *Brexit* (II), se analizará la propuesta de soberanía compartida (III) y se tratará de mostrar que algunas de las opciones *imaginativas* que se manejan en Gibraltar para lograr mantener sin cambios su régimen actual de relación con la Unión son pura quimera (IV). Con ello, se podrán extraer finalmente unas sucintas consideraciones finales en las que trataremos de mostrar que la propuesta española de soberanía compartida es una propuesta *win-win* en la que todos ganan, aunque lógicamente nadie consiga al ciento por ciento su aspiración de partida (V).

## II.—EL MARCO JURÍDICO DEL *BREXIT*: MUCHAS DUDAS, PERO TAMBIÉN ALGUNAS CERTEZAS, ESPECIALMENTE EN RELACIÓN CON GIBRALTAR

Difícilmente cabe realizar en este momento un análisis de cualquier cuestión relacionada con el *Brexit* sin antes hacer mención expresa previa a las notables incertidumbres que plantea<sup>15</sup>. Sin duda, el artículo 50 TUE fija un marco jurídico

---

<sup>14</sup> Esta cuestión la desarrollamos *in extenso*, antes de la aprobación de las orientaciones generales, en nuestro trabajo «Brexit and Gibraltar: the Spanish proposal for joint sovereignty», *Spanish Yearbook of International Law*, núm. 20, 2016, pp. 305-320.

<sup>15</sup> Ya hemos tenido ocasión de analizar con anterioridad algunas de esas incertidumbre en nuestro trabajo «La Unión Europea ante el desafío del Brexit: de la Decisión de los Jefes de Estado y Gobierno a la activación de procedimiento de retirada», *Actualidad Jurídica Uribe-Menéndez* 2016, núm. 43, pp. 7-23, especialmente pp. 17-22. Sin ánimo exhaustivo, puede verse también LÓPEZ ESCUDERO, M., «El incierto significado del Brexit», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 2016, núm. 64, pp. 12-17; SARMIENTO, D., «Y después del Brexit... ¿Qué?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 2016, núm. 64, pp.63-74. Por sólo citar un relevante ejemplo, entresacado de entre la ingente doctrina en inglés sobre la cuestión y centrado en el ámbito de la ciudadanía, Eolspeth GUILD habla de forma llamativa en una reciente monografía breve de ‘monstrous negotiations’ (pp. 9-32), ‘monstrous citizenships’ (pp. 33-54), ‘Citizens and Their Monstrous Families’ (pp. 55-68) y de ‘Monstrous Fears’ (pp. 69-80); *Brexit and Its Consequences for UK and EU Citizenship or Monstrous Citizenship*, Brill-Nijhoff, Leiden y Boston, 2017.

básico, que coloca el proceso negociador de la retirada en una senda notablemente más clara que la que hubiera existido si este proceso se hubiera producido con anterioridad a que el Tratado de Lisboa introdujera este precepto<sup>16</sup>. Las orientaciones generales, por su parte, han servido para disipar algunas de las dudas que en un primer momento planteaba la cuestión, pero perviven otras que habrán de irse dilucidando a medida que avance el proceso negociador. No obstante, por lo que específicamente concierne al hilo conductor del libro en el que se inserta esta contribución, las orientaciones generales han venido a poner negro sobre blanco el elemento esencial a propósito de la situación de Gibraltar. Y con ello se corta de raíz cualquier posible vía imaginativa para dotar a Gibraltar de algún tipo de estatuto jurídico peculiar sin contar con el previo acuerdo entre España y el Reino Unido.

Conviene, pues, comenzar por reflejar el estado de las dudas principales (1), para a continuación hacer hincapié en las certezas (2) e incidir de manera muy en especial en las certidumbres relativas a Gibraltar (3).

## **1.—Las dudas del *Brexit*: interrogantes derivados de la falta de precedentes.**

Cabe plantearse, de entrada, si la notificación prevista en el apartado segundo del artículo 50 TUE resulta revocable (o no), una vez presentada. Ello no resulta baladí para la cuestión aquí tratada, porque, al margen de consideraciones netamente jurídicas de cuya interpretación sólo el TJUE puede tener la última palabra, no es lo mismo adentrarse en un proceso negociador en el que el Reino Unido sepa de antemano que tiene la carta de retirar la notificación si la negociación no discurre por los derroteros deseados —por ejemplo, por llevar la hipótesis hasta el extremo, un día antes del final del plazo de los dos años fijados para la conclusión de las negociaciones— que si no la tiene. Recuérdese, a estos efectos, que el Tribunal Supremo de Inglaterra y Gales en su sentencia de 3 de noviembre

---

<sup>16</sup> Este precepto establece lo siguiente: «1) Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión. 2) El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo. 3) Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación a que se refiere el apartado 2, salvo si el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo. 4) A efectos de los apartados 2 y 3, el miembro del Consejo Europeo y del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo o del Consejo que le afecten. La mayoría cualificada se definirá de conformidad con la letra b) del apartado 3 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 5) Si el Estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo la adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el artículo 49».

de 2016 se adentró en la cuestión y estimó que la notificación sí tendría carácter irrevocable<sup>17</sup>. Ciertamente, sin embargo, que el Tribunal Supremo al conocer después del asunto resultó bastante más comedido y pasó por alto este asunto<sup>18</sup>.

Ciertamente, pese a la controversia doctrinal existente<sup>19</sup>, será difícil sostener desde la perspectiva política que, caso de cambio de opinión británica como consecuencia de celebrarse un segundo referéndum o incluso de un cambio de gobierno no podría haber de ninguna manera la ‘marcha atrás’. Y, desde un plano jurídico, quizá cabría traer a colación, aunque sea con todas las cautelas necesarias, que en Derecho Internacional, en principio, la revocabilidad de los actos unilaterales está sometida a límites, de forma que resulta posible pero no ha de ser arbitraria<sup>20</sup>. De cualquier manera, con acierto, las orientaciones generales no han abordado esta cuestión, pues no es el lugar de hacerlo.

---

<sup>17</sup> *Gina Miller and Tozetti Dos Santos vs. The Secretary of State*; [2016] EWCH 2768 (Admin); disponible en la red en <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union/>.

<sup>18</sup> *R v Secretary of State for Exiting the European Union*; [2017] UKSC 5; on appeals from [2016] EWHC 2768 (Admin) and [2016] NIQB 85. Disponible en <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>. No es el momento de detenernos en el análisis de esta importante resolución judicial, en la que, por lo que más afecta a la Unión, básicamente se dilucidaba el papel del parlamento británico y del Gobierno en la notificación prevista en el artículo 50 TUE, mientras que, desde la perspectiva constitucional interna, cobraba relevancia constitucional de primer orden el papel que podría corresponder a los entes descentralizados en dicha notificación. No nos resistimos, sin embargo, a subrayar la enorme relevancia constitucional de la sentencia (resuelta por el pleno del Tribunal en lugar de por un panel de 7 ó 9 jueces como resulta habitual) y la gran calidad jurídica de la misma. Para un mayor estudio de la misma, nos remitimos al excelente trabajo de BUSTOS GISBERT, R., «La desnudez de la Constitución británica. Crónica marciana de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Reino Unido de 24 de enero de 2017», *Revista Española de Derecho Europeo* 2017 (en prensa). Por otro lado, aunque previo a esta sentencia, para un acercamiento a la dimensión constitucional británica del proceso previsto en el artículo 50 TUE puede verse la contribución de DOUGLAS-SCOTT, S., «Brexiteer, Article 50 and the Contested British Constitution», *The Modern Law Review*, vol. 79, 2016, pp. 1019-1040.

<sup>19</sup> Las dos principales aportaciones doctrinales en defensa de la reversibilidad del proceso del artículo 50 TUE, una vez realizada la notificación, se encuentran en CRAIG, P., «Brexiteer: a Drama in Six Acts», *European Law Review* 2016, (escena segundo del acto sexto), también disponible en <http://law.indiana.edu/what/advance-knowledge/vibrant-community/assets/craig-brexiteer.pdf>; menos académico, pero aún más contundente es la aportación de PIRIS, J.C., «Article 50 is not for ever and the UK could change its mind», *Financial Times*, de 1 de septiembre de 2016. Entre nosotros la cuestión fue evocada también por SARMIENTO, D. en su blog en su contribución de 8 de noviembre de 2016 «Miller, Brexit and the (maybe not to so evil) Court of Justice»; <https://despiteourifferencesblog.wordpress.com/2016/11/08/miller-brexiteer-and-the-maybe-not-to-so-evil-court-of-justice/>.

<sup>20</sup> La respuesta del Derecho Internacional a esta cuestión dista mucho de resultar diáfana. La Comisión de Derecho Internacional estudió durante diez años los ‘Actos unilaterales de los Estados’ y trató, junto a la interpretación, reglas específicas aplicables y modificación, también el tema de la revocación; emitió, en concreto, nueve informes; el último Doc. A/CN.4/569 y Add.1. A este respecto, quien fue Relator Especial para este tema, ha escrito que el acto unilateral no es inmutable y puede ser «objeto de modificación o revocación. Lo importante es precisar si ese cambio puede producirse también unilateralmente; y, de ser así, en qué condiciones y circunstancias». Y añade que «las situaciones son distintas en función del acto de que se trate. Si se ha creado una expectativa porque un Estado promete adoptar una conducta determinada en el futuro y en el o los destinatarios ha surgido una expectativa y lo han considerado como vinculante para ese Estado, la revocación no podría ser

En el plano institucional, resulta igualmente incierto el papel que ha de corresponder al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ya que existen dudas de si, dada la remisión del artículo 50 TUE al artículo 218.3 TFUE (y no al artículo 218.11 TFUE), cabría ejercer la jurisdicción consultiva recogida en el citado apartado 11 en relación con el acuerdo internacional que celebre la Unión con el Reino Unido. Tampoco es necesario profundizar a este respecto en la incidencia que ello puede tener a la hora de realizar el seguimiento de las negociaciones y la interpretación sobre las posibles dudas jurídicas que pudieran suscitarse a propósito de cualquiera de los términos recogidos en el artículo 50.2 TUE, incluida la cuestión de Gibraltar. Pero, a nuestro juicio, difícilmente cabrá sostener, a la luz de la formulación del artículo 19.1 TUE, que el TJUE —antes o después— no pueda conocer del asunto a través de un cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) o incluso de un hipotético recurso de incumplimiento contra el Reino Unido en caso de incumplimiento del derecho de la Unión (art. 258 TFUE) en aspectos relacionados con el artículo 50 TUE a lo largo de las negociaciones (incluido el deber de actuación leal, previsto en el artículo 4.3 TUE y reiterado en las orientaciones generales<sup>21</sup>) o incluso, llegado el caso, hasta cabría imaginar supuestos en los que cupiese el recurso de anulación contra alguna actuación de las instituciones de la Unión (art. 263 TFUE).

En realidad, ni siquiera existe consenso sobre la naturaleza jurídica del acuerdo resultante entre la Unión y el Reino Unido (*EU-only* o acuerdo mixto). En el fondo, podría incluso dudarse aún sobre si la negociación de retirada se plasmará en un único acuerdo o se hará en dos acuerdos diferentes (uno muy conciso de retirada y otro más complejo de fijación de las relaciones futuras entre el Reino

---

unilateralmente arbitraria»; RODRÍGUEZ CEDEÑO, V., «De la interpretación y la revocación de los Actos Unilaterales en estricto sentido», *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 2008, vol. 1, pp. 89-106, especialmente p. 100. Así las cosas, aunque somos conscientes de que la doctrina no es pacífica, la tarea esencial sería fijar en cada caso concreto cuáles son los elementos exigidos para determinar la arbitrariedad; y entre estos, con una mera lectura superficial de los trabajos y discusiones en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, podría deducirse claramente que las ‘expectativas generadas’ en el destinatario del acto unilateral -y la correlativa confianza (reliance) provocada en el mismo- sería un elemento clave. Ahora bien, al margen de ello, resulta patente también que, a la luz del artículo 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, un cambio sustancial de las circunstancias podría ser considerado como un motivo de revocación no arbitrario. Entre nosotros, puede verse también, al respecto, el completo trabajo de BONDÍA GARCÍA, D., *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, ed. Bosch, Barcelona, 2004, especialmente la parte tercera del libro, dedicada a los efectos jurídicos, la interpretación y las condiciones de validez, modificación y revocación de los actos unilaterales de los Estados.

<sup>21</sup> Ciertamente, llama la atención que las orientaciones generales dediquen tres apartados al principio de cooperación leal (orientaciones generales 25 a 27). Se deja claro, así, que «[h]asta el momento en que abandone la Unión, el Reino Unido sigue siendo miembro derecho de la Unión Europea, y está sujeto a todos los derechos y obligaciones establecidos en los Tratados y con arreglo a la legislación de la UE, incluido el principio de cooperación leal» (orientación general 25). De esta forma, al menos en el campo de los deseos, la intención de la Unión es que «[l]as negociaciones con el Reino Unido se mantendrán aparte de los asuntos corrientes de la Unión y no interferirán con la marcha de dichos asuntos» (orientación general 27 *in fine*).

Unido y la Unión). Las orientaciones generales dejan meridianamente claro que deberían ser dos<sup>22</sup>, pero el Reino Unido parece decantarse por la opción de un único acuerdo<sup>23</sup>, por lo que será una cuestión a dilucidar durante las negociaciones<sup>24</sup>; y no es precisamente una cuestión menor ni exenta de posibles tensiones. Cabría hasta plantearse, a más largo plazo, si el acuerdo habría de llevar consigo la exigencia (o la conveniencia) de reforma paralela de los tratados constitutivos, si bien ello ya es tema de otro debate jurídico diferente.

Todas estas cuestiones sobre la naturaleza y forma de los acuerdos internacionales resultantes de las negociaciones, como resulta fácilmente imaginable, también tienen consecuencias muy relevantes en el asunto que aquí nos va a ocupar. A nadie se le escapa que la exigencia o no de ratificación por los parlamentos de *todos* los Estados miembros supone introducir una (segunda) posible llave de cierre a los Estados (además de la unanimidad exigida para la aprobación de las orientaciones generales por el Consejo Europeo), además de un evidente elemento de incertidumbre añadida para la entrada en vigor del acuerdo resultante de las negociaciones. Plantearse, por lo demás, la posible virtualidad del mecanismo de la aplicación provisional de todas (o parte) de las disposiciones del acuerdo (o acuerdos) en cuestión resulta en este momento del todo punto prematuro.

Por último, existe controversia sobre el número de veces en que podría extenderse (por un año) el plazo máximo de dos años previsto para el desarrollo de las negociaciones y sobre las consecuencias concretas que tendría la superación del plazo citado sin alcanzarse un acuerdo.

Por no existir ni siquiera queda del todo claro en la práctica qué consecuencias tendrá en el proceso de retirada la aplicación del principio de Derecho internacional de que la retirada «no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación» (art. 70.1 b) Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969). Según como resulte su interpretación, así serán sus efectos tanto para los británicos que residan en Estados miembros de la Unión, como para los nacionales de Estados miembros que residan en el Reino Unido; por no hacer mención

---

<sup>22</sup> Las orientaciones generales dedican sus apartados 4 a 7 a clarificar que las negociaciones se harán por fases, primero tendrá lugar la retirada (orientación general 4) y posteriormente el acuerdo sobre las relaciones futuras del Reino Unido con la Unión (orientación general 5), de manera que este último «solo podrá formalizarse y celebrarse una vez que este haya pasado a ser un tercer país».

<sup>23</sup> La carta enviada por la Primera Ministra al Presidente del Consejo Europeo el 29 de marzo de 2017 establecía que «we believe it is necessary to agree the terms of our future partnership alongside those of our withdrawal from the EU»; *loc. cit.*, nota 1.

<sup>24</sup> Quizá un posible punto intermedio entre ambas posiciones lo deje traslucir la precisión que realiza la orientación general quinta al añadir a la propuesta de dos tratados, la matización de que la UE estaría dispuesta a «entablar conversaciones preliminares y preparatorias con el este fin en el contexto de las negociaciones previstas en el artículo 50 del TUE, tan pronto como el Consejo Europeo decida que se ha avanzado lo suficiente en la primera fase hacia la consecución de un acuerdo satisfactorio sobre las condiciones de una retirada ordenada».

a otros problemas añadidos, como podría ser la situación en que queden los funcionarios británicos de las instituciones europeas.

No es, por tanto, tampoco de extrañar que las orientaciones generales insistan en el objetivo de «proporcionar la mayor claridad y seguridad jurídica posibles a los ciudadanos, las empresas, las partes interesadas y los socios internacionales»<sup>25</sup> y fijen como primera prioridad de las negociaciones «acordar garantías recíprocas para garantizar la situación y los derechos que se deriven del Derecho de la UE, en la fecha de la retirada, de los ciudadanos de la UE y del Reino Unido y sus familias que se vean afectados por la retirada del Reino Unido de la Unión»<sup>26</sup>. Será, sin duda, elemento central de las negociaciones y, acaso, lamentablemente posible tentación de convertirlo en ‘moneda de cambio’ en los momentos más delicados de las negociaciones.

## **2.—Las certezas del *Brexit*: algunas certidumbres derivadas del marco jurídico fijado por los tratados constitutivos.**

Ahora bien, la existencia de dudas jurídicas en relación con la puesta en marcha del mecanismo de retirada de la Unión no significa en modo alguno que todo pueda caber en la negociación para la fijación de las condiciones futuras de la relación entre el Reino Unido y la Unión. Antes al contrario, flotan ciertamente dudas de entidad, pero existen también algunas certezas, que no pueden obviarse y cuyo efecto en la cuestión aquí tratada será capital. Centrémonos, en primer término, en las de carácter más general antes de tratar en el apartado siguiente las específicamente referidas a la cuestión que nos ocupará con carácter central en este trabajo.

En primer lugar, a diferencia de lo que podría haberse planteado antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, cualquier actuación ha de situarse dentro del marco jurídico fijado por el ya citado artículo 50 TUE. Cabrá dotar de cierta flexibilidad a las previsiones en él contenidas, ya que su concreción práctica deja frecuentemente margen de interpretación, pero no cabrá sostener actuaciones que queden *fuera* del procedimiento establecido al efecto por los tratados constitutivos. No cabrá, pues, recurrir a instrumentos o principios generales de Derecho Internacional para sostener una interpretación *contra legem* del artículo 50 TUE. El procedimiento recogido en este precepto constituye *lex specialis* dentro de un subsistema de Derecho Internacional, como es el Derecho de la UE, frente a la *lex generalis* de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados; obviamente, sí servirá de referencia para colmar las posibles lagunas del artículo 50 TUE. Ahora bien, no puede descartarse tampoco por completo que *in extremis* haya que llamar a la puerta del Derecho Internacional General, si las negociaciones no llegan a buen puerto. Si transcurrido el plazo de los dos

---

<sup>25</sup> *Loc. cit.*, nota 4, orientación general 4.

<sup>26</sup> *Ib.*, orientación general 8.

años, se llegara a la fecha límite del 29 de marzo de 2019 sin acuerdo alguno, habría que prepararse para tal eventualidad<sup>27</sup>. Conllevaría la salida automática del Reino Unido de la Unión y, con ello, surgiría un semillero de problemas cuya resolución habría de regirse básicamente por el Derecho Internacional.

En segundo lugar, las orientaciones generales han aclarado también la duda que existió en algún momento a propósito de si aquéllas serían únicas o podrían iracompañándose al ritmo del desarrollo de las negociaciones en una suerte de orientaciones de tracto sucesivo. Tampoco ello era cuestión secundaria para el tema que aquí nos ocupa. Dado que la aprobación de las orientaciones generales es el único momento en el que las decisiones de las instituciones de la Unión involucradas se adoptan por consenso y, por tanto, los Estados miembros gozan de verdadera capacidad de presión, parece claro que resulta de importancia evidente la concreción de los términos en que la Unión ha de desarrollar las negociaciones. En el caso de Gibraltar, indudablemente es el momento-llave para fijar la posición de la Unión al respecto. Ciertamente no parecía sencillo de imaginar un escenario en el que el Consejo Europeo, una vez aprobadas las orientaciones generales, se desentendiera de las negociaciones y dejase todo el proceso en manos del Consejo, que decide por mayoría cualificada. No es pues nada extraño que el Consejo Europeo de 29 de abril de 2017 decidiese que las orientaciones generales no fueran cerradas. Como establecen ellas mismas en su preámbulo, «[e]ste asunto estará permanentemente sobre la mesa del Consejo Europeo» y «si procede, el Consejo Europeo actualizará las presentes orientaciones a lo largo de las negociaciones», de manera que si ello ocurriera las «directrices de negociación se ajustarán en consecuencia»<sup>28</sup>.

En tercer lugar, la interpretación (jurídica) última de las previsiones del artículo 50 TUE en caso de duda o controversia no puede quedar en mano exclusiva de los negociadores. Así, por ejemplo, si surgen dudas sobre la revocabilidad (o irrevocabilidad) de la notificación realizada al amparo del apartado segundo del artículo 50 TUE, en el sentido ya tratado anteriormente, no podría concluirse que serían los tribunales británicos los encargados de su concreción, como parecería deducirse por ejemplo de la mencionada sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Gales e Inglaterra el 3 de noviembre de 2016<sup>29</sup> y seguida por el Tribunal Supremo del Reino Unido en su posterior sentencia de 24 de enero de 2017. Más bien, llegado el caso,

---

<sup>27</sup> Las propias orientaciones generales barajan tal posibilidad *expressis verbis*. En el cuarto párrafo del preámbulo se deja constancia del interés común de ambas partes en alcanzar un acuerdo y de la intención de la Unión de trabajar con denuedo para alcanzar ese objetivo. Pero también se indica que la Unión «se preparará también para poder hacer frente a la situación en caso de que fracasen las negociaciones». Igualmente, en las declaraciones públicas realizadas por el Presidente de la Comisión en los días inmediatamente posteriores a la celebración del Consejo Europeo de 29 de abril de 2017 se hacía mención explícita a tal posibilidad.

<sup>28</sup> Así se prevé expresamente en el inciso final del último párrafo del preámbulo de las orientaciones generales, *cit.* Igualmente, se preveía en la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de 15 de diciembre de 2016, *cit.*, apdo. 1.

<sup>29</sup> *Loc. cit.*, nota 17.

debería corresponder al TJUE, quien según el ya citado artículo 19.1 TUE tiene encomendada la función de «garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los tratados» (y no de la interpretación y aplicación de los tratados *salvo el artículo 50 TUE*). Lo más adecuado en el caso del Tribunal Supremo del Reino Unido probablemente hubiera sido plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>30</sup>, si bien en términos políticos puede entenderse que un escenario de decisión final sobre la decisión de salida en manos del TJUE no era la más cómoda<sup>31</sup>. Además, ello puede resultar aplicable por ejemplo respecto a la posibilidad de interponer un recurso de incumplimiento contra el Reino Unido (por incumplimiento del Derecho de la Unión) hasta el momento en que se materialice la retirada; y a partir de ese instante habrá que estar a lo establecido en el acuerdo entre la Unión y el Reino Unido<sup>32</sup>. A este respecto, antes de la aprobación del acuerdo de retirada el Tribunal de Justicia sigue siendo competente para conocer de las controversias que puedan surgir; las orientaciones generales establecen incluso que el TJUE seguirá siendo competente para conocer de los «procedimientos judiciales que en la fecha de la retirada estén pendientes ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea e involucren al Reino Unido o a personas físicas o jurídicas que estén en el Reino Unido»<sup>33</sup>. Y después de su aprobación, las orientaciones generales han fijado que «[e]l acuerdo de retirada debe comprender mecanismos apropiados de cumplimiento y solución de controversias en relación con la aplicación e interpretación del acuerdo de retirada, así como disposiciones institucionales debidamente circunscritas que permitan adoptar las medidas necesarias para hacer frente a situaciones no previstas en el acuerdo de retirada»<sup>34</sup>. Cuestión diferente será ver cuál es la reacción del Reino Unido en caso de surgir esta cuestión durante las negociaciones en relación con algún aspecto problemático.

### **3.—Algunas certidumbres añadidas en relación con la situación de Gibraltar**

Finalmente, además de las certidumbres de carácter general recién apuntadas, existen también algunos elementos añadidos que afectan a Gibraltar y sobre los que no debería existir gran margen para la controversia jurídica.

---

<sup>30</sup> Véase la posición clara al respecto de SARMIENTO, D., *loc. cit.* («Miller, Brexit...»), nota 19.

<sup>31</sup> Rafael BUSTOS GISBERT ha considerado a este respecto que «[e]s bien cierto que la Supreme Court podría haber plantado de oficio la cuestión prejudicial, pero esta era una opción igual de peligrosa para la propia Corte desde el punto de vista de la aceptación final de su decisión de modo que la posibilidad de plantear tal cuestión prejudicial no aparece en ningún apartado de la sentencia ni tampoco en los debates del juicio oral»; *loc. cit.* («La desnudez de...»), nota 18.

<sup>32</sup> Con todo, no puede olvidarse que algunos de los acuerdos celebrados por la Unión con Estados terceros prevén mecanismos de arbitraje para resolver posibles controversias. Es, por ejemplo, el caso de reciente Acuerdo CETA celebrado con Canadá.

<sup>33</sup> *Loc. cit.*, nota 4, orientación general 16.

<sup>34</sup> *Loc. cit.*, nota 4, orientación general 17.

En primer lugar, es evidente que la Unión carece de competencia para negociar con el Reino Unido cualquier aspecto que afecte a la soberanía de los Estados, incluido por supuesto la cuestión de Gibraltar. Como bien ha establecido la doctrina consolidada de Naciones Unidas, Gibraltar es un territorio no autónomo pendiente de descolonización, que conculca el principio de integridad territorial de España y al que no se aplica el derecho a la libre determinación; la cuestión de Gibraltar debe resolverse mediante negociaciones entre España y el Reino Unido, teniendo en cuenta los intereses de la población de la colonia; y sólo Naciones Unidas puede decidir cuándo se ha completado el proceso de descolonización de Gibraltar<sup>35</sup>. Tal es, por tanto, el marco que forzosamente habrá de respetar la Unión en sus negociaciones con el Reino Unido.

En segundo lugar, también el Derecho originario de la UE ha reconocido expresamente el carácter bilateral de la controversia. Así, con ocasión de la celebra-

---

<sup>35</sup> La posición de Naciones Unidas sobre Gibraltar es diáfana y se ha mantenido sin cambios durante las seis últimas décadas. El Reino Unido registró a Gibraltar en 1946 como ‘territorio no autónomo’, en aplicación del capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas. En 1963 se incluyó a Gibraltar en la lista de territorios sometidos a descolonización, por lo que resulta de aplicación la Resolución de Naciones Unidas sobre descolonización (Resolución 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960) y bien puede extraerse la conclusión de que la situación colonial de Gibraltar destruye la unidad nacional y la integridad territorial de España («Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas»; apdo. 6). En 1965 la Asamblea General de las Naciones Unidas señaló de manera contundente que la cuestión de Gibraltar debe resolverse mediante negociaciones bilaterales entre España y el Reino Unido (Resolución 2070 (XX), de 16 de diciembre de 1965). La Asamblea General consideró, igualmente, que el referéndum celebrado en 1967 resultaba contrario a las Resoluciones de Naciones Unidas aplicables a Gibraltar (Resolución 2353 (XXII), de 19 de diciembre de 1967). En 1968 ese mismo órgano de las Naciones Unidas pidió expresamente al Reino Unido, como potencia administradora, que pusiese término a la situación colonial de Gibraltar antes de 1 de octubre de 1969, declarando que el mantenimiento de dicha situación es contrario a los propósitos y principios de la Carta (Resolución 2429 (XXIII) de 18 de diciembre de 1968). A partir de ahí, tras el correspondiente tratamiento de la cuestión en la IV Comisión, todos los años se aprueba una Decisión de consenso, que mantiene inalterado su núcleo central (llamamiento a los Gobiernos británico y español a alcanzar una solución definitiva del problema de Gibraltar que sea conforme con el Derecho Internacional y con las resoluciones pertinentes de Naciones Unidas) y va modulando el resto de sus apartados al desarrollo que las negociaciones entre Reino Unido y España han ido conociendo a lo largo de los años. Estas han sido, básicamente, la Declaración de Lisboa de 10 de abril de 1980, por la que los gobiernos británico y español se comprometen a resolver el problema de Gibraltar en un espíritu de amistad y de acuerdo con las resoluciones pertinentes de Naciones Unidas; Declaración de Bruselas de 27 de noviembre de 1984, en las que cuatro años más tardes, en el marco de la preparación de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, sentó las bases de un nuevo proceso negociador encaminado a solucionar todas las diferencias sobre el Peñón, incluidos los asuntos de soberanía; las negociaciones bilaterales sobre soberanía de 2001 y 2002, en las que la intención era lograr un estatuto de cosoberanía; el Foro Tripartito de Diálogo, que incluyó también a Gibraltar y fue abierto en 2004 y su intención fue favorecer la cooperación local y técnica en beneficio de la población de la zona.). El denominado ‘Comité de los 24’, por su parte, celebra cada año su seminario regional sobre descolonización y tradicionalmente viene confirmando invariablemente la aludida posición de Naciones Unidas; el penúltimo se celebró en Managua (Nicaragua) entre el 31 de mayo y el 2 de junio de 2016 (A/71/23, especialmente pp. 31 y 140), mientras que el último acaba de tener lugar en San Vicente y las Granadinas los días 18 y 19 de mayo de 2017, habiéndose aprovechado la ocasión por la delegación española para reiterar la oferta de cosoberanía realizada en octubre de 2016 en el marco de la IV Comisión.

ción del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, se constató que la adhesión a la España no afectaba a las respectivas posiciones de ambos Estados respecto a Gibraltar y posibles procesos negociadores<sup>36</sup>. Incluso el Tribunal de Justicia ha sido en su jurisprudencia respetuoso con el estatuto internacional de Gibraltar. Así, por ejemplo, ha establecido claramente que Gibraltar no forma parte del territorio del Reino Unido y se trata de una colonia<sup>37</sup>; incluso hay alguna sentencia en la que el TJUE ha reconocido la existencia de una controversia entre España y el Reino Unido en cuanto a la soberanía del istmo<sup>38</sup>, amén de no ser ya excepción las condenas al Reino Unido por incumplimiento del Derecho de la Unión<sup>39</sup>. Esta situación ha sido corroborada en la reciente sentencia de 13 de junio de 2017 en materia de fiscalidad del juego<sup>40</sup>.

En tercer lugar, cabría recordar a mayor abundamiento que existen antecedentes en los que tanto el Consejo Europeo como el Parlamento Europeo respaldaron explícitamente el proceso de negociaciones que España y Reino Unido emprendieron en el pasado para lograr un estatuto de cosoberanía<sup>41</sup> e incluso

---

<sup>36</sup> Véase, en particular, el Canje de Notas entre España y el Reino Unido, hecho en Madrid el 13 de junio de 1985; *BOE* núm. 291, de 5 de diciembre de 1985.

<sup>37</sup> En la sentencia de 23 de septiembre de 2003, el TJUE reconoció que «el Tratado es aplicable a Gibraltar porque es una colonia de la Corona cuyas relaciones exteriores asume el Reino Unido»; C-30/01, *Comisión c. Reino Unido*, FJ 47. Igualmente, sentencia de 12 de septiembre de 2006, C-145/04, *España c. Reino Unido*, FJ 14 y 15; sentencia de 21 de julio de 2005, C-349/03, *Comisión c. Reino Unido*, FJ 41;

<sup>38</sup> TJUE sentencia de 29 de junio de 1993, C-298/89, *Gobierno de Gibraltar c. Consejo*, FJ 22.

<sup>39</sup> TJUE sentencia de 20 de octubre de 2005, C-6/04, *Comisión c. Reino Unido*, en materia de medio ambiente; sentencia de 21 de julio de 2005, C-349/03, *Comisión c. Reino Unido*, sobre asistencia mutua entre autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos e indirectos. Quedan aún pendientes de sentencia varias cuestiones prejudiciales en las que jueces británicos preguntan al TJUE acerca de la si las relaciones entre el Reino Unido y Gibraltar son situaciones puramente internas (ajenas a las libertades del mercado interior) o son intracomunitarias (con plena vigencia de dichas libertades); as. Gibraltar Betting & Gaming (C-591/15) y as. Fisher (C-192/16).

<sup>40</sup> En materia de fiscalidad, resulta de particular relevancia el asunto C-591/15 porque el Tribunal de Justicia tenía que pronunciarse, una vez dictadas las conclusiones generales el pasado 19 de enero de 2017 (Abogado General Spuznar), a propósito de si a la hora de aplicar las previsiones de los tratados constitutivos en materia de establecimiento y servicios (arts. 49 y 56 TFUE) en relación con normas fiscales británicas Gibraltar y el Reino Unido han de ser tratados como partes de un solo Estado miembro. Finalmente, en la sentencia recaída el 13 de junio de 2017 en el asunto C-591/15 (*The Gibraltar Betting and Gaming*) el Tribunal de Justicia ha considerado que “el artículo 56 debe interpretarse en el sentido de que la prestación de servicios por operadores establecidos en Gibraltar a personas establecidas en el Reino Unido constituye, a efectos del Derecho de la Unión, una situación en la que todos los elementos se circunscriben al interior de un único Estado miembro” (apdo. 56). Ahora bien, el TJUE deja patente expresamente que esta interpretación “no afecta de ningún modo al estatuto del territorio de Gibraltar en virtud del Derecho internacional” (apdo. 54), llegando incluso a recordar que “por lo que se refiere al estatuto de Gibraltar en el Derecho internacional, consta que Gibraltar figura en la lista de territorios autónomos en el sentido del artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas” (apdo. 52). En materia de ayudas públicas, el Tribunal General de la UE habrá de dilucidar en el asunto T-783/16 si el conocido sistema de los *tax rulings* gibraltareños es compatible con el régimen de los tratados en la materia (arts. 107-109 TFUE).

<sup>41</sup> *Vid. infra*, III, 1.

invitaron a la Comisión a buscar fórmulas para respaldar «*cualquier* acuerdo alcanzado» entre ambos Estados<sup>42</sup>. Por ello tanto más cabría pedirlo en el momento en el que uno de los dos Estados concernidos por la controversia abandona la Unión, mientras que el contencioso perdura y afecta de manera clara y directa al Estado que permanece como miembro de la Unión.

Finalmente, en cuarto lugar, parece más que evidente que, cuando el Reino Unido se retire de la Unión, con él lo hará también indefectiblemente Gibraltar. Al dejar de ser el Reino Unido Estado miembro de la Unión desaparecerá el vínculo de Gibraltar con el artículo 355.3 TFUE. Perderá su membresía el Estado miembro encargado de las relaciones exteriores de Gibraltar y, con ello, se dejará de aplicar en la colonia el Derecho de la Unión. Se podrá, ciertamente, pensar en soluciones imaginativas, pero, como se mostrará más adelante, estas soluciones deberán resultar finalmente compatibles tanto con el marco de Derecho Internacional fijado por Naciones Unidas como con el marco de Derecho de la Unión fijado por el artículo 50 TUE<sup>43</sup>.

A la vista de todo ello, a nadie puede sorprender que las orientaciones generales que aprobó el Consejo Europeo en su reunión extraordinaria de 29 de abril de 2017 se hayan hecho eco de estas evidencias y hayan marcado claramente el campo de juego en el que habrá de desenvolverse cualquier acuerdo futuro que afecte a Gibraltar. Por un lado, se deja claro que «en la fecha en que surta efectos la retirada, los Tratados dejarán de ser de aplicación al Reino Unido, a sus países y territorios de ultramar actualmente asociados a la Unión y a los *territorios cuyas relaciones exteriores asume el Reino Unido*»<sup>44</sup>. Y, por otro lado, a partir de ahí «[u]na vez que el Reino Unido haya abandonado la Unión, ningún acuerdo entre la UE y el Reino Unido podrá aplicarse al territorio de Gibraltar sin acuerdo entre el Reino de España y el Reino Unido»<sup>45</sup>. Punto. Más claro el agua...

---

<sup>42</sup> En concreto, el Consejo Europeo recibió «con satisfacción la decisión del Reino Unido y de España de relanzar el Proceso de Bruselas sobre Gibraltar, establecido en noviembre de 1984» y subrayó «el apoyo de la Unión Europea al compromiso de ambos Gobiernos de superar sus diferencias en relación con Gibraltar y de concluir un acuerdo global antes del verano [de 2002]; e invita a la Comisión a que explore las posibles formas en las que la Unión Europea pudiera apoyar cualquier acuerdo al que se llegue» (Conclusiones del Consejo Europeo, Barcelona, 15 y 16 de marzo, apdo. 56). El Parlamento Europeo, por su parte, se congratuló «del relanzamiento del proceso de Bruselas de 1984 sobre Gibraltar» y dejó claro que «apoya[ba] las tentativas de los Gobiernos del Reino Unido y de España por alcanzar un acuerdo antes del verano de 2002 y pide a la Comisión que examine la manera en que la UE podría respaldar cualquier acuerdo alcanzado» (Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de marzo de 2002, apdo. 39).

<sup>43</sup> *Vid. infra*, IV.

<sup>44</sup> Consejo Europeo, EUCO XT 200004/17, *cit.*, nota 4, orientación general 4. Cursiva añadida por nosotros. Aunque no se hable expresamente de Gibraltar, resulta palmario que este territorio autónomo pendiente de descolonización encaja sin duda alguna en el ámbito de aplicación territorial de ‘los territorios cuyas relaciones exteriores asume el Reino Unido’ en el sentido del ya descrito artículo 355.3 TFUE.

<sup>45</sup> Consejo Europeo, EUCO XT 200004/17, *cit.*, nota 4, orientación general 24.

### III.—LA PROPUESTA DE SOBERANÍA COMPARTIDA: POSIBLE SOLUCIÓN SATISFACTORIA PARA RESOLVER EL CONTENCIOSO SOBRE GIBRALTAR

Llegados a este punto, una vez clarificado razonablemente el marco jurídico en el que han de desenvolverse las negociaciones del *Brexit* y circunscritas a sus precisos términos las aspiraciones que pueda tener Gibraltar en relación a su situación post-*Brexit*, parece pertinente entrar a considerar con cierto detenimiento la propuesta de soberanía compartida que España ha puesto sobre la mesa. Así, comenzaremos por hacer un cierto ejercicio de memoria para buscar el antecedente más claro e inmediato y justificar el favorable contexto actual para la propuesta realizada (1), a partir del cual a continuación estaremos en situación de precisar el alcance material y procedimental de la misma (2).

#### **1.—La recuperación de una vieja propuesta en un contexto propicio: momento adecuado para su materialización de manera acorde con el Derecho Internacional y el Derecho de la UE**

##### *a) El precedente (fallido) de 2001 y 2002*

Desde la segunda mitad del siglo XX no han sido excepción las propuestas españolas para buscar una salida negociada con el Reino Unido a la cesión de soberanía que España hizo a través del Tratado de Utrecht en 1713<sup>46</sup>. Por ello, la propuesta planteada ahora por España no es en realidad novedosa. Encuentra, al menos, dos precedentes anteriores directos<sup>47</sup>. El primero se remonta al Ministro Matutes en 1998. Y el segundo, de manera ya mucho más elaborada, corresponde a las intensas negociaciones que se entablaron durante 2001 y 2002 entre los Ministros Piqué y Straw. En este último caso, se estuvo al parecer muy cerca de alcanzar un acuerdo final. A la vista de lo expresado pública-

---

<sup>46</sup> No conviene olvidar que el título de soberanía del Reino Unido deriva exclusivamente del artículo X del Tratado de Utrecht de 1713, por el que se ceden la ciudad y el castillo de Gibraltar, junto a su puerto, defensas y fortalezas que le pertenecen. España en ningún momento cedió el istmo, las aguas territoriales o el espacio aéreo supra yacente, por lo que España no reconoce como pertenecientes al Reino Unido otros espacios que no sean los expresamente comprendidos en el artículo X del Tratado de Utrecht. Por tanto, las únicas aguas que reconoce son las aguas interiores del puerto y precisamente por ello se formularon las oportunas declaraciones al firmar y ratificar la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982. Y, finalmente, la cesión se hizo sin comunicación alguna por tierra con el resto de España. Quiere ello decir que, a juicio de España, tanto la ocupación del istmo por el Reino Unido durante el siglo XIX como la construcción del aeropuerto sobre terreno del istmo, resultan ilegales y contrarias a Derecho Internacional. Además, España ostenta un derecho preferente para recuperar ese territorio en caso de que la Corona británica decida darlo, venderlo o enajenarlo. Véase in extenso MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN: *La cuestión de Gibraltar*, Madrid, 2008.

<sup>47</sup> No parece necesario, a estos efectos, referirse al precedente de las negociaciones entre Castilla y Stewart, si bien resulta interesante constatar la elaboración de los llamados Libros Rojos de 1965 y 1967, que fueron editados por el Ministerio de Asuntos Exteriores para su presentación a las Cortes Generales. Tampoco aludiremos a las negociaciones emprendidas en 1984 por Fernando Morán y su homólogo Howe, dado que su contexto y contenido se apartan bastante de la propuesta ahora planteada y el objetivo de la propuesta española era recobrar la plena soberanía de España.

mente por algunos de los protagonistas principales de estas negociaciones, da la impresión de que los escollos principales pendientes del acuerdo final fueron la concreción de si el acuerdo tendría carácter duradero (posición de España) o definitivo (posición del Reino Unido), la celebración o no de un referéndum en Gibraltar y, por supuesto, la Base Naval. En todo caso, a decir quienes conocen más de cerca esas negociaciones, parece que el acuerdo final no estuvo lejos de poder tocarse con la mano.

Antes de llegarse a la fase final se celebraron un buen número de reuniones de trabajo, que fueron desde los contactos al más alto nivel (presidentes de los respectivos gobiernos) hasta las reuniones técnicas de preparación, pasando por el impulso que a nivel ministerial (Piqué-Straw) se le dio al proceso en una decena de encuentros que se mantuvieron entre noviembre de 2001 y mayo de 2002<sup>48</sup>. Pero, sea como fuere, las negociaciones fracasaron y quedará para los historiadores estudiar lo cercano (o lejano) que en realidad estuvo el acuerdo. Es, en todo caso, una interesante experiencia que puede servir de referencia en este momento para aprender de lecciones pasadas extrayendo los aciertos y también los posibles desaciertos cometidos.

### *b) El favorable contexto actual*

No obstante, como ya se ha adelantado, el contexto actual del *Brexit* constituye una ocasión de oro para retomar ahora las negociaciones e intentar resolver definitivamente una controversia colonial que dura ya excesivo tiempo. Coincidimos plenamente con Alejandro del Valle Gálvez en que «el *Brexit* plantea un nuevo tablero jurídico internacional y europeo de juego con nuevas reglas, pero también ofrece un momento histórico para que España redefina su relación con Gibraltar, dando oportunidades a fórmulas que busquen vías nuevas de futuro y solución a la controversia histórica»<sup>49</sup>. Coincidimos también con este autor en que «el momento histórico puede ser propicio incluso para avanzar nuevas fórmulas imaginativas»<sup>50</sup>. Así, a nuestro entender, existen argumentos de peso para poder sostener, de entrada, que la cuestión de la soberanía sobre Gibraltar debería quedar excluida de las negociaciones sobre el *Brexit* y, por tanto, ser acordada previamente de manera bilateral entre el Reino Unido y España. Podrían manejarse, en el marco del Derecho de la Unión al menos cuatro argumentos diferentes para sustentar esta tesis.

---

<sup>48</sup> Algunas interioridades de este proceso negociador se encuentran en las interesantes memorias de Peter Hain, *Outside in*, Biteback Publishing, Londres, 2012, especialmente pp. 274-284. Conviene, en todo caso, tener presente a la hora de valorar algunas de las afirmaciones hechas en esta obra que en realidad Hain participaba directamente en las reuniones con el Ministro Piqué, papel que llevaba directamente Straw, si bien también se celebraron varias reuniones entre el propio Peter Hain y el entonces Secretario de Estado español para la Unión Europea, Ramón de Miguel. Igualmente, la comparecencia del Ministro Straw ante el parlamento británico es también una fuente ineludible para valorar adecuadamente al alcance y seriedad de las negociaciones desarrolladas.

<sup>49</sup> «Gibraltar, ‘año cero’: Brexit, cosoberanía y nuevas oportunidades de España», Real Instituto Elcano, ARI 75/2016, de 20 de octubre de 2016, p. 1.

<sup>50</sup> *Ib.*, p. 16.

En primer lugar, la Unión carece de competencia en materia de soberanía, por lo que parece lógico defender que las cuestiones que afecten directamente a la misma no pueden ser objeto de las negociaciones sobre el *Brexit*, que asumirá la Unión en los términos previstos en el artículo 50 TUE.

En segundo lugar, la Unión tiene el deber de garantizar el respeto de la identidad constitucional de los Estados miembros y de las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto preservar su integridad territorial (art. 4.2 TUE); dado que la soberanía es el principio básico sobre el que descansan esa identidad constitucional y esas funciones esenciales, merece también ser salvaguardada por la Unión.

En tercer lugar, dado que la controversia sobre Gibraltar ha de ser resuelta bilateralmente entre el Reino Unido y España, porque así lo reclama el Derecho Internacional y la doctrina de las Naciones Unidas en materia de descolonización desde hace décadas, existen dentro de la actuación de la Unión precedentes suficientes como para mantener ahora la posición aquí sostenida. Existen, en efecto, precedentes más que relevantes en el Derecho derivado de la Unión en los que se puede constatar que la inclusión de referencias en los actos de la Unión que pudieran resultar controvertidas en relación con Gibraltar, han estado a expensas de lo que fijaran las negociaciones bilaterales<sup>51</sup>.

Y, en cuarto lugar, incluso en la jurisprudencia del propio TJUE puede encontrarse aval para esta interpretación, ya que el Alto Tribunal de la Unión ha reconocido expresamente el carácter colonial de Gibraltar, la no inclusión de Gibraltar en el territorio del Reino Unido y el reconocimiento expreso de la existencia de una controversia entre España y el Reino Unido en cuanto a la soberanía del istmo<sup>52</sup>. Ello al margen de que también haya condenado en varias ocasiones al Reino Unido por incumplimientos del Derecho de la Unión por parte de Gibraltar<sup>53</sup>.

Dicho lo cual, procede concretar el alcance de la propuesta española.

## **2.—Alcance de la propuesta española sobre soberanía compartida: una oferta con ventajas para todos (y probablemente también renuncias de todos).**

Un adecuado acercamiento jurídico a la propuesta española sobre soberanía compartida reclama, a nuestro entender, dos aproximaciones, a saber, una primera material, para especificar su contenido, y otra segunda procedimental, para precisar cómo se podría articular en la práctica la propuesta en cuestión.

---

<sup>51</sup> Es el caso, por ejemplo, de la normativa europea sobre tráfico aéreo o aeropuertos.

<sup>52</sup> *Vid. supra*, notas 37 a 40.

<sup>53</sup> Discurso del Representante Permanente de España ante las Naciones Unidas de 4 de octubre de 2016, *cit.*, nota 13.

### a) Dimensión material

Comenzando por la dimensión material, la ya citada intervención del Representante Permanente ante Naciones Unidas, que hizo el 4 de octubre de 2016, recoge los elementos esenciales de la propuesta española de cosoberanía:

«Frente a esta situación [*Brexit*], queremos proponer una solución. Querría anunciar hoy ante esta Comisión que España ha invitado formalmente al Reino Unido a abrir negociaciones que permitan llegar a un acuerdo para que las disposiciones de los Tratados de la Unión Europea sigan siendo de aplicación a Gibraltar. Con el derecho de la Unión Europea en la mano, la única posibilidad para que esto suceda cuando el Reino Unido haya abandonado la UE es que haya una ligazón política entre Gibraltar y España, que seguirá siendo miembro de la UE. Quisiéramos acordar con el Reino Unido un régimen de soberanía conjunta sobre Gibraltar que permitiese el mantenimiento de Gibraltar en la UE y basado en el reconocimiento de un autogobierno tan amplio como sea posible, y que tiene acomodo en nuestro ordenamiento constitucional, y en un ventajoso estatuto personal para los gibraltareños que podría incluir la doble nacionalidad»<sup>54</sup>.

A partir de ahí, una vez aclarado que «España no va a renunciar jamás a su justa reclamación de llegar a una solución definitiva de la cuestión de Gibraltar según las resoluciones pertinentes de la Asamblea General y los principios aplicables, y de conformidad con la Carta de Naciones Unidas», el Representante Permanente de España precisaba el alcance material concreto de la propuesta en torno a cuatro elementos fundamentales, que constituyen la espina dorsal de la oferta española:

«La propuesta que España hace al Reino Unido se articula alrededor de cuatro grandes ejes:

- 1.—Un estatuto personal para los habitantes del Peñón que les permita conservar la nacionalidad británica, abriendo la posibilidad de acceder a la nacionalidad española sin tener que renunciar a aquélla.
- 2.—El mantenimiento de las instituciones de autogobierno de Gibraltar en el marco de un amplio régimen de autonomía el cual tendría un fácil encaje en nuestro sistema constitucional.
- 3.—El mantenimiento de un régimen fiscal particular en Gibraltar, siempre y cuando sea compatible con el ordenamiento comunitario.
- 4.—El desmantelamiento de la Verja que separa Gibraltar del resto de la península ibérica, que en el año 1909 levantó el Reino Unido.

España y el Reino Unido ostentarían conjuntamente las competencias en materia de defensa, relaciones exteriores, control de las fronteras exteriores, inmigración y asilo»<sup>55</sup>.

En consonancia con este nuevo escenario, la Decisión de la Asamblea General sobre la cuestión de Gibraltar de 2016, consensuada entre España y Reino

---

<sup>54</sup> *Ib.*

<sup>55</sup> *Ib.*

Unido, introduce una novedad relevante respecto de las de años anteriores. Así, además del párrafo ya tradicional en el que Asamblea General insta a los Gobiernos de España y del Reino Unido a que lleguen a una solución definitiva de la cuestión de Gibraltar<sup>56</sup>, se han insertado dos nuevos párrafos que se hacen eco de la nueva situación. Por un lado, España logró que se incluyera una referencia expresa a su nueva propuesta de soberanía compartida con el siguiente tenor:

«[La Asamblea General] toma nota de la posición de España sobre esta cuestión, incluida su propuesta de comenzar nuevas discusiones sobre la base de la Declaración de Bruselas, y toma nota también de la presentación por parte de España de una propuesta de soberanía conjunta ante la Comisión Política Especial y de Descolonización».

Correlativamente, el precio a pagar fue aceptar también un nuevo párrafo en el que el Reino Unido introduce también una alusión a su ya conocida posición de que cualquier acuerdo que pueda adoptarse habrá de tener en cuenta el deseo de la población de Gibraltar:

«[La Asamblea General] «toma nota de la posición del Reino Unido sobre esta cuestión, es decir, el compromiso de nunca suscribir acuerdos según los cuales la población de Gibraltar quede bajo la soberanía de otro Estado en contra de sus deseos expresados de forma democrática y libre, ni de participar en un proceso de negociaciones de soberanía con el que Gibraltar no esté conforme».

Conviene precisar, en todo caso, que en términos jurídicos hay una gran diferencia entre el párrafo primero en el que «se insta» a los Gobiernos de los dos Estados a la hora de lograr una solución final negociada entre los dos y los párrafos segundo y tercero, en los que la Asamblea General se limita a «tomar nota» de las respectivas posiciones en materia de soberanía compartida (España) y toma en consideración del deseo de la población de Gibraltar (Reino Unido). Es decir, el mandato de Naciones Unidas sigue circunscribiéndose a la exigencia de que España y Reino Unido lleguen a «a una solución definitiva de la cuestión de Gibraltar a la luz de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General y los principios aplicables, y de conformidad con el espíritu de la Carta de las Naciones Unidas». Y para (re)emprender esas negociaciones España plantea de buena fe una propuesta concreta sobre la que negociar<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> En concreto, la Asamblea General «insta a los Gobiernos de España y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a que, escuchando los intereses y las aspiraciones de Gibraltar que sean legítimas conforme al derecho internacional, lleguen, en el espíritu de la Declaración de Bruselas de 27 de noviembre de 1984, a una solución definitiva de la cuestión de Gibraltar a la luz de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General y los principios aplicables, y de conformidad con el espíritu de la Carta de las Naciones Unidas».

<sup>57</sup> Ya nos hemos referido a nuestra plena coincidencia con Alejandro del Valle a la hora de proponer soluciones imaginativas; *vid supra*, notas 22 y 23. Ahora bien, no alcanzamos, sin embargo, a vislumbrar plenamente a qué se refiere exactamente cuando este autor considera que la «propuesta de soberanía anunciada por el Gobierno español en funciones tiene el formato y contenidos de otras anteriormente presentadas o negociadas (pág. 16) y habla de «plantear vías de futuro razonables y pragmáticas que den solución a la controversia histórica» (pág. 17). En el fondo, hablar de una «soberanía en común

## *b) Dimensión procedimental*

Por otro lado, por lo que concierne a la dimensión procedimental, el mecanismo jurídico para articular la propuesta planteada dependería en buena medida del contenido del acuerdo material en cuestión y de la voluntad que las Partes (Reino Unido y España) tuvieran al respecto. Pero, a la vista de los temas a tomar en consideración y de las consecuencias directas de los mismos en materias que obviamente encajan en los supuestos previstos en los artículos 93 y 94.1 de la Constitución, parece evidente que finalmente se precisaría en todo caso de un tratado internacional y que éste habría de contar con la autorización previa de las Cortes Generales.

Sin embargo, desde un punto de vista operativo, la instrumentalización jurídica del proceso podría hacerse en dos fases. Una vez cerrada la negociación, se podría aprobar una Declaración (política) de los gobiernos español y británico en la que se fijarían con carácter general y de forma concisa los términos del acuerdo alcanzado. A partir de ahí, en un segundo momento, se podrían articular (jurídicamente) los términos del acuerdo a través de la celebración de un tratado internacional, que sería sometido a los correspondientes trámites parlamentarios internos previos a la prestación del consentimiento por ambos Estados. Lógicamente, desde la perspectiva política, se planteará el escollo del papel que correspondería jugar a los habitantes de la colonia. En términos estrictamente jurídicos, la doctrina de las Naciones Unidas exige que la solución negociada por el Reino Unido y España tenga «en cuenta los intereses de la población de la colonia», lo cual en modo alguno puede ser equiparado directamente a la celebración de un referéndum. No es momento de detenernos en esta cuestión, si bien existen posibles soluciones (políticas y jurídicas) para ello. Un buen ejemplo sería que, como también propuso el Representante Permanente de España en su ya citado discurso del 4 de octubre de 2016 ante la IV Comisión de Naciones Unidas, un representante de Gibraltar pudiera formar parte de la delegación británica y estar así durante todo el proceso bilateral al tanto de las negociaciones<sup>58</sup>.

Finalmente, por lo que de manera específica concierne a España, convendría estudiar la incidencia que podrían tener también tanto las previsiones del artículo 144 de la Constitución, que se redactó en 1978 teniendo en mente a Gibraltar, como las recogidas en el Estatuto de Autonomía de Andalucía. Pero, sea como fuere, la propuesta de soberanía compartida no tiene por qué exigir forzosamente una integración territorial en España. Caben posibilidades de dispar índole para lograr una solución (duradera) para el contencioso.

---

mediante la fórmula de la Ciudad de las Coronas británica y española», como se plantea por Alejandro del Valle, no tiene por qué estar muy alejada de la propuesta realizada por España. Y obviamente puede ser objeto de negociación. Sobre la posición anterior de este autor en relación con Gibraltar, pueden verse entre otras contribuciones, «España y la cuestión de Gibraltar a los 300 años del Tratado de Utrecht», Real Instituto Elcano ARI 23/2013”, de 20 de junio de 2013.

<sup>58</sup> *Loc. cit.*, nota 13.

#### IV.—LA QUIMERA DE SUPUESTAS SOLUCIONES IMAGINATIVAS: NI GIBRALTAR ES UN ESTADO NI GROENLANDIA UNA COLONIA

##### 1.—La inaplicabilidad de los pretendidos paralelismos con Groenlandia o los Micro estados: Gibraltar es (simplemente) una colonia.

Llegados a este punto, conviene dar también respuesta jurídica a algunas de las supuestas soluciones imaginativas que a juicio de Gibraltar podrían permitir que esta colonia mantuviera inalterado su vínculo de conexión con la Unión a pesar de que el Reino Unido quedase fuera de la misma. En efecto, con la intención de «lograr lo mejor de los dos mundos»<sup>59</sup>, algún representante gibraltareño ha mantenido seriamente la posibilidad de explorar las vías de un tratamiento conjunto con Escocia para estudiar el posible precedente de Groenlandia o los micro Estados<sup>60</sup>. Ahora bien, a nuestro juicio, poco (o nada) tienen que ver los supuestos manejados con la situación jurídica de Gibraltar. Permítasenos, pues, una sucinta referencia a las diferentes posibilidades manejadas.

Una primera vía para intentar eludir las consecuencias del *Brexit*, es intentar establecer una línea comparativa entre Gibraltar y lo que se ha dado en denominar con altas dosis de ingenio *reinverse Greenland*. Poca comparación puede establecerse, sin embargo, entre una colonia y un territorio de un Estado miembro con un régimen especial (como ‘territorio de ultramar’) que ha sido además reconocido mediante un Protocolo aprobado por todos los Estados miembros<sup>61</sup>. Groenlandia no es una colonia, Gibraltar sí; y Dinamarca sigue siendo Estado miembro de la Unión, el Reino Unido tras el *Brexit* quedaría fuera. Mal puede trazarse, pues, paralelismo alguno.

Tampoco resulta, a nuestro entender, afortunado el intento del Ministro Principal de Gibraltar de pretender asimilar un posible régimen especial de aplicación del Derecho de la UE a Gibraltar tras el *Brexit* con los llamados micro-Estados (Andorra, San Marino, Mónaco)<sup>62</sup>. Ciertamente, ambos tipos de territorios comparten elementos comunes (reducido territorio, escasa población...), pero también les diferencia

---

<sup>59</sup> Así se titulaba, por ejemplo, el documento que en febrero de 2016 presentó el Gobierno británico en su Parlamento para defender la Decisión que aprobaron los Jefes de Estado y Gobierno para intentar mantener la presencia del Reino Unido dentro de la UE; HM GOVERNMENT: *The best of both worlds: the United Kingdom's special status in a reformed European Union*, Londres, 2016. Más útil resulta en la actualidad el White Paper presentado en febrero de 2017 por la Primera Ministra Theresa May, HM GOVERNMENT: *The United Kingdom's exit from and the new partnership with the European Union*, Londres, 2017.

<sup>60</sup> Véase Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: «La nueva propuesta española de soberanía conjunta: Gibraltar en la encrucijada postBrexit», *Revista General de Derecho Europeo*, 2017, núm. 41, pp. 1-14.

<sup>61</sup> Véase art. 204 y anexo II TFUE y Protocolo 34.

<sup>62</sup> Véase, por ejemplo, su comparecencia de 13 de diciembre de 2016 ante los Lores (Select Committee on the European Union) donde explícitamente considera que «we may seek that the United Kingdom's negotiation includes a facet that allows Gibraltar to have a microstate-style relationship with the EU»; disponible en la página del parlamento británico en <http://www.parliament.uk>,

una diferencia insalvable. Mientras aquellos son sujetos de Derecho Internacional y están revestidos de estatalidad, Gibraltar es un territorio no autónomo pendiente de descolonización<sup>63</sup>. Difícilmente puede pensarse, pues, en ningún tipo de tratado internacional entre la Unión y Gibraltar. Por no referirnos a la exigencia de que cualquier acuerdo con/sobre Gibraltar debe merecer el previo respaldo de España.

Menos aún resulta pertinente recurrir a pretendidos antecedentes como el de Argelia o el de la reunificación alemana. El primero es un supuesto evidente de descolonización, que hasta el Tratado de Maastricht ni siquiera acarrió una modificación jurídica de la referencia inicial en los tratados constitutivos (antiguo art. 227.2 TCEE). Y el segundo se trata simplemente de un caso de absorción de un tercer Estado por un Estado miembro de la UE, que se produjo previa disolución de la República Democrática Alemana e incorporación de su territorio y población a la República Federal de Alemania (Tratado de Moscú dos más cuatro y Tratado de reunificación); y contaba con una previsión expresa en la Ley Fundamental de Bonn (antiguo art. 23) e incluso con referencias indirectas en los tratados constitutivos a la ‘división de Alemania’ en materia de ayudas públicas (antiguo art. 87.2 c TCE) y transportes (antiguo art. 78 TCE).

Por último, también se escucha en algunos foros la posible regulación de un régimen especial para Gibraltar tras el *Brexit* con fundamento en la supuesta flexibilidad de la Unión, así como en las especificidades que la Unión ha mostrado en materia de modulación territorial de acuerdos internacionales celebrados por ella a través de cláusulas especiales. Pues bien, tampoco esta afirmación tiene fundamento. Puede ser que la UE sea efectivamente flexible. Pero no hay base alguna para sostener que existan acuerdos internacionales recientes con este tipo de cláusulas. Así, examinados los 53 acuerdos celebrados por la Unión desde 2010 con Estados terceros, tan sólo cuatro de ellos incluyen algún tipo de cláusula de modulación de su aplicación territorial; y ninguna de ellas establece un régimen especial. Antes al contrario, se limitan a reconocer el hecho fáctico objetivo de que el Estado con el que se celebra el acuerdo no controla parte de su territorio<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Vid. Julianne KOKOTT, «Micro-States», en Rudolf BERNHARD (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, III, (1997), p. 362.

<sup>64</sup> Es el caso de los acuerdos celebrados con la República de Corea (*DOUE* L 127, de 14 de mayo de 2011, art. 15.15), con Centroamérica (*DOUE*, de 15 de diciembre de 2012, art. 360), con la República de Moldavia (*DOUE* L 260, de 30 de agosto de 2014) y con Georgia (*DOUE* L 261, de 30 de agosto de 2014). Para ser precisos, en el caso del acuerdo de libre comercio con la República de Corea, la cláusula de ‘aplicación territorial’ se limita a precisar que «[l]as referencias del presente Acuerdo al ‘territorio’ se entenderán en este sentido, salvo que se disponga explícitamente otra cosa» (art. 15.15). En el caso del Acuerdo con Centroamérica la referencia territorial se limita a señalar que la aplicación del Acuerdo se hará «de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales y el Derecho Internacional» (art. 306). En el caso de Moldavia, la cláusula de aplicación territorial cobra sentido propio claro en relación con las zonas «sobre las que el Gobierno de Moldavia no ejerce el control efectivo» (art. 462.2). Y en el caso de Georgia ocurre algo muy semejante en relación con «las regiones georgianas de Abjazia y Osetia del Sur, sobre las que el Gobierno de Georgia no ejerce un control efectivo» (art. 429.2). Todos ellos son casos que nada en absoluto tienen que ver con Gibraltar.

## **2.—No todo cabe en la negociación sobre el futuro de Gibraltar en el marco del *Brexit*: los tratados constitutivos como límite infranqueable para la imaginación.**

En suma, de lo dicho en el apartado anterior bien puede colegirse que no todo cabe en la negociación sobre el futuro de Gibraltar en el marco del *Brexit*. Podrá plantearse un acercamiento flexible a la cuestión. Pero en modo alguno resultaría aceptable para la Unión (y para España) cualquier tipo de propuesta que no resulte compatible con los tratados constitutivos y con el Derecho Internacional. Las autoridades gibraltareñas pueden hacer gala de la imaginación que estimen oportuna y pueden aspirar a que el Reino Unido consiga un acuerdo lo más favorable posible para los intereses del Estado miembro que abandona la Unión y, con él, para los territorios de los que tenga encomendada sus relaciones exteriores. Pero de ninguna manera podrá aspirar a lograr un régimen que sea contrario a los tratados constitutivos (sin el vínculo jurídico del artículo 355.3 no hay aplicabilidad posible del Derecho de la Unión a Gibraltar) o con la doctrina de Naciones Unidas al respecto (Gibraltar es una colonia pendiente de descolonización cuyo contencioso ha de ser resuelto mediante negociaciones entre España y el Reino Unido). Y, obviamente, la posición negociadora de la Unión habrá de ajustarse a lo ya fijado al respecto en las orientaciones generales aprobadas por el Consejo Europeo, que, como no podía ser de otra forma, se hacen eco expreso en su orientación 24 de la posición recién sostenida.

Ello dejando aparte de que el acuerdo aludido entre la Unión y el Reino Unido deberá contar también con el respaldo de España. En primer término, al fijarse —como ya se ha hecho— las orientaciones generales; o, por supuesto, cualquier actualización de las mismas que, conforme a lo previsto en el último inciso del preámbulo de las orientaciones generales, podría darse a lo largo de la negociación. Y, en segundo término, probablemente también en el momento de ratificar el acuerdo que fije las relaciones futuras entre la Unión y el Reino Unido a través de las correspondientes autorizaciones por parte de las Cortes Generales, suponiendo que la naturaleza del mismo sea la de un acuerdo mixto.

Cabe, pues, dar rienda suelta a la imaginación, pero en el bien entendido que el artículo 50 TUE, la doctrina de las Naciones Unidas y el papel de los 27 Estados miembros en el proceso negociador le fijan mojoneros muy claros.

## **V.—CONSIDERACIONES FINALES: UNA PROPUESTA RAZONABLE CON VENTAJAS PARA TODOS**

Así las cosas, llegados a este punto, pueden establecerse sin ánimo exhaustivo algunas conclusiones en relación a la cuestión de Gibraltar en el contexto del *Brexit*. En primer lugar, el punto de arranque inexorable es que la retirada del Reino Unido de la Unión también conlleva indefectiblemente la salida de Gibraltar, ya que desaparecería el vínculo jurídico del artículo 355.3 TUE.

En segundo lugar, en modo alguno resultan jurídicamente aceptables las vías que pretenden buscar precedentes interesados en los micro-Estados o en un supuesto de *reinverse Greenland* para lograr la ficción de que Gibraltar podría permanecer dentro de la Unión aunque el Reino Unido ya no fuera Estado miembro. Gibraltar no goza de estatalidad, por lo que difícilmente puede asimilarse a un micro-Estado; y el estatuto de Groenlandia nada que ver con el de Gibraltar, ya que Dinamarca sigue siendo Estado miembro de la Unión, el estatuto de esa isla nada tiene en común con el de una colonia en el sentido fijado por Naciones Unidas y su regulación fue además objeto de acuerdo aceptado por *todos* los Estados miembros de la Unión y fijado en un Protocolo *ad hoc*.

En tercer lugar, la pérdida del vínculo de conexión entre Gibraltar y la UE a través del artículo 355.3 TUE conllevaría consecuencias muy negativas tanto para Gibraltar como para la población española del Campo de Gibraltar, ya que el Derecho de la Unión se dejaría de aplicar en ese territorio; y ello afectaría muy negativamente a toda la zona.

En cuarto lugar, el acuerdo que regule las relaciones entre el Reino Unido y la UE no podrá incluir la cuestión de Gibraltar; o, al menos, no podrá hacerlo sin el acuerdo previo entre España y el Reino Unido. Al ser Gibraltar objeto de una controversia sobre soberanía, sobre la que la Unión carece de competencia, en las negociaciones que se desarrollen entre la UE y el Reino Unido se debe respetar escrupulosamente el enfoque bilateral hispano-británico. De esta manera, la cuestión de la soberanía sobre ese territorio debería quedar al margen de las mencionadas negociaciones y ser objeto de una paralela negociación bilateral entre España y Reino Unido. Ello encuentra acogida plena en la doctrina de las Naciones Unidas y también en el Derecho originario de la UE (Acta de adhesión de España a las Comunidades Europeas). Pero, sobre todo, ha sido acogido expresamente en las orientaciones generales que aprobó el Consejo Europeo en su reunión extraordinaria de 29 de abril de 2017. Y lo ha hecho de manera clara, contundente y diáfana: «Una vez que el Reino Unido haya abandonado la Unión, ningún acuerdo entre la UE y el Reino Unido podrá aplicarse al territorio de Gibraltar sin acuerdo entre el Reino de España y el Reino Unido»<sup>65</sup>.

En quinto lugar y por encima de todo, desaprovechar la ventana de oportunidad que ofrece el contexto del *Brexit* para la cuestión de Gibraltar, supondría perder una ocasión de oro para lograr por fin una solución negociada entre el Reino Unido y España, que tuviera en cuenta el marco jurídico fijado por el Derecho Internacional (especialmente la doctrina de Naciones Unidas) y los intereses de todos los habitantes de la zona. Nos encontramos en un contexto favorable para dicha solución, que no se había dado en el pasado ni será fácil que vuelva a aparecer en el futuro inmediato. De hecho, en contra de lo que suele ser habitual en

---

<sup>65</sup> Consejo Europeo, EUCO XT 200004/17, *cit.*, nota 4, orientación general 24.

este tipo de cuestiones, también en el Reino Unido se han escuchado (en público) voces relevantes a favor de la referida propuesta de cosoberanía<sup>66</sup>. La propuesta española ha provocado también algún pronunciamiento internacional de relevancia, tomando nota de la misma y haciendo un llamamiento expreso a poner fin a esta situación colonial<sup>67</sup>.

Creemos, por tanto, que la propuesta de soberanía compartida realizada por España resulta beneficiosa para todos: para el Reino Unido y España, en primer término, pero también para los gibraltareños y para los habitantes del Campo de Gibraltar, e incluso para la UE. Lo es para el Reino Unido y para España, porque pondría fin a una situación colonial que dura ya más de 300 años y que resulta difícilmente explicable en el actual contexto internacional, a la vez que permitiría intensificar las relaciones amistosas entre ambos Estados. Para Gibraltar, porque permitiría mantener la deseada aplicación del Derecho de la UE, al encargarse España (conjuntamente con el Reino Unido) de sus relaciones exteriores y permitir mantener así el nexo de unión con la UE a través del artículo 355.3 TUE, que de otra forma resulta imposible; además, llegado el caso, gozarían de un amplio margen de autonomía política al amparo del artículo 144.b de la Constitución y podrían por tanto disfrutar, si lo desearan, de la nacionalidad española, sin renunciar a la británica. Pero la propuesta es también beneficiosa para los habitantes (españoles) de la zona, porque haría desaparecer la Verja e intensificaría notablemente las relaciones económicas mutuas, incrementando el desarrollo y bienestar de toda el área. Y, a la postre, también lo es para la propia UE, porque haría desaparecer un incómodo obstáculo que acaso pudiera dificultar las negociaciones entre el Reino Unido y la Unión a la hora de regular la retirada de aquél y el establecimiento de sus relaciones futuras con la Unión<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Destaca con luz propia Peter Hain, quien escribió un artículo en un importante diario británico con el título «Gibraltar once rejected a deal on its status. It will have to think again», en el que defendía tal propuesta, a la vez que el mismo periódico publicaba también una entrevista con el título, aún más contundente, de «Britain should 'share sovereignty of Gibraltar with Spain»; *The Guardian* de 6 de abril de 2017.

<sup>67</sup> Es el caso de la Cumbre Iberoamericana, que en su XXV reunión de Cartagena de Indias (28 y 29 de octubre de 2016) aprobó un Comunicado especial sobre la cuestión de Gibraltar en el que expresamente se toma nota de la propuesta presentada por España ante la IV Comisión de las Naciones Unidas y se constata la necesidad de poner fin a una situación colonial. El texto del comunicado se encuentra disponible en <http://segib.org/wp-content/uploads/10-COM-ESP-GIBRALTAR-FINAL-E.pdf> (último acceso, 17 de abril de 2017).

<sup>68</sup> Sobre esta cuestión puede verse la contribución de Martín ORTEGA CARCELÉN, «La propuesta de cosoberanía para Gibraltar: beneficios para todos», Real Instituto Elcano, ARI 33/2017, de 11 de abril de 2017. Este autor habla, en concreto, de la existencia de cinco ventajas: «(1) se tiene en cuenta la voluntad de los gibraltareños; (2) el potencial económico positivo para los habitantes del Campo y para los gibraltareños es enorme; (3) el escenario contrario de aislamiento sería muy gravoso, sobre todo para Gibraltar; (4) se pondría fin a un controversia colonial entre aliados y amigos; y (5), last but not least, permitiría una integración específica pero definitiva de Gibraltar en la UE» (pág. 3 in fine). Una vez, desarrolladas las razones que justifican estas cinco ventajas (págs. 4-8), concluye que «la propuesta española presenta claras ventajas y tiene en cuenta los intereses de todas las partes» (pág. 9).

En suma, nos encontramos en un delicado momento que merece la pena aprovechar y en el que todos los actores en liza deberían actuar con la altura de miras que la responsabilidad histórica del momento reclama. Como se ha afirmado por la doctrina más reputada, puede ser una ocasión oportuna para afrontar una solución de la cuestión de Gibraltar en la que «mientras que hacia el exterior es el momento de la diplomacia, hacia el interior es el del diálogo con todos los partidos políticos y administraciones públicas interesadas para convertir por fin la cuestión de Gibraltar en un tema de Estado compartido»<sup>69</sup>. El ofrecimiento hecho por España de negociar un estatuto de soberanía compartida es, en nuestra opinión, una propuesta interesante que merecería ser objeto de consideración. Como dijo el Representante Permanente de España ante las Naciones Unidas en su discurso ante la IV Comisión, «[c]reemos, en suma, que la propuesta es un buen negocio para todos: para España, para el Reino Unido, para Gibraltar y para el Campo de Gibraltar. ¿Por qué no sentarnos a discutirla?»<sup>70</sup>.

Veremos.

---

<sup>69</sup> ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *loc. cit.* («La nueva propuesta...»), nota 60, p. 14 *in fine*.

<sup>70</sup> *Loc. cit.*, nota 13.



**PERSPECTIVA  
DE LAS NACIONES UNIDAS**



# **BREXIT Y GIBRALTAR: LA PERSPECTIVA DE NACIONES UNIDAS**

**Paz Andrés Sáenz de Santa María**

*Catedrática de Derecho Internacional Público  
Universidad de Oviedo*

SUMARIO: I.—Naciones Unidas y Gibraltar: una doctrina consolidada. II.—Los ecos del *Brexit* llegan a Naciones Unidas: la nueva propuesta española de soberanía conjunta. III.—La propuesta española a la luz del derecho de la descolonización. IV.—Gibraltar en la Unión Europea: un territorio no autónomo que es objeto de una controversia bilateral. V.—La insoslayable incidencia de la situación colonial sobre la futura relación de Gibraltar con la Unión Europea. VI.—La oportunidad de superar un anacronismo colonial.

La perspectiva de las Naciones Unidas sobre Gibraltar aporta un dato fundamental y bien conocido: se trata de un territorio no autónomo que está en la lista del Comité de los 24 desde los años 60 del siglo pasado y que —junto con las Islas Malvinas— se distingue de los demás casos en que la forma de descolonización no está vinculada a la libre determinación sino a las negociaciones entre España y Reino Unido. Este factor fue clave en el momento de la incorporación a las Comunidades Europeas y es también insoslayable a la hora de la salida. De este modo, en el nuevo escenario, la condición de territorio no autónomo cobra renovadas dimensiones, tanto en relación con el contencioso de soberanía como respecto de las negociaciones y el establecimiento de la nueva relación entre la Unión Europea y el Reino Unido en lo que se refiere a Gibraltar.

## **I.—NACIONES UNIDAS Y GIBRALTAR: UNA DOCTRINA CONSOLIDADA**

La posición de las Naciones Unidas ante el caso de Gibraltar es clara y sostenida. Pese a la claridad del enfoque general adoptado por las Naciones Unidas en relación con las situaciones coloniales, vinculando descolonización y libre deter-

minación y encauzando el ejercicio de este derecho a través de la libre expresión de la voluntad del pueblo, en el caso de Gibraltar la Organización optó siempre por un enfoque distinto en el que la descolonización se desengancha de la libre determinación para conectarse con las negociaciones como modo de solución e incluso con el principio de integridad territorial. Además, pese a la práctica constante de identificación entre población colonial y pueblo, las Naciones Unidas nunca han proclamado la condición de pueblo de los habitantes de Gibraltar.

Tras establecerlo así en los años 60 del siglo pasado, invitando al Reino Unido y a España a iniciar conversaciones para alcanzar una solución sobre lo que el Consenso de 1964 calificó como disputa en lo que se refiere al status y a la situación del territorio de Gibraltar, las Naciones Unidas reiteran su posición consolidada mediante sucesivas Decisiones aprobadas año tras año por consenso y en las que las únicas novedades son las referencias expresas a las esporádicas aproximaciones entre las partes o a su estancamiento<sup>1</sup>. Conforme a las más recientes, la Asamblea General “Insta a los Gobiernos de España y del Reino Unido... a que, escuchando los intereses y las aspiraciones de Gibraltar que sean legítimas conforme al derecho internacional, lleguen... a una solución definitiva del problema de Gibraltar a la luz de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General y los principios aplicables”. La remisión al ordenamiento internacional, introducida en el texto de 2013<sup>2</sup>, es una incorporación implícita de la doctrina descolonizadora establecida por la organización mundial para el caso específico de Gibraltar que refuerza el enfoque particular, en el que no se acoge el derecho de libre determinación<sup>3</sup>. En este sentido, las Naciones Unidas nunca han acogido las solicitudes de supresión de la lista de territorios no autónomos formuladas por Gibraltar ante el Comité de los 24 y la IV Comisión, ni han asumido la teoría de la “cuarta opción” como acto de libre determinación ejercido mediante la aprobación en referéndum de la denominada Constitución de Gibraltar de 2006, pretensiones todas ellas que cuentan con el apoyo del Reino Unido.

---

<sup>1</sup> Así, se ha ido aludiendo a la Declaración de Lisboa de 1980, la Declaración de Bruselas de 1984, las conversaciones mantenidas en los años 90, 2001 y 2002, el Foro Tripartito de Diálogo y la propuesta española de un nuevo mecanismo de cooperación local.

<sup>2</sup> Decisión 68/523.

<sup>3</sup> Para A. del VALLE GÁLVEZ, “Particular importancia ha dado España a la decisión del 2013, ya que, aparte de reflejar el radical desacuerdo existente entre británicos y españoles sobre el Foro, incorpora una referencia a que las aspiraciones de Gibraltar deben ser las “legítimas según el derecho internacional”. El Gobierno español de Rajoy había acusado al anterior Gobierno de Rodríguez Zapatero de haber concedido en sede de la ONU que Gibraltar tuviera no solo intereses, sino también «aspiraciones»; lo que ahora, con esta interpretación del 2013, parece redimensionarse y empequeñecerse, ya que las «aspiraciones» deben ser conformes al derecho internacional. Aunque el Gobierno le ha dado una grandísima importancia a una frase o expresión que puede parecer una fórmula retórica, esta matización puede ser útil en un futuro para impedir desarrollos o derivaciones del derecho de autodeterminación para Gibraltar, ya que hasta ahora la lectura de la ONU de la descolonización para Gibraltar, excepcionalmente, no reconoce a este territorio el derecho de autodeterminarse.” (“Gibraltar, su estatuto internacional y europeo, y la incidencia de la crisis de 2013-2014”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 48, 2014, pp., 32-33).

En definitiva, la posición de Naciones Unidas permanece invariable. Las sesiones de los citados órganos son aprovechadas por España y el Reino Unido para insistir en sus planteamientos y —en su caso— para hacer públicas las novedades, ya sean compartidas (el difunto Foro Tripartito) o unilaterales (la propuesta de cosoberanía). Pero la postura de la Organización no cambia: la descolonización del territorio no está conectada con el principio de libre determinación sino con las negociaciones entre los dos Estados<sup>4</sup>.

Por consiguiente, el intento de conectar el caso de Gibraltar con el contexto general de la descolonización para beneficiarse de la aplicación del citado principio que subyace en las posiciones del Reino Unido y de Gibraltar, no ha encontrado acogida hasta el presente en Naciones Unidas. Ni la invocada “cuarta opción” ni lo que presentan como una “relación moderna y madura” son aceptadas por la Organización como solución para este supuesto concreto, que sigue siendo enfocado como una situación específica cuya superación pasa por las negociaciones entre España y el Reino Unido. Los Seminarios Regionales que viene celebrando todos los años el Comité de los 24 alternativamente en el Caribe y en el Pacífico en relación con el segundo y tercer decenio para la eliminación del colonialismo confirman esta posición, como se ha vuelto a poner de relieve en el celebrado en Managua en 2016<sup>5</sup>, tras rechazar una invitación del Ministro Principal Picardo para celebrarlo en Gibraltar<sup>6</sup>.

## **II.—LOS ECOS DEL BREXIT LLEGAN A NACIONES UNIDAS: LA NUEVA PROPUESTA ESPAÑOLA DE SOBERANÍA CONJUNTA**

Así las cosas, la tradicional sesión de octubre de la IV Comisión de la Asamblea General sobre la cuestión de Gibraltar celebrada en 2016 ha sido aprovechada por España para plantear públicamente su nueva propuesta de soberanía conjunta. Al presentarla ante la IV Comisión, el representante de España destacó las ventajas de esta solución para poner fin a la controversia y conjurar las con-

---

<sup>4</sup> Un análisis más detallado sobre el tema puede verse en mis trabajos “Gibraltar and Decolonization Law”, *Britain, Spain and the Treaty of Utrecht (1713-2013)*, TREVOR J. D. y J.H. ELLIOT, J. H. (eds.), Legenda, 2014, pp. 95-106 y “Gibraltar y el Derecho de la Descolonización”, *Cuadernos de Gibraltar-Gibraltar Reports*, nº 1, 2015, pp. 69-82.

<sup>5</sup> En él, los miembros participantes del Comité Especial Asamblea General “Recordaron la necesidad de poner en práctica el llamamiento formulado por las Naciones Unidas a España y al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a celebrar conversaciones sobre la cuestión de Gibraltar con el fin de llegar, en el espíritu del Acuerdo de Bruselas de 1984 y atendiendo a los intereses de la población de Gibraltar, a una solución negociada y definitiva de la controversia a la luz de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General y los principios aplicables y de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” (Informe del Comité Especial encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales sobre la labor realizada en 2016, A/71/23, p. 140). El Seminario tuvo lugar del 31 de mayo al 2 de junio.

<sup>6</sup> En su carta de respuesta, el Presidente del Comité Especial señaló que “dada la disputa territorial que gira en torno a la “cuestión de Gibraltar” y la necesidad del Comité de mantener su neutralidad con todas las partes implicadas, el Comité Especial se ve obligado a rechazar su invitación” (SC24/3/16).

secuencias del *Brexit* sobre Gibraltar<sup>7</sup>. En su intervención efectuada el mismo día, el Ministro Principal rechazó tajantemente la oferta<sup>8</sup>, mientras que el representante del Reino Unido se limitó a reiterar sus compromisos con Gibraltar, asegurando que se mantienen tras la decisión de abandonar la UE<sup>9</sup>.

Al final, el proyecto de decisión aprobado por consenso contiene dos párrafos novedosos. De un lado, el texto “toma nota... de la presentación por parte de España de una propuesta de soberanía conjunta”, de otro, toma nota también “de la posición del Reino Unido sobre esta cuestión, es decir, el compromiso de nunca suscribir acuerdos según los cuales la población de Gibraltar quede bajo la soberanía de otro Estado en contra de sus deseos expresados de forma democrática y libre, ni de participar en un proceso de negociaciones de soberanía con el que Gibraltar no esté conforme”<sup>10</sup>. El 6 de diciembre de 2016, la Asamblea General aprobó el proyecto sin votación mediante la Decisión 71/521. Como resalta J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES,

“It should be pointed out that in legal terms there is a considerable difference between the first paragraph, in which the Governments of the two States are “urged” to reach a final negotiated solution, and paragraphs two and three, in which the General Assembly merely “takes note” of the respective positions on shared sovereignty (Spain) and on taking into account the wishes of the people of Gibraltar (United Kingdom). In other words, the United Nations mandate remains limited to the requirement that Spain and the United Kingdom reach “a final settlement of the question of Gibraltar in the light of the relevant General Assembly resolutions and applicable principles, and in accordance with the spirit of the Charter of the United Nations”. And to (re)commence these negotiations, Spain has in good faith put forward a concrete proposal on which to negotiate.”<sup>11</sup>

En paralelo, la III Comisión también ha sido escenario de la propuesta española. Con ocasión de la adopción del proyecto de resolución sobre la Realización universal del derecho de los pueblos a la libre determinación, España se refirió a la singularidad jurídica de la situación de Gibraltar, de la manera siguiente:

“no en todos los casos de los territorios sometidos a descolonización se produce una situación en la que quedan cercenados los derechos de la población del territorio.

---

<sup>7</sup> Véase la intervención del representante de España en el acta resumida de la tercera sesión de la Cuarta Comisión, celebrada el 4 octubre 2016, A/C.4/71/SR.3, pp. 2-3 y el análisis de la propuesta en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Brexit and Gibraltar: the Spanish proposal for joint sovereignty”, *SYBIL*, 2016, pp. 305-320; también, ORTEGA CARCELÉN, M., “La propuesta de cosoberanía para Gibraltar: beneficios para todos”, *ARI* 33/2017, 12 de abril de 2017.

<sup>8</sup> Su intervención puede verse en el documento citado en la nota anterior, p. 13; el texto íntegro de la misma se encuentra en [http://www.infogibraltar.com/info\\_gibraltar/blog/comunicado-discurso-del-ministro-principal-en-la-4%C2%AA-comisi%C3%B3n-de-la-onu](http://www.infogibraltar.com/info_gibraltar/blog/comunicado-discurso-del-ministro-principal-en-la-4%C2%AA-comisi%C3%B3n-de-la-onu)

<sup>9</sup> Véase A/C.4/71/SR.3 cit., p. 17.

<sup>10</sup> El proyecto de Decisión se encuentra en A/C.4/71/L.17. Pese a ello, el Ministro Principal de Gibraltar considera que “no cambia nada” ([http://www.infogibraltar.com/info\\_gibraltar/blog/c629-la-decisi%C3%B3n-de-consenso-anual-adaptada-en-la-onu-no-cambia-en-modo-ninguno-la-soberan%C3%ADa](http://www.infogibraltar.com/info_gibraltar/blog/c629-la-decisi%C3%B3n-de-consenso-anual-adaptada-en-la-onu-no-cambia-en-modo-ninguno-la-soberan%C3%ADa)).

<sup>11</sup> *Op. cit.*, pp. 315-316.

España desea poner de manifiesto que estamos asistiendo a situaciones en las que la potencia administradora y las autoridades del territorio por ella colonizado adaptan, a gusto de amabas, su relación política y pretenden que ya no existe un vínculo colonial, al tiempo que reivindican la pervivencia de un hipotético derecho de libre determinación.

Semejante pretensión supone una tergiversación interesada de los postulados de la Carta de las Naciones Unidas, de las resoluciones de referencia en materia de descolonización y de los Convenios que se citan en la resolución que acabamos de aprobar.

España desea reiterar que, en el caso de Gibraltar, la población originaria fue obligada a abandonar el territorio y que los actuales habitantes descienden de los que, en diferentes momentos y según su conveniencia, fueron llevados por el ocupante en apoyo de su guarnición militar. En semejantes circunstancias, España niega la existencia de un derecho de libre determinación amparado por el Derecho internacional, posición ésta que ha sido respaldada por la resolución 2353 (XXII) de la AGNU de 19 de diciembre de 1967.

Esta Organización ha considerado que la situación colonial de Gibraltar afecta a la unidad e integridad territorial de mi país, razón por la que llevamos décadas pidiendo una solución dialogada. A este respecto, querría destacar la reciente propuesta presentada por España ante la IV Comisión para negociar un régimen de soberanía compartida sobre Gibraltar entre el Reino Unido y España...<sup>12</sup>

El representante español terminó reiterando la invitación al Reino Unido para negociar. Mediante carta de fecha 19 de diciembre de 2016, el Reino Unido ejerció el derecho a contestar. En esta ocasión, expresó su posición de forma más detallada a como lo hizo oralmente en la IV Comisión; en efecto, no solo repitió la postura clásica de su Estado:

“El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte recuerda su soberanía sobre Gibraltar y las aguas territoriales que lo rodean y reitera que Gibraltar, como territorio separado reconocido por las Naciones Unidas e incluido desde 1946 en su lista de Territorios No Autónomos, goza de los derechos que se le reconocen en la Carta de las Naciones Unidas. El Reino Unido también recuerda que el pueblo de Gibraltar tiene derecho a la libre determinación. La Constitución de Gibraltar de 2006, que fue respaldada en un referendo por el pueblo de Gibraltar, establece una relación moderna y madura entre Gibraltar y el Reino Unido.

El Gobierno del Reino Unido reitera su compromiso de larga data con el pueblo de Gibraltar de no concertar ningún acuerdo que suponga el paso del pueblo de

---

<sup>12</sup> Intervención del representante de España realizada el 22 de noviembre de 2016. Más recientemente, la propuesta ha sido invocada por los representantes de España en el Seminario Regional sobre Descolonización celebrado en San Vicente y las Granadinas del 16 al 18 de mayo de 2017 y en el Comité Especial de Descolonización en la sesión celebrada el 12 de junio de 2017 (el texto íntegro de las intervenciones está disponible en <<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Actualidad/Documents/007.171%20Anejo%201.%20Intervenci%C3%B3n%20Seminario%20Descolonizaci%C3%B3n%202017.pdf>> y <[http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Dis-cursos/Documents/20170613b\\_INTERVENCION.PDF](http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Dis-cursos/Documents/20170613b_INTERVENCION.PDF)>).

Gibraltar, en contra de sus deseos expresados libre y democráticamente, a la soberanía de ningún otro Estado. También confirma que no participará en negociaciones sobre soberanía con las que Gibraltar no esté de acuerdo.”

sino que también la extendió al *Brexit* e indirectamente a la propuesta de cosoberanía:

“Gibraltar es un territorio al que se aplican en gran medida los tratados de la Unión Europea. Por tanto, el Gobierno del Reino Unido tiene la determinación de contar con la plena participación del Gobierno de Su Majestad de Gibraltar en la preparación del proceso de salida de la Unión Europea. Por lo demás, el voto del Reino Unido de abandonar la Unión Europea no altera su firme compromiso de respetar los deseos de Gibraltar en materia de soberanía. Como ya se ha dicho, el Reino Unido no concertará ningún acuerdo que suponga el paso del pueblo de Gibraltar, contra sus deseos expresados libre y democráticamente, a la soberanía de otro Estado. Tampoco participará en negociaciones sobre soberanía con las que Gibraltar no esté de acuerdo.”<sup>13</sup>

A las novedades en Naciones Unidas hay que añadir el dato de que la XXV Cumbre Iberoamericana celebrada en Cartagena de Indias los días 28 y 29 de octubre de 2016 aprobó un Comunicado especial sobre la cuestión de Gibraltar en el que “Las Jefas y los Jefes de Estado y de Gobierno de los países iberoamericanos... Reafirman la necesidad de poner fin a una situación colonial” y “Toman nota de la propuesta presentada por España en su intervención del pasado 4 de octubre en la sesión de la IV Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas”<sup>14</sup>. Conviene resaltar que es la primera vez que una Cumbre Iberoamericana adopta un texto sobre la cuestión, siendo por el contrario habitual en el caso de las Islas Malvinas.

### III.—LA PROPUESTA ESPAÑOLA A LA LUZ DEL DERECHO DE LA DESCOLONIZACIÓN

La nueva propuesta detalla aspectos relevantes del estatuto que ofrece, si bien no concreta el ámbito temporal de la soberanía conjunta ni alude a las bases militares, lo que es comprensible dado que para el Reino Unido se trata seguramente de las dimensiones más sensibles y no hubiera sido oportuno abordarlas en el momento inicial de planteamiento. Estamos ante una base de negociación cuyo valor añadido deriva del cambio fundamental en las circunstancias que supone el *Brexit*, acontecimiento obviamente inexistente cuando se celebró el referéndum de 2002, lo que debilita la invocación de éste como argumento decisivo para desestimar la oferta<sup>15</sup>, la cual puede ser una solución para las seguras dificultades

<sup>13</sup> A/71/696.

<sup>14</sup> Véase el Comunicado en <http://segib.org/documento/comunicado-especial-sobre-la-cuestion-de-gibraltar-colombia-2016/>

<sup>15</sup> En su intervención ante la IV Comisión, F. Picardo ya dijo: “En 2002, el 98% de los gibraltareños rechazó en un referéndum libre y justo la oferta de cosoberanía que se ha vuelto a plantear aquí hoy” (texto citado en nota 8). A. del VALLE GÁLVEZ también comparte que “la fórmula cosoberana está

en las que se va a encontrar la población de Gibraltar tras el *Brexit*. Como tal base de negociación, debería ser valorada de buena fe por el Reino Unido, en cumplimiento de las Decisiones de la Asamblea General.

Por otra parte, el enfoque consolidado por Naciones Unidas conforme al cual no existe un pueblo que ostente un derecho de libre determinación priva de base jurídica tanto a los intentos del Reino Unido de establecer como condición vinculante un referéndum organizado por la potencia administradora, como intentó en 1967, como a los del gobierno gibraltareño de atribuir tal condición a un referéndum convocado por él mismo, como hizo en noviembre de 2002 y también al llevado a cabo en 2006. Ninguna de estas pretensiones son válidas a la luz del derecho internacional de la descolonización en el caso de Gibraltar.

Es cierto que los dos Estados han de alcanzar una solución “escuchando los intereses y las aspiraciones de Gibraltar”. También lo es que desde la perspectiva del derecho de libre determinación interna, que afecta a las relaciones de la población con el poder constituido en el Estado al que está vinculada, hay que tener presente el compromiso asumido por el Reino Unido en el Preámbulo de la Constitución de Gibraltar de 1969 y reiterado en el de la de 2006, y expresado periódicamente por el gobierno británico conforme al cual el Reino Unido nunca llegará a acuerdos por los que Gibraltar pase a la soberanía de otro Estado contra sus deseos, compromiso recogido ahora en la Decisión 71/521 de la Asamblea General. El derecho a la democracia consagrado en los Pactos de derechos humanos de 1966 avala que el gobierno británico tenga en cuenta la opinión de los afectados.

Conviene no obstante aclarar tres extremos. El primero, que en todo caso la voluntad de los gibraltareños no es vinculante para el Reino Unido porque al ser la libre determinación interna un derecho que ostentan el conjunto de pueblos y grupos que viven en un Estado, el gobierno de éste ha de tener en cuenta los intereses generales globales. El segundo, que el reconocimiento de este nivel de participación a la población gibraltareña que se deriva del aspecto interno de la libre determinación se hace exclusivamente a efectos domésticos o nacionales<sup>16</sup>. Dicho de otra forma, que permanecen intactas las obligaciones del Reino Unido de proceder a la descolonización de Gibraltar siguiendo lo prescrito en las resoluciones de las Naciones Unidas y por tanto debe negociar de buena fe para alcanzar una solución que tenga en cuenta el principio de integridad territorial, sin que en el ámbito internacional pueda esgrimir la oposición interna de la población de Gibraltar. En ese sentido, la parte del compromiso en el que se asegura también que el Reino Unido no entrará en un proceso de negociaciones

---

en principio desacreditada o cuestionada tras el referendo gibraltareño de 2002” (“Gibraltar, “año cero”: *Brexit*, soberanía y nuevas oportunidades para España”, *ARI* 75/2016, 20 de octubre de 2016, p. 12).

<sup>16</sup> Como ha precisado P. THORNBERRY, el ámbito de la libre determinación interna «should concern the relationship between a people and ‘its own’ State or government» («The Democratic or Internal Aspect of Self-Determination», *Modern Law of Self-Determination*, (Ch. Tomuschat ed.), Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 101).

con las que Gibraltar no esté de acuerdo no puede primar sobre las obligaciones internacionales de este Estado. El tercero, que el titular del derecho de libre determinación interna es el conjunto de personas que viven en un Estado soberano, por lo que cabe entender que el derecho de participar en la decisión mediante la expresión de su voluntad no incumbe en exclusiva a la población gibraltareña sino al conjunto de los ciudadanos del Reino Unido.

En definitiva, el derecho de libre determinación interna interfiere en la solución del contencioso de Gibraltar pero lo hace sólo en el sentido de obligar al gobierno británico en su ámbito doméstico de actuación, sin que esta interferencia se proyecte en el ámbito internacional ni afecte a los derechos de España. Así las cosas, la manera más adecuada de combinar todas estas exigencias pasa por la búsqueda entre los dos Estados de una fórmula imaginativa que por tener en cuenta los intereses de los gibraltareños estimule a éstos a aceptarla. Incumbe al Reino Unido poner su mejor diligencia para alcanzar este objetivo y a España colaborar para conseguirlo, como lo está haciendo con la nueva propuesta presentada.

#### **IV.—GIBRALTAR EN LA UNIÓN EUROPEA: UN TERRITORIO NO AUTÓNOMO QUE ES OBJETO DE UNA CONTROVERSIJA BILATERAL**

Como es sabido, su incorporación a las entonces Comunidades Europeas tuvo como base los artículos de los Tratados que preveían esa posibilidad para los “territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro”<sup>17</sup>, disposiciones cuya razón de ser no está clara<sup>18</sup> pero que en todo caso facilitaron el establecimiento de un estatuto singularizado en un momento histórico en el que España estaba ausente del proceso de integración. Con posterioridad, en el momento de la incorporación de nuestro país, en un Canje de Notas entre España y el Reino Unido en relación con la firma y posterior ratificación del Tratado relativo a la Adhesión de España a las Comunidades Europeas, hecho en Madrid el 13 de junio de 1985, ambas partes hicieron constar que la adhesión no implicaba

<sup>17</sup> Artículos 79 TCECA, 227.4 TCEE (actual art. 355.3 TFUE) y 198 TCEEA.

<sup>18</sup> Véase ANTÓN GUARDIOLA, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 119-120, especialmente las opiniones recogidas en la nota 3, en la que se cita a autores que aluden al caso del Sarre como explicación del art. 79 TCECA y el mantenimiento de la cláusula por un posible mimetismo en los Tratados de 1957; por su parte, Sir C. O’NEILL apunta que “this rather odd provision... was in fact included almost by error. During the drafting of the Treaty Italy had a problem arising from the then status of Trieste; by the time the Treaty was signed in March 1957 the problem had vanished” (*Britain’s Entry into the European Community: Report on the Negotiations of 1970-1972* (Sir D. Hannay ed.), Routledge, 2000, p. 224); en cambio, C. IZQUIERDO SANS, refiriéndose concretamente al art. 227. 4 TCEE afirma que “La previsión de futuras adhesiones de Estados con territorios dependientes aconsejaba su permanencia”, de forma que “El Reino Unido se encontró, por tanto, establecida la vía por la cual Gibraltar iba a incorporarse a las Comunidades Europeas” (*Gibraltar en la Unión Europea*, Tecnos, UAM, Madrid, 1996, p. 127). En sus Conclusiones en el asunto C-591/15, presentadas el 19 de enero de 2017, el Abogado General M. Szpunar se refiere también al origen de los citados artículos, vinculando el art. 79 TCECA con el caso del Sarre (*The Gibraltar Betting and Gaming Association*, apartado 26, ECLI:EU:C:2017:32).

ninguna modificación en su posición con respecto a Gibraltar y no afectaba al proceso negociador<sup>19</sup>. Más recientemente, otra declaración anexa al Acta Final de la CIG que adoptó el Tratado de Lisboa reiteró que “Los Tratados se aplicarán a Gibraltar como territorio europeo cuyas relaciones exteriores asume un Estado miembro. Ello no supone modificación alguna de las respectivas posiciones de los Estados miembros de que se trata”<sup>20</sup>.

Sobre esta base, en el ámbito de la Unión Europea la condición de territorio no autónomo de Gibraltar y el carácter bilateral de la controversia han sido reconocidos en diversas ocasiones. Destacan en particular las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Barcelona el 15 y 16 de marzo de 2002, en las que en relación con las negociaciones de cosoberanía que se venían desarrollando por entonces se afirma que “El Consejo Europeo recibe con satisfacción la decisión del Reino Unido y de España de relanzar el Proceso de Bruselas sobre Gibraltar, establecido en noviembre de 1984; subraya el apoyo de la Unión Europea al compromiso de ambos Gobiernos de superar sus diferencias sobre Gibraltar y de concluir un acuerdo global antes del verano”<sup>21</sup>. También sobresale la Resolución del Parlamento Europeo sobre los resultados del citado Consejo Europeo, de 20 de marzo de 2002, en la que esta institución “Se congratula del relanzamiento del proceso de Bruselas de 1984 sobre Gibraltar; apoya las tentativas de los Gobiernos del Reino Unido y de España por alcanzar un acuerdo...”<sup>22</sup>.

Por lo que atañe al derecho derivado, las normas relativas al transporte aéreo y la creación del cielo único europeo han venido haciéndose eco de esta bilateralidad mediante la suspensión de su aplicación al aeropuerto de Gibraltar, la cual se levantó como consecuencia de los Acuerdos de Córdoba de 2006<sup>23</sup>. A su vez, el TJ ha señalado que “el Tratado es aplicable a Gibraltar, porque es una colonia de la Corona cuyas relaciones exteriores asume el Reino Unido”<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> BOE núm. 291, de 5 de diciembre de 1985.

<sup>20</sup> Declaración nº 55 del Reino de España y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

<sup>21</sup> Apartado 56 de las Conclusiones.

<sup>22</sup> P5\_TA(2002)0137.

<sup>23</sup> Véase VALLE GÁLVEZ, A. del, “Gibraltar, su estatuto internacional y europeo, y la incidencia de la crisis de 2013-2014”, *op. cit.*, pp. 34-35. El levantamiento de la suspensión se recoge en el Reglamento (CE) 1070/2009, del PE y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, apartados 42 y 43 del Preámbulo.

<sup>24</sup> STJ de 23 de septiembre de 2003, *Comisión c. Reino Unido*, asunto C-30/01, apartado 47 (ECLI:EU:C:2003:489), lo que reitera en la STJ de 21 de julio de 2005, *Comisión c. Reino Unido*, asunto C-349/03, apartado 41 (ECLI:EU:C:2005:488). También ha dicho que “Gibraltar es actualmente una colonia de la Corona británica. No forma parte del Reino Unido” (STJ de 12 de septiembre de 2006, *España c. Reino Unido*, asunto 145/04, apartado 15 (ECLI:EU:C:2006:543)). Esta jurisprudencia lleva al Abogado General M Szpunar a afirmar que “el Tribunal de Justicia ya ha dejado constancia del hecho de que Gibraltar no forma parte realmente del Reino Unido” (Conclusiones presentadas el 19 de enero de 2017 en el asunto *The Gibraltar Betting and Gaming Association*, citado en nota 18. En su comparecencia ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo el 30 de enero de 2017, al referirse al estatuto de Gibraltar en la UE el Ministro Principal de Gibraltar citó una frase de estas Conclusiones del Abogado General en la que dice que “El Reino Unido y Gibraltar deben ser tomados en consideración como un único Estado miembro”, silenciando la significativa frase anterior y silenciando también que la

Este enfoque se acaba de proyectar sobre las orientaciones para las negociaciones del *Brexit* aprobadas por el Consejo Europeo Extraordinario del 29 de abril de 2017, cuyo apartado 24 establece:

“Una vez que el Reino Unido haya abandonado la Unión, ningún acuerdo entre la UE y el Reino Unido podrá aplicarse al territorio de Gibraltar sin acuerdo entre el Reino de España y el Reino Unido.”<sup>25</sup>

La inclusión de este párrafo se ha saludado como un triunfo diplomático de España, lo que es cierto porque ataja cualquier intento británico de beneficiar a Gibraltar soslayando la existencia de la controversia de soberanía<sup>26</sup> pero también es verdad que resulta la consecuencia coherente del constante reconocimiento de la situación colonial y la disputa bilateral efectuado por los dos Estados implicados y aceptado por los demás Estados miembros<sup>27</sup>.

---

segunda afirmación de M. Szpunar es a los fines del art. 56 TFUE y la libre prestación de servicios, que es lo que se plantea en ese asunto. El discurso de F. Picardo puede verse en: <https://www.gibraltar.gov.gi/new/sites/default/files/press/2017/Topical%20Speeches/20170130%20CM%20Speaking%20Note%20-%20EU%20Parliament%20Constitutional%20Affairs%20Committee.pdf>. La referencia a las Conclusiones del Abogado General está en la p. 3). En su Sentencia de 12 de junio de 2017, el TJ afirma que “por lo que se refiere al estatuto de Gibraltar en el Derecho internacional, consta que Gibraltar figura en la lista de los territorios no autónomos en el sentido del artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas” y que la interpretación de que la prestación de servicios por operadores establecidos en Gibraltar a personas establecidas en el Reino Unido constituye, a efectos del Derecho de la Unión, una situación en la que todos los elementos se circunscriben al interior de un único Estado miembro mantenida tanto por el Abogado General como por el propio Tribunal “no afecta de ningún modo al estatuto del territorio de Gibraltar en virtud del Derecho internacional” y “no puede entenderse, por tanto, en el sentido de que vulnera el estatuto distinto y separado de Gibraltar” (asunto C-591/15, ECLI:EU:C:2017:449, apartados 52 y 54).

<sup>25</sup> Orientaciones consecutivas a la notificación del Reino Unido en virtud del artículo 50 del TUE, EUCO XT 20004/17, p. 9.

<sup>26</sup> En su comparecencia realizada el 13 de diciembre de 2016 ante el *Select Committee on the European Union* de la Cámara de los Lores, el Ministro Principal de Gibraltar había pronosticado que en los contactos mantenidos con los demás Estados miembros había percibido que “the attempt by Spain to use this moment for joint sovereignty purposes has been deprecated by most that we have come across” (la transcripción de la comparecencia se encuentra disponible en <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/european-union-committee/brexit-gibraltar/oral/44694.pdf>, la frase entrecomillada se encuentra en las pp. 22-23); así, en el posterior Informe sobre Gibraltar realizado por la Cámara de los Lores se recoge que “the Chief Minister did not think that other Member States would look positively on attempts to conflate the sovereignty dispute with the Brexit process” (House of Lords, European Union Committee, 13th Report of Session 2016-17, *Brexit: Gibraltar*, HL Paper 116, 1 de marzo de 2017, p. 21, apartado 81). Sin embargo, en la comparecencia escrita complementaria presentada por el Gobierno de Gibraltar el 10 de enero de 2017 tras la realizada oralmente por F. Picardo ya se advierte del riesgo de que España exija que el estatuto futuro de Gibraltar se decida bilateralmente, por lo que “We will therefore need to be very vigilant that the Guidelines do not contain anything that excludes Gibraltar from the negotiations” (Supplementary written evidence from the Government of Gibraltar, GLT0001, p. 12, disponible en <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/european-union-committee/brexit-gibraltar/written/45032.html>).

<sup>27</sup> M. ORTEGA CARCELÉN señala que el tema “deberá ser tratado de manera bilateral entre España y el Reino Unido, como han reconocido las instituciones europeas. Esta fórmula es inevitable porque Gibraltar no constituye territorio británico, sino una cesión territorial de España, y porque el Reino Unido sigue ostentando las relaciones exteriores de la colonia.” (“La propuesta de cosoberanía para Gibraltar: beneficios para todos”, *op. cit.*, p. 2).

## V.—LA INSOSLAYABLE INCIDENCIA DE LA SITUACIÓN COLONIAL SOBRE LA FUTURA RELACIÓN DE GIBRALTAR CON LA UNIÓN EUROPEA

Cualquier valoración objetiva de las futuras relaciones de Gibraltar con la Unión Europea debe partir de la premisa de que se trata de un territorio no autónomo que jurídicamente no forma parte del Reino Unido, que es el Estado que invoca el derecho a retirarse de la Unión así como de que es una situación colonial regida por el derecho internacional y en particular por las decisiones de Naciones Unidas. En este sentido, algunas de las fórmulas manejadas por el gobierno de Gibraltar chocan con el hecho de que, tal como reconoce el propio Reino Unido<sup>28</sup>, la vigencia del art. X del Tratado de Utrecht impide la independencia de Gibraltar sin el consentimiento de España. Es el caso de la propuesta de ser tratado como un microestado avanzada por el Ministro Principal Fabián Picardo:

“if the United Kingdom does not conclude an agreement with the European Union that provides for access to the single market, we may seek that the United Kingdom’s negotiation includes a facet that allows Gibraltar to have a microstate-style relationship with the EU. The EU has been trying to regularise the relationships it has with San Marino, Monaco and Andorra —the microstates within the territorial ambit of the continent of Europe— and it may make sense to focus some of what Gibraltar does in the context of those agreements”<sup>29</sup>.

Partiendo de la obviedad de que no es lo mismo ser un microestado que un micro-territorio colonial, una Comunicación reciente de la Comisión Europea sobre las relaciones con esos tres Estados contiene elementos interesantes<sup>30</sup>. Así, recuerda que tales relaciones se basan en el art. 8 TUE, lo que presupone la estatalidad<sup>31</sup> y en cuanto a las posibles opciones para una mayor integración en el mercado interior, la Comisión no se muestra partidaria de enfoques sectoriales por entender que “si cada pequeño país optara por el acceso al mercado en diferentes sectores, se llegaría a distintos arreglos para cada país, lo que daría lugar a una serie incoherente de acuerdos inconexos que sería difícil gestionar. La experiencia de la UE en sus relaciones con otros socios importantes ha demostrado que entre las desventajas del enfoque sectorial se hallan la complejidad ingestionable y la inse-

---

<sup>28</sup> En efecto, el propio Gobierno británico sostiene que la independencia solo sería una opción previo consentimiento de España. Así se expresó, por ejemplo, el representante del Reino Unido ante la IV Comisión en octubre de 2012 (A/C.4/67/SR.3, p. 10).

<sup>29</sup> Así lo afirmó en la comparecencia realizada el 13 de diciembre de 2016 ante el *Select Committee on the European Union* de la Cámara de los Lores, disponible en <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/european-union-committee/brexit-gibraltar/oral/44694.pdf> (el párrafo citado se encuentra en la p. 15).

<sup>30</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Relaciones de la UE con el Principado de Andorra, el Principado de Mónaco y la República de San Marino. Opciones para una mayor integración con la UE, COM (2012) 680 final/2, Bruselas, 11.1.2013.

<sup>31</sup> La Comisión señala expresamente que todos ellos son miembros de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la OSCE (*doc. cit.*, p. 5).

guridad jurídica<sup>32</sup>; por ello, señala como opciones preferidas la celebración de un acuerdo marco de asociación o la integración en el Espacio Económico Europeo<sup>33</sup>, fórmulas ambas que requieren estar en posesión de la condición de Estado, lo que Gibraltar no cumple. Es relevante señalar que tras esta Comunicación, el Consejo seleccionó precisamente estas dos opciones como las más viables<sup>34</sup>.

En esta dirección, el Informe sobre Gibraltar elaborado por la Cámara de los Lores reconoce que “a microstate-style status would need the agreement of the EU institutions and the other 27 Member States. It is not clear that the EU would prioritise special arrangements for a dependent territory of a State which is leaving, not joining, the EU”<sup>35</sup>.

Los impedimentos derivados del art. X del Tratado de Utrecht se proyectarían también sobre presuntos acuerdos con el gobierno y el parlamento escocés para permanecer conjuntamente en la Unión Europea; en particular, afectarían a cualquier intento de cambio de jurisdicción con la finalidad de vincularse exclusivamente a Escocia<sup>36</sup>, con la esperanza de que esta entidad consiga mantenerse dentro de la Unión<sup>37</sup>. Y ni que decir tiene que la característica colonial es uno de los elementos que distancian el caso de Gibraltar del de Groenlandia, también invocado por el Ministro Principal como posible modelo<sup>38</sup>.

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>34</sup> Conclusiones del Consejo sobre las relaciones de la UE con el Principado de Andorra, el Principado de Mónaco y la República de San Marino, de 20.12.2012, adoptadas en la 3213ª reunión del Consejo de Transporte, Telecomunicaciones y Energía. En un Informe posterior solicitado por el Consejo, la Comisión se inclina por la celebración de uno o varios acuerdos de asociación, advirtiendo al respecto que “La posición inicial de la Comisión es que un único acuerdo de asociación multilateral entre la UE y los tres países de pequeña extensión territorial probablemente sería preferible a tres acuerdos independientes, ya que este último escenario podría acabar generando una complejidad y una diferenciación innecesarias” (*Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Relaciones de la UE con el Principado de Andorra, el Principado de Mónaco y la República de San Marino. Opciones para su participación en el mercado interior*, COM (2013) 793 final/2, Bruselas, 31.3.2014. La cita está en la p. 5).

<sup>35</sup> House of Lords, European Union Committee, 13th Report of Session 2016-17, *Brexit: Gibraltar*, cit., p. 26, apartado 112.

<sup>36</sup> En su Declaración ante el Parlamento de Gibraltar tras el referéndum británico, el 29 de junio de 2016, el Ministro Principal se refirió a los contactos iniciados con las autoridades escocesas (el texto de la Declaración puede verse en [http://www.infogibraltar.com/info\\_gibraltar/blog/c-declaraci%C3%B3n-del-ministro-principal-de-gibraltar-al-parlamento-su-vuelta-de-londres-tras-las](http://www.infogibraltar.com/info_gibraltar/blog/c-declaraci%C3%B3n-del-ministro-principal-de-gibraltar-al-parlamento-su-vuelta-de-londres-tras-las)). Sobre estas pretensiones ya se ha señalado que “this raises difficult constitutional and legal problems in domestic and international law” (House of Commons, *Effect of the EU Referendum on Gibraltar*, N. Walker, T. Robinson compiladores, Debate Pack, CDP-0147, 18 de Julio de 2016, p. 2, disponible en <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CDP-2016-0147>).

<sup>37</sup> Esperanza que es vana, porque como bien ha advertido A. Mangas Martín, “Escocia solo podrá solicitar el ingreso en la Unión, y acercarse a ésta y a sus Estados miembros con ese fin, cuando haya consumado un largo proceso. Primero, tiene que dejar de ser miembro de la UE el propio Reino Unido y, por lo pronto, esto llevará meses o años... Hasta entonces, ni agua a Escocia” (*Sorprendente caja de Pandora británica*, El Mundo, 30 de junio de 2016).

<sup>38</sup> Mediante lo que denomina “reverse-Greenland”. Esta fórmula también fue citada por F. Picardo tanto en su ya citada Declaración ante el Parlamento de Gibraltar tras el referéndum británico como

Conviene hacer notar que esta condición distinta de Gibraltar y por tanto el hecho de que su característica de territorio no autónomo respecto del que hay una controversia bilateral de soberanía condiciona el contenido de su futuro estatuto apenas es reconocida en los planteamientos del gobierno del territorio<sup>39</sup> y tampoco está siendo ponderada en el seno de los Comités de las Cámaras de los Comunes y de los Lores que se ocupan específicamente del *Brexit*<sup>40</sup>. Lo mismo sucede con el Libro Blanco presentado por la Primera Ministra al Parlamento, que simplemente menciona a Gibraltar junto con los demás *British Overseas Territories* constatando que tiene intereses particulares y comprometiéndose —como con los demás territorios— a mantenerlo involucrado en las negociaciones<sup>41</sup>. En cualquier caso, la realidad jurídico-internacional es inocultable e incide de forma insoslayable en el diseño del futuro estatuto de Gibraltar en la Unión Europea, condicionando las fórmulas aplicables.

## VI.—LA OPORTUNIDAD DE SUPERAR UN ANACRONISMO COLONIAL

Para Gibraltar, el *Brexit* ha sido una pésima noticia. Jurídicamente no hay duda de que una vez materializada la salida del Reino Unido, España recupera la facultad reconocida por el art. X del Tratado de Utrecht de controlar e incluso de cerrar el paso por la Verja, que permanecía inaplicable tras la adhesión de España a la Unión Europea como consecuencia de la obligación de garantizar

---

en su comparecencia ante el *Select Committee on the European Union* de la Cámara de los Lores, donde afirmó: “For Gibraltar, like perhaps for Northern Ireland and –dare I say it?- some other nations in the United Kingdom, the reverse-Greenland aspect of this is to preserve certain parts of the existing acquis going forward. Geopolitically, I think that is eminently achievable for Gibraltar” (p. 17 de la transcripción de la comparecencia citada en la nota 26).

<sup>39</sup> Como excepción, cabe citar que en su Declaración ante el Parlamento de Gibraltar tras el referéndum británico, el 29 de junio de 2016, Fabián Picardo reconoció: “Gibraltar is British but it is not part of the United Kingdom, which in legal terms could be as advantageous as it might be disadvantageous for the purposes of this analysis. It is true, therefore, that there are political realities that might make difficult all aspects of our current considerations and some legal realities too” (texto disponible en [http://www.infogibraltar.com/info\\_gibraltar/blog/c-declaraci%C3%B3n-del-ministro-principal-de-gibraltar-al-parlamento-su-vuelta-de-londres-tras-las](http://www.infogibraltar.com/info_gibraltar/blog/c-declaraci%C3%B3n-del-ministro-principal-de-gibraltar-al-parlamento-su-vuelta-de-londres-tras-las)).

<sup>40</sup> Véase House of Commons, Exiting the European Union Committee, *The Government's negotiating objectives: the White Paper*, Third Report of Session 2016-17, HC 1125, 4 de abril de 2017, pp. 32-35 (disponible en [www.parliament.uk/exeucom](http://www.parliament.uk/exeucom)), donde se limita a recoger parte de la comparecencia del Ministro Principal y a saludar el reconocimiento de los intereses específicos de Gibraltar por parte del gobierno británico, animándole a mantener un alto nivel de diálogo y compromiso con el gobierno del territorio durante el proceso de negociación. Por su parte, el Informe de la Cámara de los Lores solo dedica un párrafo a enunciar que Gibraltar es un *British Overseas Territory* y a citar el Tratado de Utrecht, sin tener luego en cuenta a lo largo del documento la incidencia que este particular estatuto jurídico internacional puede tener en el establecimiento de las futuras relaciones (House of Lords, European Union Committee, 13th Report of Session 2016-17, *Brexit: Gibraltar*, cit., p. 5, apartado 3). El Capítulo 4 de este Informe, dedicado a analizar las implicaciones sobre la controversia de soberanía, también silencia esta dimensión (*op. cit.*, pp. 19-22), hasta el punto de que se llega a afirmar que “Gibraltar is part of the EU”, lo que desde la perspectiva del derecho de la descolonización es incorrecto (*op. cit.*, p. 26).

<sup>41</sup> *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*, febrero 2017, p. 20, apartados 3.9 y 3.10 (disponible en [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/589191/The\\_United\\_Kingdoms\\_exit\\_from\\_and\\_partnership\\_with\\_the\\_EU\\_Web.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/589191/The_United_Kingdoms_exit_from_and_partnership_with_the_EU_Web.pdf)).

la libre circulación de personas, servicios y capitales. A lo que cabría añadir las restricciones que España podría imponer sobre la residencia, propiedades, negocios y ejercicio profesional de los gibraltareños en España y, más en general, de las repercusiones claramente negativas para Gibraltar de la pérdida del estatuto especial que hasta ahora está en la base de su prosperidad.

El compromiso del Reino Unido con Gibraltar tendrá valor político para consumo interno pero no puede eliminar esta realidad, derivada de la situación colonial de este territorio. En este contexto, la propuesta española de soberanía conjunta abre una nueva perspectiva, ofreciendo una solución para conjurar las consecuencias del *Brexit* sobre Gibraltar, pues la economía del territorio seguiría beneficiándose del acceso al mercado interior y se mantendrían las libertades de circulación, al tiempo que se desbloquearía la aplicación de la normativa comunitaria en otros ámbitos.

La puesta en práctica de la salida del Reino Unido de la Unión Europea llevará tiempo pero acabará llegando. Entonces, la población de Gibraltar se topará con la cruda tesitura de ser un territorio no autónomo de un tercer Estado, con todos los inconvenientes y ninguna de las ventajas actuales. La aceptación de la propuesta le permitiría permanecer en la Unión Europea sin tener que renunciar a nada y con un estatuto personal privilegiado. Al mismo tiempo, España y el Reino Unido superarían una situación colonial anacrónica, cumpliéndose así el inalterado mandato de Naciones Unidas.

# LA PROPUESTA ESPAÑOLA DE COSOBERANÍA SOBRE GIBRALTAR (2016) EN EL CONTEXTO DEL *BREXIT*

**CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA**

*Catedrático de Derecho Internacional Público  
Universidad de Murcia*

**SUMARIO:** I.—La propuesta española de 2016 se formula, sin duda, al calor del *Brexit*. II.—Y, sin embargo, no se trata de una propuesta nueva. III.—Que *per se* y dada la posición de todas las partes no parece capaz de desbloquear las cosas. IV.—El Proyecto de Orientaciones del Consejo Europeo para la negociación del *Brexit* y Gibraltar. V.—Las Orientaciones del Consejo Europeo, sí, en principio ayudan (...). VI.—Y, sin embargo (...). VII.—Epílogo.

## **I.—LA PROPUESTA ESPAÑOLA DE 2016 SE FORMULA, SIN DUDA, AL CALOR DEL *BREXIT***

1. Mi intervención en este Libro se enmarca en el contexto del “*Brexit* y Gibraltar; un desafío con oportunidades conjuntas”, título de la Jornada que lo ha generado.

Es más que cierto, además, que la propuesta española de soberanía conjunta sobre Gibraltar presentada por el representante de España ante la IV Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas (la Comisión de Política Especial y de Descolonización), un martes 4 de octubre de 2016, se hizo también aprovechando la salida de Gran Bretaña de la Unión Europea (“*Brexit*”). Dijo, entonces, el Sr. Oyarzun Marchesi:

“De acuerdo con los Tratados de la Unión Europea, la salida de Gran Bretaña (“*Brexit*”) implicaría también la salida de Gibraltar, lo que supondría un cambio radical de las relaciones del Territorio con España y tendría importantes consecuencias para Gibraltar, cuyo modelo económico se basa en el de la Unión Europea, y para la comarca española vecina del Campo de Gibraltar, cuya economía está estrechamente interconectada con la del Territorio, dada la gran presencia de trabajadores españoles en Gibraltar”.

Y añadió nuestro representante:

“para que las disposiciones de los tratados de la Unión Europea sigan aplicándose a Gibraltar, en una Unión Europea posterior al *Brexit*, eso solo será posible si hay una ligazón política entre Gibraltar y España (...). [Con la propuesta española] la economía gibraltareña seguiría beneficiándose del libre acceso al mercado interior de la Unión Europea y España propondría excepciones que tuviesen en cuenta las especialidades de Gibraltar y que fuesen compatibles con el Derecho de la Unión Europea. Además, se desbloquearía la legislación comunitaria que está pendiente de aplicación en campos tan importantes como justicia e interior, aviación y medio ambiente. Los gibraltareños que optasen por la doble nacionalidad continuarían gozando de todas las ventajas de ser ciudadanos de la Unión Europea”<sup>1</sup>.

También la Sra. Pedro Carreteros, en nombre de España, insistió en estas ideas<sup>2</sup>.

La conexión que España hacía entre el *Brexit* y su propuesta de cosoberanía fue interpretada sin más por el Sr. Picardo (Ministro principal de Gibraltar) como una excusa políticamente interesada por parte de nuestro país<sup>3</sup> y, vino a decir el Sr. Wilson, representante en la IV Comisión del Reino Unido, una propuesta innecesaria o no justificada<sup>4</sup>, quien no hizo por lo demás sino reafirmarse en la respuesta que el Secretario del Foreign Office, Boris Johnson, dio a la carta que nuestro Ministro de Asuntos Exteriores entonces, Sr. García-Margallo le remitió el 20 de septiembre de 2016, proponiéndole un encuentro para abordar la propuesta de cosoberanía<sup>5</sup>.

2. Comentaré en apartado II siguiente que no es inevitable conectar la propuesta de cosoberanía con el *Brexit*, y sin embargo se entiende perfectamente

---

<sup>1</sup> Acta resumida de la tercera sesión (4 de octubre de 2016), A/C.4/71/SR.3, 28 de noviembre de 2016, párrs. 1, 2 y 4 (pp. 1-17, pp. 2-3). Sobre el régimen especial que tiene Gibraltar en el seno de la Unión desde el ingreso del Reino Unido y, muy en particular, los problemas que las prácticas del Territorio han generado en relación con la fiscalidad y el contrabando (que habrá que resolver), vid. ORTEGA CARCELÉN, M.: “La propuesta de cosoberanía para Gibraltar: beneficios para todos”, Real Instituto Elcano, *ARI* 33/2017, 11 de abril de 2017, pp. 1-9 (pp. 6-8).

<sup>2</sup> A/C.4/71/SR.3, párr. 102 (p. 17).

<sup>3</sup> “Sin embargo, desafortunadamente, el Gobierno de España parece disfrutar con la perspectiva de tomar el control de Gibraltar contra su voluntad, y está intentando utilizar el proceso de descolonización de las Naciones Unidas y el *Brexit* en su favor” (A/C.4/71/SR.3, párr. 76, p. 13).

<sup>4</sup> “Como Gibraltar es un Territorio al que se le aplican en gran medida los tratados de la Unión Europea, el Gobierno del Reino Unido se compromete a hacer plenamente partícipe al Gobierno de Gibraltar cuando prepare el proceso de salida de la Unión Europea” (A/C.4/71/SR.3, párr. 100, p. 17).

<sup>5</sup> “Reino Unido rechaza la propuesta española de cosoberanía para Gibraltar”, 5/10/2016, pp. 1-4 (p. 3), <http://www.europapress.es> (consulta de 20 de febrero de 2017).

que nuestro país haya aprovechado la coyuntura para intentar, apoyado en ella, impulsar el inicio del desenlace de este asunto.

Al ligar su propuesta con el *Brexit*, España deja claro que no está dispuesta sin lucha, porque sería pecado, a que algunos interesados caigan en la tentación. La *tentación* de que, en su *Brexit*, el Reino Unido negocie un estatuto para Gibraltar en el seno de la Unión Europea (con vínculos con ella mayores incluso que los del propio Reino Unido). Y sería *pecado* que el Reino Unido negociase bilateralmente (con la Unión) para conectar Gibraltar con ella (tras su salida), al margen de España; el estatuto de Gibraltar en el Mundo no puede ser decidido unilateralmente por la potencia colonial, sencillamente porque de hacerlo así se saltaría de un plumazo la práctica consolidada de Naciones Unidas sobre el Territorio (también *infra* párr. 16). Si el Reino Unido sale de la Unión y el acuerdo final no contempla ninguna conexión de Gibraltar con ésta (lo que no debería), la obligación española de “garantizar la apertura constante de la comunicación terrestre y la consiguiente libertad de circulación, residencia y derecho a trabajar de los nacionales de los Estados miembros” terminaría (...) <sup>6</sup>.

Para evitar que se caiga en la tentación a la que aludía España se ha movido en, digamos, tres frentes: uno, presionando en el seno de la Unión Europea para que el tema de Gibraltar quede fuera de las negociaciones sobre el *Brexit* y se enmarque en la relación estrictamente bilateral hispano-británica (lo que de momento parece haber conseguido: *infra* párr. 17); dos, ha formulado al Reino Unido su propuesta de cosoberanía; y tres, se ha movilizado internacionalmente y, por primera vez y con éxito, ha pedido apoyo a la Comunidad Iberoamericana <sup>7</sup>.

## II.—Y, SIN EMBARGO, NO SE TRATA DE UNA PROPUESTA NUEVA.

3. La figura de una eventual cosoberanía hispano-británica sobre Gibraltar no está necesaria e irremediamente unida al *Brexit*. Otras veces se ha propuesto, por una u otra parte en el asunto. Dos, entiendo, han sido las más relevantes <sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> MANGAS MARTÍN, A.: “¿Brexit? Escenarios internacionales y de Gibraltar”, *Documento de Trabajo* 9/2018, 17 de junio de 2016, Real Instituto Elcano, pp. 1-16 (pp. 12-14). Sobre el temor de Gibraltar a un escenario de este tipo, SEGURADO, I.: “El negro futuro de Gibraltar tras el ‘brexit’: ¿vuelta al Tratado de Utrecht o cosoberanía?”, 3/07/2016, pp. 1-4 (<http://www.voxpopuli.es>).

<sup>7</sup> La XXV Cumbre Iberoamericana (2016) celebrada en Cartagena de Indias (Colombia) ha adoptado un *Comunicado Especial sobre la Cuestión de Gibraltar* en el que los Jefes de Estado o de Gobierno de los Países Iberoamericanos: “Reafirman la necesidad de poner fin a una situación colonial, como ha sido definida por las pertinentes resoluciones de Naciones Unidas, e insta a los Gobiernos de España y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a retomar las negociaciones bilaterales...”, Documentos aprobados en la XXV Cumbre Iberoamericana de 2016, Comunicados Especiales, núm. 10, [www.nodal.am](http://www.nodal.am), 31/10/2016 (consulta sábado 17 febrero 2017).

<sup>8</sup> Para iniciativas sobre el concepto de cosoberanía adicionales a las que cito (1997 y 2001-2002), DEL VALLE GÁLVEZ, A.: “Gibraltar, ‘año cero’: Brexit, cosoberanía y nuevas oportunidades de España”, ARI 75/2016, 20 de octubre de 2016, Real Instituto Elcano, pp. 1-17 (p. 12).

Ya en 1997, anunciada en el debate anual de la Asamblea General de Naciones Unidas (septiembre) y concretada tres meses después, el entonces Ministro español de Asuntos Exteriores, Abel Matutes, propuso al Reino Unido en relación con Gibraltar: un período transitorio de cosoberanía de 50 años, conservación voluntaria de la nacionalidad británica por los gibraltareños, protección de la identidad lingüística y cultural de la población de la Roca, y un estatuto amplio de autonomía en el marco de la Constitución Española, con tribunales y régimen fiscal propios<sup>9</sup>.

Prueba de ello es, también, unos años después, que dicho concepto formó parte central de las negociaciones que España y el Reino Unido mantuvieron a lo largo del bienio 2001-2002, cuando el *Brexit* era como mucho, concédaseme la cita, “la libélula vaga de una vaga ilusión”. Ese proceso de negociación, en el que más cerca se estuvo de alcanzar una solución definitiva del contencioso<sup>10</sup>, aporta datos de interés, en orden a las expectativas que la propuesta española de octubre de 2016 merece.

4. A lo largo de 2001 y 2002, en efecto, España y el Reino Unido negociaron arduamente, en la solución del contencioso, en torno al concepto de soberanía compartida sobre Gibraltar. Más aún, el 19 de junio de 2002 el Secretario de Estado de *Foreign and Commonwealth Affairs* compareció ante el Comité de Asuntos Exteriores de la Cámara de los Comunes y reveló ciertas diferencias aún pendientes entre las partes. En concreto:

- Que la soberanía compartida debía ser un acuerdo definitivo (o, al menos afirmó el Sr. Straw, “temporalmente ilimitada”) y no un paso hacia la recuperación por España de su soberanía plena sobre Gibraltar.
- Que la base militar en Gibraltar debía permanecer bajo el control soberano del Reino Unido o, en palabras de Jack Straw, el 19 de junio de 2002, en la Comisión de Asuntos Exteriores de la Cámara de los Comunes, “un objetivo de las negociaciones es que la Base permanezca como base británica y no hispano-británica”<sup>11</sup>.
- Y, en fin, que los gibraltareños tendrían la última palabra (“the final say”); sin todo ello no habría acuerdo.

---

<sup>9</sup> XI Sesión del “proceso de Bruselas”, 10 de diciembre de 1997. *Vid.* REMIRO BROTONS, A.: “Regreso a Gibraltar: acuerdos y desacuerdos hispano-británicos”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2004, pp. 133-181 (pp. 159-161). El estudio del profesor Remiro que manejo (*Revista de la Universidad Autónoma*) fue publicado en A. DEL VALLE GÁLVEZ e I. GONZÁLEZ GARCÍA (Eds.): *Gibraltar, 300 años*, Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004, pp. 43-84.

<sup>10</sup> En el mismo sentido, Alejandro DEL VALLE: *op. cit.* (nota 8), p. 12.

<sup>11</sup> El profesor Remiro (que califica esta posición de “cicatera y anacrónica entre países aliados y miembros de la Unión Europea”) nos cuenta que ello se debió a la insistencia del Departamento de Defensa, remitiéndose a unas declaraciones del Secretario de Defensa del Gobierno Blair, el Sr. Hoon, al diario *The Times*, el 10 de mayo de 2002 (REMIRO BROTONS, A.: *op. cit.*, en nota 9, p. 164),

El proceso negociador, iniciado por Jusep Piqué, como Ministro de Asuntos Exteriores de España, y Jack Straw su homólogo británico, fracasó cuando el 7 de noviembre de 2002 se celebró en Gibraltar un referéndum, convocado unilateralmente por el Ministro Principal de Gibraltar sobre la soberanía compartida con España, en el que el rechazo de esta fue abrumador: ejercieron su derecho a voto 18.176 gibraltareños (un 87'92 por cien del censo), votando en contra de la soberanía compartida 17.900 (98'97 por cien de los votantes) y a favor 187 (1'03 por cien)<sup>12</sup>. Aunque el referéndum no fue reconocido por el Gobierno británico, las autoridades del Reino Unido declararon después que los resultados del referéndum debían ser tenidos en cuenta<sup>13</sup>.

### III.—QUE *PER SE* Y DADA LA POSICIÓN DE TODAS LAS PARTES NO PARECE CAPAZ DE DESBLOQUEAR LAS COSAS.

5. La propuesta de cosoberanía deberá superar no pocos obstáculos. Pero esto exige recordar algunas cuestiones.

6. Gibraltar es un territorio no autónomo y, por tanto, pendiente de descolonización. Desde 1946<sup>14</sup> el Reino Unido facilita información del Peñón a Naciones Unidas como Territorio No Autónomo y, desde la aprobación en 1960 de la res. 1514 (XV), figura entre los pendientes de descolonizar.

Que toda situación colonial debe finalizar, lo tenemos claro desde la res. 1514 (XV), de 15 de diciembre de 1960. Pero la descolonización no exige la aplicación siempre del derecho de libre determinación de los pueblos que obligue a una consulta sobre su futuro a la población de la colonia, muy en particular cuando esta no pueda ser considerada titular del derecho de libre determinación de los pueblos coloniales; en la descolonización también juega el principio de integridad territorial (el párr. 6 de la *Declaración sobre la concesión de la independencia de los países y pueblos coloniales* de la res. 1514/XV lo prueba)<sup>15</sup>.

La res. 2270 (XX), de 16 de diciembre de 1965, y la 2231 (XXI), de 20 de diciembre de 1966, no piden consulta alguna a la población de Gibraltar, sino que

---

<sup>12</sup> Hubo también 72 votos en blanco y 17 nulos (IZQUIERDO, C.: “El referéndum gibraltareño”, ARI núm. 95/2002, 8 de noviembre de 2002, Real Instituto Elcano, pp. 1-4, p. 3).

<sup>13</sup> *La cuestión de Gibraltar*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Dirección General de Política Exterior para Europa y América del Norte, Oficina de asuntos de Gibraltar, Madrid, apdo. 8 (<http://www.lebrelblanco.com>).

<sup>14</sup> “Gibraltar (...) incluido desde 1946 en la lista de Territorios No Autónomos” (Sr. Wilson, representante del Reino Unido, Acta de la tercera sesión, martes 4 de octubre de 2016, Cuarta Comisión, A/C.4/71/SR.3, 28 de noviembre de 2016, p. 17 (*párr.* 97)).

<sup>15</sup> Hay quien ha escrito: “podríamos afirmar que ello sitúa incluso a los principios de libre determinación e integridad territorial en pie de igualdad, pues este último es susceptible de absorber determinadas reivindicaciones, por cuanto una aplicación incorrecta de la libre determinación podría constituir la consolidación de un quebrantamiento previo de la integridad territorial de un Estado (IZQUIERDO, C.: *op. cit.* [nota 12], p. 2).

admitiendo que hay una controversia entre España y el Reino Unido sobre ese Territorio, invitan a las partes a negociar, para llegar a una solución de conformidad con la res. 1514 (XV), a fin de proceder a la descolonización del mismo. Es más que significativo la diferencia que se aprecia al respecto entre estas resoluciones que la Asamblea General adopta sobre Gibraltar con las que se refieren al Sáhara, en las que expresamente esta reconoce el derecho de libre determinación del pueblo saharui e insta a la potencia administradora a la celebración de una consulta al mismo<sup>16</sup>.

Item más. Cuando la Asamblea General de Naciones Unidas, en su res. 2353 (XXII), de 8 de enero de 1968, condenó la organización por el Reino Unido de un referéndum en Gibraltar, que estimó contrario a la res. 2231 (XXI), instó a las partes a resolver el contencioso no sólo (como ocurría en resoluciones anteriores) mediante la aplicación general de la res. 1514 (XV) sino con concreta referencia al párr. 6 de la Declaración.

Y, en fin, la res. 2429 (XXIII), de 18 de diciembre de 1968 lamentaba el incumplimiento por la potencia administradora de la res. 2353 (XXII) y declaraba que el mantenimiento de la situación colonial era contrario a los propósitos y principios de la Carta y a la res. 1514 (XV), requiriendo a la potencia administradora poner fin a la situación colonial “antes del 1 de octubre de 1969”, iniciando de inmediato las negociaciones previstas con el Gobierno de España.

En todo caso, esta resolución, como las anteriores y las sucesivas<sup>17</sup> deja clara la opción que, en el caso de Gibraltar, Naciones Unidas considera la adecuada para resolver el contencioso: no la consulta a la población de la colonia y que sea determinante lo que esta decida, sino las negociaciones entre la potencia administradora, el Reino Unido y España, para llegar a la descolonización del Territorio. Y esa decisión se tomó por Naciones Unidas durante el período que se conoce como el de “la gran descolonización” rechazando las propuestas del

---

<sup>16</sup> “El pueblo saharui tiene derecho a su libre determinación, que debe llevarse a cabo por medio de un referéndum en el que, junto a otra u otras, exista la opción de la independencia, y en el que participen por medio del sufragio universal todos los saharuis y sólo ellos. Infinidad de resoluciones de los órganos principales de la Organización lo han afirmado con claridad meridiana...” (SOROETA LICERAS, J.F.: “El derecho a la libre determinación de los pueblos en el siglo XXI: entre la realidad y el deseo”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 2011*, [http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2011/2011\\_8.pdf](http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2011/2011_8.pdf), pp. 451-502, p. 499). Se ha destacado recientemente en este contexto, en el que acabo de establecer una relación entre las cuestiones de Gibraltar y el Sahara, el contraste de la actitud del Gobierno español en este asunto (inactividad, silencio) con su activismo en el de Gibraltar (GONZÁLEZ VEGA, J.A.: “A Bridge over Troubled Waters (and Sands)? A critical sight on Spain’s Role in Western Sahara issue 40 Years Later”, *The Spanish Yearbook of International Law*, 20 (2016), pp. 255-277 (pp.258-260).

<sup>17</sup> Para el texto de los sucesivos Consensos y resoluciones en los que se recuerdan las resoluciones citadas y se confía en la reanudación de las negociaciones entre las partes, Oficina de Información Diplomática (MAE): *Reivindicación española sobre Gibraltar*, Madrid, 1987, pp. 75 ss. Útil también la compilación de documentos oficiales de DEL VALLE GÁLVEZ, A.: *Gibraltar: principales documentos oficiales*, Real Instituto Elcano, Documentación, septiembre de 2013.

Reino Unido y otros Estados para re conducir el tema de Gibraltar hacia el planteamiento general que la Organización venía siguiendo, esto es, considerar “a priori que toda población colonial es (era) un pueblo y es a esos pueblos a los que se aplica el principio de libre determinación”<sup>18</sup>.

Las sucesivas, decía, a la res. 2429 (XXIII)<sup>19</sup>; hasta llegar al último acto en la cuestión: el proyecto decisión sobre la “Cuestión de Gibraltar” presentado, en noviembre de 2016, por el Presidente de la IV Comisión de la Asamblea General:

“La Asamblea General, recordando su decisión 70/520, de 9 de diciembre de 2015:

a) Insta a los Gobiernos de España y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a que, escuchando los intereses y las aspiraciones de Gibraltar que sean legítimas conforme al derecho internacional, lleguen, en el espíritu de la Declaración de Bruselas de 27 de noviembre de 1984, a una solución definitiva de la cuestión de *Gibraltar a la luz de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General* y los principios aplicables, y de conformidad con el espíritu de la Carta de las Naciones Unidas”<sup>20</sup>.

Puede entenderse, en particular por las palabras en cursiva del texto que acabo de citar, que el Gobierno de Gibraltar haya reaccionado de inmediato con un comunicado en el que su Ministro Principal relativiza el hecho de que el proyecto de decisión contara con el consenso de los miembros de la IV Comisión y afirma con su desenvoltura habitual (que pasa por alto sin el menor escrúpulo, la forma en la que la Asamblea General ha enfocado el tema)<sup>21</sup> que la ONU “debería preocuparse más por cumplir sus obligaciones en virtud de la Carta de la Organización y los pactos fundamentales, entre los cuales está el derecho de los pueblos a la autodeterminación”<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: “Gibraltar y el Derecho de la Descolonización”, *Cuadernos de Gibraltar/Gibraltar Reports*, 1 (2015), pp. 69-82 (pp. 71, 74).

<sup>19</sup> Para una reflexión de conjunto sobre la posición de Naciones Unidas ante el caso de Gibraltar, desde la década de los 60 del pasado siglo, que parte de su consideración como problema colonial, y que este debe resolverse no en el marco del derecho de libre determinación de los pueblos sino en el de las negociaciones entre España y el Reino Unido, la potencia administradora, hasta la Decisión 68/523, de 11 de diciembre de 2013. que no altera en nada significativamente esa posición, *vid.* ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: *op. cit.* (nota 18), pp. 69-82. Puede advertirse que las Decisiones 69/523, de 5 de diciembre de 2014, la Decisión 70/520, de 9 de diciembre de 2015 y la adoptada en 2016, sobre la base del proyecto de decisión presentado por el Presidente de la IV Comisión (A/C.4/71/L.17, de 7 de noviembre de 2016), siguen exactamente la misma fórmula, como en el texto preciso.

<sup>20</sup> A/C.4/71/L.17, 7 de noviembre de 2016 (cursiva añadida).

<sup>21</sup> CAJAL, M.: *Ceuta, Melilla, Olivenza, Gibraltar, ¿Dónde acaba España?*, Edic. siglo XXI, Madrid, 2003, p. 245.

<sup>22</sup> “El Gobierno de Gibraltar cree que el acuerdo en la ONU ‘no cambia nada’”, Redacción, 11 de noviembre de 2016, <http://www.europasur.es> (consultado el miércoles 15 de febrero de 2017). Ya en relación con la Decisión 68/523, en la que se introdujo, respecto de las fórmulas empleadas en resoluciones anteriores (en cuya virtud tanto Reino Unidos como España debían en el marco de sus negociaciones, “escuchar los intereses y aspiraciones de Gibraltar”), el añadido de siempre “que sean legítimas conforme al derecho internacional” (“lo que limita”, a juicio de ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: *op. cit.* en nota 18, p. 76, “el alcance de tales intereses y aspiraciones”), el Gobierno de Gibraltar afirmó también que “esta referencia del Consenso solo puede referirse al principio de libre determinación que es ya un principio fundamental del

Por todo esto, precisamente, algunos interesados no quieren a Gibraltar en la Lista. Y así se recordó en la sesión de 4 octubre de 2016 en la que España presenta su propuesta en la IV Comisión. Afirmó entonces el Sr. Buttigieg (Grupo pro Libre Determinación de Gibraltar):

“Dada su actual relación con el Reino Unido, Gibraltar ya no es una colonia de facto y ha logrado un nivel de autogobierno no colonial. Si esto no basta para que sea eliminado de la lista de Territorios No Autónomos...”<sup>23</sup>.

Los argumentos que se utilizan responden al nuevo planteamiento que el Reino Unido y Gibraltar asumieron: nueva Constitución a Gibraltar, autogobierno, referéndum de aprobación (...). El Sr. Wilson, representante del Reino Unido, declaraba asimismo en la IV Comisión el día en el que España presenta su propuesta de cosoberanía:

“También recuerda que la población de Gibraltar goza del derecho a la libre determinación y que la Constitución de Gibraltar de 2006, ratificada en referéndum, prevé una relación moderna y madura entre Gibraltar y el Reino Unido (...) En virtud de la Constitución de 2006, Gibraltar tiene competencia en todas las esferas políticas excepto las relaciones exteriores, la defensa y la seguridad interna, que le están reservadas al Reino Unido. Por lo tanto, la participación activa de Gibraltar en cualquier proceso de diálogo no es negociable”<sup>24</sup>.

Pero la modernización del estatuto jurídico de Gibraltar en el marco de su nueva Constitución no cambia nada ni, más en concreto, han cambiado nada en la posición de la Asamblea General que considera tales medidas como “internas”<sup>25</sup>. Esto es, las nuevas relaciones que el Reino Unido ha querido y quiera mantener con Gibraltar, hasta reconocerle si fuera el caso su libre determinación interna, se proyectan únicamente sobre el Reino Unido y Gibraltar<sup>26</sup>.

---

derecho internacional” (Press Release, núm. 790/2013). Es de interés advertir también, que la fórmula que se añade en la Decisión 68/523 de 2013, compensa el gol en contra encajado por España cuando en el Consenso de 13 de octubre de 2004 (“dentro del espíritu propuesto por la nueva administración socialista”, comenta A. Ballesteros), nuestro país consintió en que a la fórmula tradicional que venía utilizándose (las partes debían en su negociación tener en cuenta “los intereses” de la población de Gibraltar) se añadiese “las aspiraciones” (“los intereses y las aspiraciones de Gibraltar”), lo cual era exactamente lo propugnado por el Reino Unido, puesto que va de sí que las aspiraciones de Gibraltar en el marco de la ONU eran los deseos de los gibraltareños tal cual figuran en la Constitución de la Colonia; “mientras tanto en España ante el *touché* o mejor, por tratarse de británicos, *goal*, ni Moncloa ni Santa Cruz emitían el menor comunicado”; la adición de 2013 implica la aplicación a esas aspiraciones de Gibraltar el que sean “de conformidad con el Derecho internacional, que, hoy, es “un tanto” a favor de España (BALLESTEROS, A.: *Diplomacia secreta española. Mis misiones con Franco, Hassan II, Don Juan, Adolfo Suárez, Calvo-Sotelo, Juan Carlos I, Fidel Castro, Carlos Menem, Pinochet, Mario Soares, Mohamed Abdelaziz*, 2016, pp. 30-31); sí, así lo creo yo también, pues este, hoy, no reconoce el derecho de libre determinación de la población de la colonia.

<sup>23</sup> A/C.4/71/SR.3, párr. 78.

<sup>24</sup> A/C.4/71/SR.3, párrs. 97 y 100.

<sup>25</sup> La fórmula que utiliza en varias resoluciones (61/128, 62/118-A, 63/108-A, 64/104-A, 65/115-A, 66/89-A, 67/132-A...) es la misma para referirse a ellas: son medidas “que afecta[n] a la estructura interna de la gobernanza”.

<sup>26</sup> “La autodeterminación es el derecho de todos los pueblos a gobernarse a sí mismos. El autogobierno tiene más de una dimensión a aspecto. La dimensión o aspecto externo define el estatuto de un

Esto es, “que permanecen intactas las obligaciones del Reino Unido de proceder a la descolonización de Gibraltar siguiendo lo prescrito en las resoluciones de las NNUU”<sup>27</sup>. En consecuencia, que ese nuevo estatuto jurídico de Gibraltar, al que acuden tanto el Reino Unido como Gibraltar como argumentos en pro de la libre determinación de la Roca y de la necesidad de retirar la cuestión de la Lista de territorios pendientes de descolonizar<sup>28</sup>, no es argumento ni para lo uno ni para lo otro. El representante de España en la IV Comisión tuvo oportunidad de explicar la posición española al respecto en el Seminario regional sobre descolonización celebrada en Managua (Nicaragua), mayo-junio de 2016, esto es, unos pocos meses antes de la presentación formal de la propuesta española en la IV Comisión<sup>29</sup>.

En todo caso, una cosoberanía pactada como factor relevante de un eventual acuerdo entre España y Reino Unido sería perfectamente posible. Y aun posiblemente conveniente, pues daría tiempo a todos los implicados, incluyo a Gibraltar, a ir asumiendo lo que, al menos hasta hoy, es posición del gobierno español, la reintegración de la integridad territorial española.

7. El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte es la potencia colonial en el caso de Gibraltar, *de iure y de facto*. Es el Gobierno británico el titular de la obligación de descolonizar la Roca. De ahí que el compromiso que dicho Gobierno ha asumido con Gibraltar de no llegar a acuerdo alguno con España que Gibraltar no consienta, no puede ser determinante en la solución del contencioso desde la estricta perspectiva del Derecho Internacional. Compromiso, por

---

pueblo en relación con otro pueblo, Estado o Imperio, mientras que la dimensión democrática o interna concerniría a la relación entre un pueblo y ‘su propio’ Estado o Gobierno” (THORNBERRY, P.: “The democratic or internal aspect of self-determination with some remarks on federalism”, en CH. TOMUSCHAT [Edt.]: *Modern Law of Self-Determination*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 101-138, pp. 101-102).

<sup>27</sup> ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: *op. cit.* (nota 18), p. 82.

<sup>28</sup> Sr. Wilson (Reino Unido): “también recuerda que la población de Gibraltar goza del derecho de libre determinación y que la Constitución de Gibraltar de 2006, ratificada den referéndum, prevé una relación moderna y madura entre Gibraltar y el Reino unido” (A/C.4/71/SR.3, 28 noviembre 2016, párr. 97). Sr. Buttigieg (Self-determination for Gibraltar Group): “Dada su relación actual con el Reino Unido, Gibraltar ya no es una colonia de facto y ha logrado un nivel de autogobierno no colonial. Si esto no basta para que sea eliminado de la lista de Territorios No Autónomos...” (A/C.4/71/SR.3, párr. 78).

<sup>29</sup> “No podemos aceptar, pues, la pretensión británica de que la población de Gibraltar ha ejercido su derecho de autodeterminación, aprobando en referéndum una Constitución otorgada por el Reino Unido y sin que ello implique que la soberanía británica sobre Gibraltar se vea en absoluto disminuida (...). Esa entelequia, con la que la potencia administradora y su territorio pretenden que este deje de figurar en la lista de territorios no autónomos sometidos a descolonización, no resiste el menos análisis. El vínculo que el Reino Unido y su colonia dicen tener no es ni moderno ni maduro, sino una claro ejemplo de colonialismo consentido que es contrario a la doctrina de Naciones Unidas. Es evidente que solo las Naciones Unidas pueden decidir cuando se ha completado el proceso de descolonización de Gibraltar y hasta ese momento Gibraltar estará incluido en la lista de las Naciones Unidas de territorios no autónomos” (“Statement by the representative of Spain”, *Pacific Regional Seminar on the Implementation of the Third International Decade for the Eradication of Colonialism: commitments and actions for decolonization in the Non-Self-Governing Territories (Managua, Nicaragua, 31 may to 2 june 2016)*, Distr. Restricted: PRS/2016/CRP.12, pp. 1-5 (p. 5).

lo demás, se ha apuntado entre nosotros, que es político no jurídico<sup>30</sup>. Y ello por más que el Reino Unido haya dado a su compromiso un carácter absoluto, compromiso además que el Reino Unido entendía (en el marco de sus negociaciones con España a lo largo de 2001 y 2002) “activable” una vez llegados España y Gran Bretaña a un acuerdo sobre el contencioso, pero que desde 2007, nos ha recordado recientemente Alejandro Del Valle, considera “previo a cualquier contenido negociador y acuerdo final”<sup>31</sup>. Así el Sr. Wilson en 2016 afirmó con toda claridad:

“Su Gobierno reafirma que no llegará a acuerdos en los que la población de Gibraltar pueda quedar bajo la soberanía de otro Estado en contra de la voluntad que expresó de forma libre y democrática, y confirma que no entablará negociaciones sobre la soberanía con las que no esté conforme Gibraltar”<sup>32</sup>.

Y de nuevo se ha recordado ese compromiso del Reino Unido con su colonia en el contexto de las reacciones que en medios británicos ha desencadenado el Proyecto de Orientaciones del Consejo Europeo sobre la negociación del acuerdo que regulará la retirada del Reino Unido de conformidad con el art. 50 del TUE (*infra* párr. 17).

8. El pueblo de Gibraltar no tiene derecho de libre determinación. Gibraltar no es pueblo colonial. La práctica de la ONU lo avala. Pese a su práctica general de identificar población colonial y pueblo con derecho a su libre determinación, Naciones Unidas nunca ha reconocido la condición de pueblo colonial a la población de Gibraltar, como no lo hizo tampoco con la de las Islas Malvinas (Falklands Islands)<sup>33</sup>.

¿Hay otros pueblos aparte de los coloniales? Sí, los hay; básicamente podrían dividirse en dos grupos: uno, que hunde sus raíces en la historia (los pueblos indígenas) y otro que se remite al futuro (los pueblos nacionales). Centrémonos, aquí y ahora, en los segundos, en el tema de los *pueblos no coloniales*.

En síntesis, el Derecho Internacional concede a los pueblos no coloniales derecho de libre determinación, pero con un contenido diferente al de los coloniales (o “asimilados”, cabría añadir para ser del todo riguroso, como los ocupados por

---

<sup>30</sup> “Pues se encuentra en el preámbulo de la Constitución [de Gibraltar] -no es su articulado- y, como tal, no es susceptible de generar derecho alguno” (IZQUIERDO, C.: *op. cit.* [nota 12], p. 3).

<sup>31</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, A.: *op. cit.* (nota 8), p. 12.

<sup>32</sup> A/C.4/71/SR.3, párr. 98.

<sup>33</sup> “Naciones Unidas no ha reconocido siempre un derecho de libre determinación a los habitantes de una colonia. No hay referencia a este derecho en las resoluciones de Naciones Unidas sobre Gibraltar y las Islas Falklands (Malvinas) pese a que ha calificado a estos territorios de colonias” (QUANE, H.: “The United Nations and the evolving right to self-determination”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 47 [1998], 537-572, p. 552); en el mismo sentido y sobre la Islas Malvinas en concreto, KOHEN, M.: “Las Islas Malvinas y la libre determinación de los pueblos”, 22/10/2014, pp. 1-4 [http://es.mercopress.com] (consulta del lunes 20 de febrero de 2017).

Recuérdese, por lo demás, que la CIJ parece haber sumido la cuestión en el asunto sobre el Sahara Occidental, *CIJ Recueil 1975* (opinión consultiva de 16 de octubre de 1975, párr. 59).

una potencia extranjera o sujetos a un régimen de *apartheid*): a estos, el derecho les otorga (si ese fuera su deseo) la independencia<sup>34</sup>, pudiendo luchar, y pedir y recibir ayuda de Estado amigos en esa lucha, si es que se les denegara el ejercicio del mismo; algunos lo sintetizan diciendo que el derecho de libre determinación asegura a los pueblos coloniales su *autodeterminación externa*. El principio de libre determinación concede a los *pueblos nacionales no coloniales* derecho a no ser excluidos del Gobierno del Estado ni ser perseguidos por su raza, credo o color; ni más ni menos: ni independencia ni un régimen de autonomía; derecho, en fin, a ser tratado en pie de igualdad, de estricta igualdad, con el resto de la población del Estado; hay quien, por más que los términos me parecen equívocos, lo sintetizan afirmando que los pueblos no coloniales tienen derecho de *autodeterminación interna* (no externa), nada más.

Y acontecimientos ocurridos después, como la disolución de Yugoslavia<sup>35</sup>, no han cambiado nada. La esperanza de que, en relación particular con la declaración unilateral de independencia de Kosovo (2008), la CIJ, al responder a la cuestión que en tal sentido le planteó, a iniciativa serbia, la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>36</sup>, aclarase los dos puntos claves del tema (si un pueblo que forma parte, aun estando administrado internacionalmente, de un Estado soberano puede separarse del mismo unilateralmente; y si en tales casos es conforme a Derecho el reconocimiento de la entidad secesionista), se ha desvanecido. En su opinión consultiva de 22 de julio de 2010 la CIJ (por 10 votos c. 4) se limita a decir: “la Declaración de independencia de Kosovo adoptada el 17 de febrero de 2008 no ha violado el Derecho internacional”. La Corte, mediante una interesada, minimalista, formalista y estricta interpretación previa *ad hoc* de la pregunta que se le formula, elude pronunciarse sobre las cuestiones claves a las que nos hemos referido, haciendo así, a mi juicio, un flaco favor al Derecho Internacional<sup>37</sup>.

Por tanto, y aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid, ese pretendido “derecho a decidir” al que aluden los gobiernos de algunos pueblos (no coloniales) que viven en el seno de un Estado soberano que respeta su derecho de libre determinación (como Cataluña por ejemplo en España), no puede ampararse en el Derecho Internacional vigente. Jurídicamente “no existe ningún pretendido

---

<sup>34</sup> En el mismo sentido (“interpretación que compartimos plenamente”) SOROETA LICERAS, J.: *op. cit.* (nota 16), p. 471.

<sup>35</sup> *Vid. ad ex.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “Capítulo IX. El derecho de libre determinación de los pueblos”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; DE ASÍS ROIG, R.; ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.; FERNÁNDEZ LIESA, C.R. (Dirección): *Historia de los derechos fundamentales. Tomo IX: siglo XX. Volumen III: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Libro I: El reconocimiento universal de los derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 635-685 (pp. 666 ss. y la bibliografía citada); SOROETA LICERAS, J.: *op. cit.* (nota 16), pp. 483-487.

<sup>36</sup> A/RES/63/3, 8 de octubre de 2008.

<sup>37</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, C. y BERMEJO GARCÍA, R.: “De la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 22 de julio de 2010, sobre Kosovo”, *Documento de Trabajo 35/2010*, 10/11/2010, 1-13 (<http://www.realinstitutoelcano.org>).

derecho a decidir, ni en el ordenamiento jurídico español ni en el ordenamiento jurídico internacional, que ampare tanto la pretensión de la consulta como la de la opción independentista”<sup>38</sup>. El Derecho Internacional, por lo demás, no prohíbe en ningún caso a que un Estado “con pueblos (no coloniales)” decida, si es su voluntad, reconocer el derecho de secesión de estos.

No, la población de la colonia de Gibraltar no tiene derecho a su libre determinación<sup>39</sup>. Pero el que en un territorio dado, calificado de colonia, no exista un pueblo “colonial”, titular por tanto del derecho de libre determinación no exime, de acuerdo con el Derecho Internacional de la descolonización, a las partes implicadas de la obligación de poner fin a la situación colonial, que no solo se lleva a cabo con el ejercicio del derecho de libre determinación. La ausencia de un pueblo colonial genuino, titular de ese derecho, es lo que justifica, en la práctica de Naciones Unidas, que la voluntad de la población de un territorio que no es un “pueblo colonial” no sea determinante en la suerte del mismo, debiendo sí, según esa misma práctica, que el resultado descolonizador tenga en cuenta “los intereses de la población”.

9. Y no obstante todo lo dicho, la propuesta de cosoberanía española de octubre de 2016 encontrará líneas rojas que el Reino Unido y Gibraltar han declarado nunca traspasarán.

La propuesta española se articula, declaró el representante español ante la IV Comisión, en torno a cuatro ejes:

- La posibilidad de doble nacionalidad para los gibraltareños.
- El mantenimiento de las instituciones de autogobierno de Gibraltar en el marco de un amplio régimen de autonomía que encajaría en el sistema constitucional español.
- El mantenimiento de un régimen fiscal particular en el territorio, siempre y cuando sea compatible con el ordenamiento de la Unión Europea.
- Y el desmantelamiento de la verja que separa Gibraltar del resto de la península ibérica

---

<sup>38</sup> PONS RAFOLS, X.: “El denominado derecho a decidir y el Derecho internacional”, en E. SEGARRA (Coord.): *¿Existe el derecho a decidir? Preguntas y respuestas sobre el proceso abierto en Cataluña*, Tibidabo Ediciones, Barcelona, 2014, pp. 71-112 (pp. 103-104). *Vid.* también MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “Reflexiones jurídicas a propósito de una eventual declaración unilateral de independencia de Cataluña: un escenario político jurídicamente inviable”, septiembre 2015, pp. 1-34 (pp. 10 ss.) (<http://www.exteriores.gob.es>; también en [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org)); y PONS RAFOLS, X.: *Cataluña: derecho a decidir y Derecho internacional*, Editorial Reus, Madrid, 2015.

<sup>39</sup> Si lo tuviera (que no lo tiene), la fórmula de la cosoberanía sería por lo demás perfectamente posible. El derecho de libre determinación permite a los pueblos titulares del mismo optar por la independencia, la integración, la asociación “o cualquier otra condición política libremente asumida” (concluye la Declaración de Principios de la resolución 2625 [XXV] de 1970 cuando formula el principio de libre determinación de los pueblos), fórmula “lo suficientemente genérica como para abarcar soluciones capaces de facilitar arreglos de ciertos conflictos...que requieran una solución distinta de la independencia...” (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *El Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 130).

Ostentando las partes, España y el Reino Unido, “conjuntamente las competencias en materia de defensa, relaciones exteriores, control de las fronteras exteriores, inmigración y asilo”<sup>40</sup>.

Es una propuesta que España presenta “decidida a colaborar con el Reino Unido para lograr un acuerdo” en el contexto que el *Brexit* genera, pero no supone que “España... va a renunciar jamás a su justa reclamación de llegar a una solución definitiva de la cuestión de Gibraltar según las resoluciones pertinentes de la Asamblea General y de la Carta de Naciones Unidas”<sup>41</sup>. Dicho de otro modo, la recuperación en su día de la soberanía sobre el Territorio; y, por tanto, más allá de lo que el Reino Unido ha declarado aceptará (*vid. supra* párr. 4).

10. ¿Entonces qué? Si España sigue teniendo voluntad política de recuperar Gibraltar, y desea ser coherente con las propuestas que ha defendido hasta hoy y sus límites, está claro que nuestro país no puede aceptar, nunca, tres cosas:

- España no puede aceptar compartir su soberanía con Gibraltar con el Reino Unido a perpetuidad o por tiempo indefinido. Comparto la opinión de que ello “clausuraría en la práctica la secular reivindicación española de plena soberanía”<sup>42</sup>.
- España no puede aceptar, en estos mismos términos, una base miliar exclusivamente británica (“que ocupa [nos recordaba en 2004 Antonio Remiro] casi la mitad del territorio superficial del Peñón”)<sup>43</sup>.
- España no puede aceptar un régimen que haga de la soberanía territorial española sobre el Territorio una mera apariencia.

Con motivo de la crisis abierta en julio y agosto de 2013 en las relaciones hispano-británicas, cuando Gibraltar creó unilateralmente un arrecife artificial en las aguas tradicionales de pesca de España<sup>44</sup>, el profesor Del Valle planteó las “opciones estratégicas de España” cara al futuro. Y habló de cuatro posibles; a la luz declinante del crepúsculo que parece envolver todo este asunto, no se me ocurre que pueda haber otras: son, y no las cito por el orden establecido por el profesor de Cádiz, reiniciar las negociaciones en el espíritu de la Declaración de Bruselas de 1984; encontrar una nueva fórmula imaginativa, con o sin el proceso de Bruselas para el contencioso; decidir por una controver-

---

<sup>40</sup> Sr. Oyarzun Marchesi (España), A/C.4/71/SR.3, párr. 3

<sup>41</sup> *Ibidem*, párr. 2.

<sup>42</sup> BALLESTEROS, A.: *op. cit.* (nota 22), p. 36.

<sup>43</sup> REMIRO BROTONS, A.: *op. cit.* (nota 9), p. 175.

<sup>44</sup> Y que generó no poco comentario doctrinal y político: *vid. ad ex.* ORTEGA CARCELÉN, M.: “Gibraltar, 300 años después”, Real Instituto Elcano, viernes 12 de julio de 2013, publicado en [www.el-pais.com](http://www.el-pais.com), pp. 1-2; ARTEAGA, F.: “Escalada de tensión en Gibraltar (aprovechando que la Royal Navy pasaba por allí)”, Real Instituto Elcano, *Comentario Elcano* 50/2013, 14 de agosto de 2013, pp. 1-2; MOLINA A. DE CIENFUEGOS, I.: “Todo lo que sigue siendo sólido entre España y el Reino Unido”, Real Instituto Elcano, *ARI* 31/2013, 19 de agosto de 2013, pp. 1-7; NOYA, J.: “Gibraltar en la opinión pública británica y española”, Real Instituto Elcano, *ARI* 36/2013, 1 de septiembre de 2013, pp. 1-12.

sia de perfil bajo; o intentar un arreglo judicial. Me detendré particularmente en dos de ellas.

La Declaración de Bruselas de 1984. Dadas las circunstancias y muy en particular la reacción que la propuesta española de octubre de 2016 ha generado tanto del Reino Unido como de su colonia, no se atisba salida posible al intento de reabrir el proceso de Bruselas. Afirmó en su intervención en la IV Comisión el Sr. Wilson (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), el martes 4 de octubre de 2016:

“Su Gobierno reafirma... que no entablará negociaciones sobre la soberanía con las que no esté conforme Gibraltar (...). Por lo demás, el voto del Reino Unido de abandonar la Unión Europea no altera su firme compromiso de respetar los deseos de Gibraltar en lo que respecta a la soberanía”<sup>45</sup>.

Y, en la misma sesión, decía el Sr. Picardo (Ministro Principal de Gibraltar):

“Aunque la mayoría de los gibraltareños han votado a favor de la permanencia en la Unión Europea, Gibraltar no está dispuesto a ceder su soberanía con ese fin. Ya ha dejado suficientemente claro su deseo de seguir siendo británico en dos referendos libres y justos”<sup>46</sup>.

Ante una situación así, ¿de qué sirve, como el proyecto de decisión presentado por el Presidente de la IV Comisión de la Asamblea General (*supra* párr. 6) y aceptado por consenso, hace, instar a los Gobiernos de España y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte lleguen, en el espíritu de la Declaración de Bruselas de 27 de noviembre de 1984, a una solución definitiva de la cuestión de Gibraltar?<sup>47</sup> Parece, sí, con la expresión de Alejandro Del Valle, que el cauce de la Declaración de Bruselas “está hoy cegado”<sup>48</sup>.

Cabría la opción, claro, de “esperar a que escampe”, esto es, que el Gobierno británico flexibilice ese compromiso suyo (interno en todo caso) con la población de Gibraltar en este tema; o esperar a que la población de la Roca modifique la opinión que ya ha expresado dos veces. Otra manera, más rigurosa de expresar esta posible opción, sería la de asumir el contencioso con una “reclamación de perfil bajo: mantener la reivindicación apoyada en la doctrina de la ONU y aplicar restrictivamente el Tratado de Utrecht”<sup>49</sup>. En suma,

<sup>45</sup> A/C.4/71/SR.3, párrs. 98, 100.

<sup>46</sup> A/C.4/71/SR.3, párr. 75.

<sup>47</sup> A/C.4/71/L.17, 7 de noviembre de 2016, letra a). No pocas dudas hubo por lo demás, respecto de la voluntad real del Reino Unido, de negociar también “las cuestiones de soberanía” que por primera vez se recogió en la Declaración de Bruselas de 1984 (*vid. ad ex.* DÍEZ-HOCHTLEITNER, J.: “Les relations hispano-britanniques au sujet de Gibraltar: Etat actuel”, *Annuaire Francais de Droit International*, 35 [1989], pp.167-187; REMIRO BROTONS, A.: *op cit.* [nota 9], pp.155-156). Con la perspectiva que los años transcurridos desde 1984 nos da, las dudas estaban, me parece, bien fundadas,

<sup>48</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, A.: “La crisis de Gibraltar y las medidas, opciones y estrategias de España”, *ARI* 32/2013, 19 de agosto de 2013, Real Instituto Elcano, pp. 1-13 (p. 3) (el profesor de Cádiz añade, como cauce hoy también cegado el reinicio del Foro de Diálogo al que España se opone).

<sup>49</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, A.: *op. cit.* (nota 48), p. 4.

seguir esperando. Pero llevamos más de trescientos años haciéndolo (...). Y corremos el riesgo de que seguir esperando y mantener el perfil bajo, convierta al contencioso en un “contenciosito” que acabe muriendo por consunción y disolviéndose en la nada.

11. No, no parece haber salida (...). ¿O sí? ¿Se puede acuñar, después de todo, alguna fórmula imaginativa que consiga la cuadratura del círculo?

El profesor Del Valle Gálvez lo ha intentado, tras la propuesta de cosoberanía de nuestro país, en octubre de 2016, ante la IV Comisión de la Asamblea General y del proyecto de decisión propuesto por el Presidente de la misma en noviembre de 2016, por consenso<sup>50</sup>, en el que “insta” a España y al Reino Unido a que “lleguen, en el espíritu de la Declaración de Bruselas de 27 de noviembre de 1984, a una solución definitiva de la cuestión de Gibraltar”.

Debo confesar que la fórmula que el profesor Del Valle propone<sup>51</sup>, y que atendería, me parece, a la tercera de las opciones estratégicas de España que él mismo apuntó en 2013<sup>52</sup>, me atrae en su denominación, pero también, si soy sincero, tengo dudas de que pueda ser finalmente aceptable para (todas) las partes implicadas. Intentaré explicarme.

Parte su autor de una afirmación muy clara: “la fórmula cosoberana está en principio desacreditada”<sup>53</sup>, tras el referéndum de 2002 en Gibraltar y su contundente resultado.

Por eso, él propone para Gibraltar, “la Ciudad de las Coronas” o “Ciudad de las Coronas Británica y Española”, una “soberanía en común” de los dos Estados, con un estatuto asociado y coordinado por la UE<sup>54</sup>. Afirmar Alejandro Del Valle que esta fórmula “no contendría el acento territorial que tiene la noción de ‘cosoberanía’, desplazándolo a la cuestión del ejercicio de funciones soberanas”<sup>55</sup>. De acuerdo, pero mi duda es, ¿suficiente para convencer a un Gibraltar que manifestó en 2002 por más el 95% de los votantes, que quiere seguir estando bajo soberanía británica, lo que diez años después (2012) ratificó su Ministro Principal en la IV Comisión al declarar el propósito de Gibraltar de seguir bajo soberanía británica “a perpetuidad”<sup>56</sup>?

---

<sup>50</sup> En un comunicado inmediato del Gobierno de Gibraltar, el Ministro principal del Peñón, Fabian Picardo, declara: “la nueva decisión de consenso adoptada en el seno de la Cuarta Comisión de la ONU no cambia nada. No representa avance alguno de la reivindicación rancia y fracasada de España acerca de nuestra soberanía” (*op. cit.* [nota 22]).

<sup>51</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, A.: *op. cit.* (nota 8), pp. 12 ss.

<sup>52</sup> “La negociación imaginativa de una solución *ad hoc* para Gibraltar. Conducida o no bajo el proceso de Bruselas, una solución ‘a medida’ que buscara un estatuto internacional permanente y estable a Gibraltar es una buena opción para España” (DEL VALLE GÁLVEZ, A.: *op. cit.*, nota 48, p. 4).

<sup>53</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, A.: *op. cit.* (nota 8), p. 12.

<sup>54</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, A.: *op. cit.* (nota 8), p. 13.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>56</sup> A/C.4/67/SR.3, p. 3.

La fórmula que se propone defiende que el acuerdo hispano-británico que la incorpore deje, de un lado, a Gibraltar tal cual es, con su organización política y jurídica actuales y, de otro, que Gibraltar quede fuera de la estructura provincial y autonómica de España<sup>57</sup> (como ocurre, explica el profesor Del Valle, con otros territorios del Reino de España que no están integrados ni en una ni en otra, citando las “Islas Chafarinas, Peñón e Islas de Alhucemas y Peñón de Vélez”)<sup>58</sup>. Se ha escrito recientemente, sí, que “la propuesta de cosoberanía [se alude a la presentada por España en octubre de 2016] no requiere necesariamente la integración territorial en España”<sup>59</sup>; debo confesar que personalmente tengo la duda de si esa decisión no podría interpretarse como la renuncia por nuestra parte a la posición que, invariablemente, hemos venido manteniendo (...).

La propuesta sobre la Ciudad de las dos Coronas defiende asimismo que una vez en vigor el acuerdo sobre “soberanía en común”, “este Tratado supondría la integración jurídica de Gibraltar en el Estado ‘Reino de España’, y sus ciudadanos se convertirían en parte de la nación y pueblo español, a los que habría que reconocerles el derecho a elegir un representante en las Cortes”<sup>60</sup>. Dos dudas: ¿los gibraltareños tendrían doble nacionalidad?, ¿podrían optar?, ¿puede Gibraltar aceptar las consideraciones que a estos efectos se hacen en la propuesta?

No deduzco con claridad qué mantiene la propuesta sobre el estatuto que habría de tener la base militar del Reino Unido en el Peñón. De una parte, se nos dice que el Tratado sobre soberanía en común “conllevaría otros acuerdos complementarios sobre las bases militares (lo que implicaría el necesario control democrático en Cortes de las bases en la Bahía de Algeciras)”<sup>61</sup>; esto es, estaría también bajo soberanía española (no parece ser esta la tesis del Reino Unido, como hemos visto ya). Pero de otro, en la propuesta se nos dice literalmente que la “soberanía en común” conllevaría “la permanencia de las bases militares británicas”<sup>62</sup> (¿puede España aceptar bases militares exclusivamente británicas?)

No está, pues, asegurado que este esfuerzo que se propone resulte finalmente en la solución definitiva del contencioso.

12. Entonces, insisto, ¿qué hacemos? Podemos, también, cambiar de opinión nosotros. En 1996, España rechazó una propuesta del Reino Unido de someter al TIJ el asunto, sobre la base de la interpretación y aplicación del art. X del Tratado

---

<sup>57</sup> El tratado de “soberanía en común” sobre Gibraltar se haría “respetando la actual organización política de Gibraltar” o “permitiendo el mantenimiento de su organización y competencias actuales” (*ibidem*, pp. 14, 16). Asimismo, la soberanía en común que incorpore la Ciudad de Gibraltar a la soberanía española “no obligaría a su adaptación a la estructura provincial o autonómica” (p. 13).

<sup>58</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, A.: *op. cit.* (nota 8), p. 14.

<sup>59</sup> MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “Brexit and Gibraltar: the spanish proposal for joint sovereignty”, *Spanish Yearbook of International Law*, 20 (2016), pp. 305-320 (p. 316).

<sup>60</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, A.: *op. cit.* (nota 8), p. 14.

<sup>61</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, A.: *op. cit.* (nota 8), p. 14.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 16.

de Utrecht. Se pensó entonces que la vía descolonizadora, política, en Naciones Unidas abría mejores expectativas. Pero ha pasado tanto tiempo ya sin que la grasa de incontables resoluciones haya permitido que el carromato avance (...).

Es cierto, en tanto en cuanto nuestro país ha excluido en su declaración de aceptación de 1990 de la jurisdicción del TIJ, con base en la cláusula opcional del art. 36.2 de su Estatuto, “las controversias anteriores...” a su aceptación<sup>63</sup>, que se necesitaría un *compromiso* expreso hispano-británico, lo que no será, en su caso, fácil de acordar. Es cierto también que la opción judicial es arriesgada porque como Antonio Remiro escribió en 2004, nunca sabe uno qué podrían depararnos:

“las sorpresas escondidas en los archivos ministeriales y las sutilezas del discurso legal del Derecho de los Tratados”<sup>64</sup>.

Y no obstante, si a la postre se decidiera (la opción es una de las posibles, y al parecer se han venido explorando desde el Ministerio de Asuntos Exteriores, desde la crisis de 2013, todas las opciones incluida esta) intentar el recurso a los tribunales, me gustaría plantear una reflexión. Derecho de los Tratados (...), controversia sobre la interpretación y aplicación del artículo de un tratado más que centenario. Todo esto me trae a la mente aquel curioso asunto de la fragmentación del Derecho Internacional y las dificultades derivadas de su diversificación y expansión, que dio lugar al Informe de un Grupo de Trabajo en el seno de la CDI y que presidiera Martti Koskenniemi. En él, entre otras cuestiones, se analizó el papel a jugar en la cuestión por el párr. 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), artículo que, como se recordará, establece la regla general de interpretación de los tratados y permite tener en cuenta al efecto, amén de su texto y contexto: “c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

Si la interpretación de los tratados debe tener en cuenta eso, “toda norma pertinente del Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, siendo este elemento intemporal según el Informe del mencionado Grupo de Trabajo<sup>65</sup>, ¿no debería el TIJ tener en cuenta a la hora de interpretar el art. X

---

<sup>63</sup> BOE 16 noviembre 1990.

<sup>64</sup> REMIRO BROTONS, A.: *op. cit.* (nota 9), p. 172.

<sup>65</sup> El párr. 22 de las “conclusiones a que llegó el Grupo de Estudio en su labor”, con el título “Intemporalidad” dice así: El derecho internacional es un sistema jurídico dinámico. Un tratado puede indicar si, al aplicar el apartado c del párrafo 3 del artículo 31, el intérprete debe remitirse únicamente a las normas del derecho internacional vigentes en el momento de la conclusión del tratado o si también puede tener en cuenta los cambios legislativos producidos ulteriormente. Además, el sentido de una disposición de un tratado puede también verse afectado por hechos posteriores, especialmente cuando esa evolución subsiguiente se produce en el derecho consuetudinario y en los principios generales del derecho”, *Informe de la Comisión de Derecho internacional 58º período de sesiones (1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006). Asamblea general. Documentos oficiales. 61º período de sesiones. Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, capítulo XII: Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional, pp. 441-465 (p. 457).

del Tratado de Utrecht, las normas del Derecho Internacional, que la práctica ha generado con posterioridad al mismo, y que regulan la descolonización? Práctica que nos dice que la descolonización pasa tanto por la concesión de la independencia (mencionando el corazón) como por la reintegración de la soberanía del Estado solicitante

Me parece significativo que las dos veces en las que la jurisprudencia internacional ha defendido que la interpretación del Derecho Internacional aplicable en un caso dado debe efectuarse según las normas del Derecho Internacional en vigor cuando se estudia el caso y no las del Derecho Internacional en vigor cuando el tratado (en nuestro caso) se concertó, hayan tenido que ver con lo que en general podríamos llamar un tema de descolonización. Me refiero, de una parte, a la sentencia arbitral de Max Huber en caso de la *Isla de Palmas* (1928)<sup>66</sup> y, de otra, al dictamen consultivo del TIJ en el *asunto sobre Namibia* (1971)<sup>67</sup>.

13. Sí, la propuesta de cosoberanía que España ha defendido en octubre de 2016 encuentra, sin duda, por sí misma y a la luz de todo lo dicho, obstáculos muy importantes. Claro que la propuesta se hace en un contexto muy concreto: el *Brexit*. Quizás esto pueda ayudar.

#### **IV.—EL PROYECTO DE ORIENTACIONES DEL CONSEJO EUROPEO PARA LA NEGOCIACIÓN DEL *BREXIT* Y GIBRALTAR.**

14. No podrá decir el Reino Unido que la Unión no lo ha intentado: la adopción por el Consejo Europeo, el 18 de febrero de 2016, de un acuerdo de naturaleza jurídica dudosa otorgando al Reino Unido un nuevo estatuto en la Unión Europea es buena prueba de ello<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> En la que el árbitro suizo afirma, en el contexto de las reclamaciones territoriales: “Un hecho jurídico debe examinarse a la luz de la legislación que le es contemporánea y no de la legislación vigente en el momento en que surgió la controversia (...)”, TPA, sentencia arbitral de 4 de abril de 1928, árbitro único Max Huber (Nations Unies: *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. II (1949), pp. 829 ss. (p. 845).

<sup>67</sup> Los tratados deben interpretarse, decía líneas arriba (reproduciendo la letra c del párrafo 1 del artículo 31 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969), a la luz de “toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable entre las partes”. Pero, me preguntaba ya hace veintidós años, “pero pertinente ¿cuándo?, ¿en qué momento?” y me respondía yo mismo: “el TIJ fue tajante, en este orden de problemas, cuando afirmó” (GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 1995, p. 451, párr. 48): “todo instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar” (Dictamen consultivo de 21 de junio de 1971, Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de África del Sur en Namibia [Sudoeste africano], no obstante la resolución 276/1970 del Consejo de Seguridad), *CIJ Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1971, pp. 3 ss., p. 31, párr. 53.

<sup>68</sup> Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a un régimen para el Reino Unido en Europa, Anexo 1 de las Conclusiones del Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016 (EUCO 1/16), *DO C* 69, 23 de febrero de 2016. Sobre la naturaleza jurídica, su entrada en vigor y aplicación véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “La Unión Europea ante el desafío del Brexit: de la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno a la activación del procedimiento de retirada”, *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez* 43-2016, pp. 7-24 (pp. 11-17).

Se quiso evitar el *Brexit*, pero sin haberlo finalmente conseguido.

15. Según el art. 50 del TUE, si un Estado desea retirarse de la Unión debe comunicarlo al Consejo Europeo, lo que el Reino Unido hizo el 29 de marzo de 2017. El Consejo Europeo adopta unas “orientaciones”, conforme a las que la UE “celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la UE”. Ese acuerdo se celebrará por el Consejo por mayoría cualificada y previa aprobación del PE (art. 50.2). El Estado miembro que se retire no participará ni en el CE ni en el Consejo a estos efectos (art. 50.4).

Se ha activado así, por primera vez, un mecanismo cuya aplicación irá despejando las dudas que su configuración concreta genera en diversos aspectos, incluido desde luego el del papel clave y el alcance de las Orientaciones del Consejo Europeo<sup>69</sup>. Podría añadir que la decisión de la Primera Ministra británica de convocar para junio de 2017 elecciones generales en el Reino Unido (se dice que para poder gestionar mejor un *Brexit* “duro”) añade una pizca de incertidumbre sobre el desenlace final de todo el asunto<sup>70</sup>.

16. El 31 de marzo de 2017 el Consejo Europeo aprueba un Proyecto de esas Orientaciones que deben marcar la negociación del acuerdo de retirada. El Proyecto debe ser debatido y acordado el 29 de abril de 2017<sup>71</sup>. El 6 de abril de 2017, el Parlamento Europeo adopta una resolución sobre el tema (*infra* párrafo 17).

El Presidente del Consejo Europeo formula el mismo 31 de marzo unas declaraciones en las que se da cuenta de “los principales elementos y principios de [su propuesta]”<sup>72</sup>. En ellas se indica que las negociaciones, “en las que la Unión Europea a 27 no persigue ni perseguirá un enfoque punitivo. El *Brexit* en sí mismo lo es ya suficientemente...”, se llevarán a cabo en dos fases: en la primera, se marcarán las condiciones de la retirada y en la segunda (“y solo una vez que se hayan hecho progresos suficientes sobre la retirada”) se diseñarán las relaciones futuras entre la Unión y el Reino Unido. Cuatro elementos articularán la primera fase:

- La regulación, antes que nada, del estatuto de los británicos en la Unión y de los ciudadanos europeos en el Reino Unido.
- Prevenir el vacío legal para las empresas de la Unión en el Reino Unido.

---

<sup>69</sup> Vid. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *op. cit.* (nota 68), pp. 18-21; sobre las dudas que la activación por vez primera del art. 50 del TUE plantea y de la situación generada por el *Brexit* mismo *vid.* además: MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *op. cit.* (nota 59), pp. 307-309.

<sup>70</sup> GUIMÓN, P.: “Theresa May adelantar las elecciones para reforzar su posición ante el *Brexit*”, 19 de abril de 2017, 9:10 h. (<http://www.internacional.elpais.com>) (consulta del 19 de abril de 2017).

<sup>71</sup> COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION: *European Council (Art. 5017). Draft guidelines following the United Kingdom's notification under Art. 50 TEU*, Brussels, 31 march 2017 (OR.en), XT 21001/17, LIMITE, BXT 5, pp. 1-9. Véase también *infra* VII. Epílogo,

<sup>72</sup> *Remarks by President Donald Tusk on the next steps following the United Kingdom's notification*, Statements and remarks 166/17, 31/03/2017.

- Decidir las responsabilidades y compromisos financieros que el Reino Unido tiene para con la Unión.
- La búsqueda de soluciones flexibles y creativas para evitar “a hard border” entre Irlanda del Norte e Irlanda. “Es de crucial importancia apoyar el proceso de paz en Irlanda del Norte”<sup>73</sup>.

Pero de particular relevancia para este Estudio es el párrafo o apartado 22 del Proyecto de Orientaciones, que dice así:

“After the United Kingdom leaves the Union no agreement between the European Union and the United Kingdom may apply to the territorio of Gibraltar without the agreement between the Kingdom of Spain and the United Kingdom” (véase *infra* VII. Epílogo).

La lógica jurídica de este apartado resulta impecable (también *supra* párr. 2). Gibraltar, como la Organización de Naciones Unidas ha dejado perfectamente claro, constituye un territorio colonial cuyo desenlace pasa, necesaria y exclusivamente, por la negociación y acuerdo bilateral entre el Reino Unido (potencia administradora del territorio colonial) y España. La Unión Europea no puede acordar nada con el Reino Unido sobre Gibraltar que España no apruebe<sup>74</sup>. Es así de sencillo. Este es el Derecho internacional en vigor, si se me permite decirlo así. Su reconocimiento por el Proyecto de Orientaciones, más allá de que pueda verse como un éxito de la diplomacia española, que sin duda lo es (*infra* párrafo 17), supone sencillamente la consecuencia de la realidad jurídica y política; y no obstante constituye también, el haberlo entendido, un acierto de la Presidencia del Consejo Europeo, y del Consejo Europeo mismo a 27, que también lo hizo.

Si esta disposición fuese finalmente adoptada el 29 de abril ayudaría sin duda a la propuesta española de establecer la cosoberanía hispano-británica en Gibraltar (*infra* párrs. 18-19).

17. El Proyecto de Orientaciones del Consejo Europeo, en particular su apartado 22, ha tenido la acogida que se intuía.

Para el Gobierno español, un éxito diplomático. Y una oportunidad de poner fin a un contencioso de más de trescientos años. Así lo han entendido los medios de comunicación de todo el mundo, entre ellos, como no podía ser de otro modo, los españoles<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Véase al respecto FRESNEDA, C.: “Gerry Adams: el Brexit destruirá el proceso de paz de Irlanda del Norte”, 23/01/2014, 2:57 (<http://www.elmundo/internacional/>); ID.: “El Brexit abre las puertas a la reunificación de Irlanda”, 14/04/2017, 16:47 (<http://www.elmundo/internacional/>) (consultas del lunes 17 de abril de 2017). Sobre el texto final, en relación con Irlanda del Norte, véase las Orientaciones adoptadas por el Consejo Europeo el 29 de abril cit. (*infra* nota 86), párr. 11.

<sup>74</sup> En el mismo sentido, considero, es la opinión de MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES: *op. cit.* (nota 59), pp. 310-311 y p. 319.

<sup>75</sup> ABELLÁN, L.: “Bruselas exige a Londres claros progresos en el divorcio antes de hablar de la futura relación”, 31 de marzo de 2017, 21:46 h., pp. 1-4, pp. 3, 4 (“el texto europeo incluye un impor-

Gibraltar lo ha recibido, claro, muy mal (casi cabría decir aquello, el Gobierno español lo podría decir, de “ladran, luego cabalgamos”). Declaraciones a un diario español (La Razón) del Ministro Principal de la Loca, Fabián Picardo, son buena prueba de ello<sup>76</sup>.

Y el Reino Unido sigue con sus compromisos con Gibraltar. Si en la reunión de principios de diciembre de 2016, en La Moncloa, entre el Ministro español de Asuntos Exteriores, Alfonso Dastis, la vicepresidenta Soraya Sáenz de Santamaría y el ministro británico para el *Brexit*, David Davies, este último reafirmó su intención de incluir a Gibraltar en las negociaciones con la Unión Europea<sup>77</sup>, Theresa May, primera ministra del Reino Unido, en su primera reunión (de más de dos horas, a puerta cerrada y sin declaraciones a su final) tras la activación del art. 50 del TUE el 29 de marzo con el Presidente del Consejo Europeo, y una vez adoptado el Proyecto de Orientaciones y su apartado 22, el jueves 6 de abril en Downing Street,

“ha dejado claro [portavoz] que en el asunto de Gibraltar, la postura del Reino Unido no ha cambiado: Reino Unido perseguirá el mejor acuerdo posible para Gibraltar mientras abandone la UE y no habrá negociación alguna sobre la soberanía de Gibraltar sin el consentimiento de su gente”<sup>78</sup>.

18. El Parlamento Europeo aprobó el miércoles 5 de abril una resolución sobre las *negociaciones con el Reino Unido a raíz de la notificación por la que declara su intención de abandonar la Unión Europea* (2017/2593 [RSP]). Se aprobó por amplia mayoría: 510 votos a favor, 133 en contra y 50 abstenciones.

La resolución pretende que el Consejo Europeo cuando debata, el 29 de abril, su Proyecto de Orientaciones:

“tenga en cuenta la presente Resolución al adoptar las orientaciones que definen el marco de negociación y establezcan las posiciones y principios generales que defenderá la Unión Europea” (párr. 34).

Recuérdese que en virtud del art. 50 del TUE, el acuerdo final que establezca las condiciones de la retirada de la Unión debe ser objeto de previa aprobación por el Parlamento Europeo. De ahí, de una parte, el interés en conocer ya, con

---

tante espaldarazo a España en el conflicto de Gibraltar...”, “pero con el Reino Unido en vía de salida del proyecto europeo, los Jefes de Estado y de Gobierno de los 27 no tienen ya reparos en abandonar la neutralidad en este territorio y defender abiertamente los intereses españoles”) (<http://internacional.elpais.com>); AYLLÓN, L.: “Gibraltar, el Gobierno español logra su primer triunfo tras abrirse la negociación del Bréxit”, 1 de abril de 2017, 15:01 h (<http://www.abc.es>); S.I. (Bruselas): “España podrá vetar cualquier acuerdo sobre Gibraltar tras la aplicación del ‘Bréxit’”, 1 de abril de 2017, 07:49 h. (<http://www.larazon.es>).

<sup>76</sup> MACHADO, A.: “Picardo se enroca y culpa a España de la situación en la queda el Peñón tras el Bréxit”, 1 de abril de 2017, 10:16 h. (<http://www.elmundo.es>); ROJO, A.: “Fabián Picardo: ‘No seremos víctimas del Bréxit’”, 2 de abril de 2017, 19:12 h., pp. 1-5 (<http://www.larazon.es>).

<sup>77</sup> EUROPA PRESS: “Reino Unido insiste a España en que incluirá a Gibraltar en las negociaciones del Brexit”, 2 de diciembre de 2016.

<sup>78</sup> GUIMÓN, P.: “May reitera a Tusk que no negociará sobre la soberanía de Gibraltar”, 6 de abril de 2017, 19:57 h., pp. 1-3 (p. 2) (<http://internacional.elpais.com>).

esta resolución, la posición de principio del Parlamento sobre el acuerdo del *Brexit*; y, de otra, la importancia de su posición, habida cuenta del alcance de la decisión parlamentaria, para el Consejo que negociará el acuerdo.

La Resolución del Parlamento Europeo está en la onda, sin duda, del Proyecto de Orientaciones que el Consejo Europeo aprobó el 31 de marzo. Me interesa en particular, como bien se comprenderá, el tema de Gibraltar.

La Resolución no menciona de manera expresa el tema de Gibraltar. No recoge, por tanto, el apartado 22 del Proyecto de Orientaciones. Algún medio periodístico ha afirmado en este sentido:

“el texto final es mucho más neutral que el borrador de directrices..., con el que España recibiría un derecho de veto de facto sobre cualquier relación post-Brexit entre Gibraltar y la Unión Europea. En el documento aprobado hoy por la Eurocámara no hay mención alguna del Peñón”<sup>79</sup>.

También es cierto que el Parlamento rechazó tres enmiendas propuestas por eurodiputados británicos (un conservador, un laborista y un euroescéptico), que proponían la inclusión en la Resolución de una mención sobre Gibraltar. A la propuesta de enmienda de la laborista Claire Moody, se sumaron eurodiputados española de Esquerra Republicana de Cataluña, Partido de Cataluña (antigua Convergencia) y del Partido Nacionalista Vasco, En ella (y en línea muy similar con las otras enmiendas de eurodiputados británicos), se quería precisar en el texto de la Resolución que:

“tanto Irlanda del Norte, como en Escocia y Gibraltar ganó la opción de la permanencia [en la Unión Europea]”,

En el debate, las quejas del eurófobo Nigel Farage, que consideraba que el tema de Gibraltar va a imposibilitar cerrar el acuerdo sobre el *Brexit*, pues España utilizará su veto si en él se incluye al Peñón, fueron respondidas no solo por eurodiputados españoles (como el socialista Ramón Jáuregui o el popular Esteban González Pons) sino también, y es importante, por Manfred Weber, el líder del Partido Popular Europeo que afirmó taxativamente:

“los españoles no estarán solos con respecto a Gibraltar frente a Londres. Los intereses de los españoles son los de todos los europeos”<sup>80</sup>.

Palabras similares a las de otro alto cargo de la Unión:

“En la Unión Europea a 27 Estados, ya solo están representados los argumentos de una de las dos partes”<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> ROIG, M.: “La Eurocámara fija su posición negociadora sobre el *Brexit* y rechaza tres enmiendas pro-Gibraltar”, 5 de abril de 2017, 13:54 h., pp. 1-2 (<http://www.expansion.com>).

<sup>80</sup> EFE: “El Parlamento Europeo deja fuera de las negociaciones del *Brexit* a Gibraltar”, 5 de abril de 2017, 13:37 h., pp. 1-2 (<http://www.abc.es>); ROIG, C.: “El Parlamento Europeo mantiene la última palabra de España sobre la cuestión de Gibraltar”, 5 de abril de 2017, 15:00 h., pp. 1-2 (<http://www.lavanguardia.com>); ROIG, M.: “La Eurocámara fija...” cit., pp. 1-2.

<sup>81</sup> ABELLÁN, L.: “Bruselas exige a Londres claros progresos en el divorcio...” cit. (nota 75), p. 4.

## V.—LAS ORIENTACIONES DEL CONSEJO EUROPEO, SÍ, EN PRINCIPIO AYUDAN (...).

19. Ayudan porque, de mantenerse el apartado 22 del Proyecto de Orientaciones, España tendrá un *ius prohibendi* sobre todo acuerdo del Reino Unido con la Unión Europea sobre Gibraltar que España no acepte.

Con ello, el Reino Unido y Gibraltar saben que nuestro país no podrá aceptar un acuerdo final entre la Unión y el Reino Unido que incluya, en todo o en parte, a Gibraltar, y que permita al Territorio seguir anclado, aunque sea de algún modo, a la Unión sin su (nuestro) consentimiento. Gibraltar y el Reino Unido sabrán entonces ya, si la propuesta española se mantiene en sus términos, que el único modo que el Peñón tiene de seguir en la Unión es el de formar parte de un Estado miembro de la Unión, y el Reino Unido ya no lo será. La cosoberanía permitiría que ello pudiera ser así. La cosoberanía permitiría a los gibraltareños, si es lo que quieren (como su Ministro Principal declaraba al diario español *La Razón*, tras conocerse el Proyecto de Orientaciones del Consejo Europeo), ser nacionales británicos<sup>82</sup>, seguir siéndolo; la cosoberanía permitiría a Gibraltar seguir con sus instituciones; la cosoberanía atribuiría a Gibraltar un régimen fiscal propio (*vid. supra* párr. 9). Es una propuesta generosa<sup>83</sup>.

Sí, España ve reforzado su mensaje a Gibraltar con el apartado 22 del Proyecto de Orientaciones aprobado el 31 de marzo de 2017: ¿Quieres Unión Europea? (sí, lo quiere), pues dado que el Reino Unido ya no es Unión Europea tendrás que aceptar alguna fórmula que te permita que el Derecho de la Unión se te aplique. Y más allá de las “teorías” que defienden (o consideran posible) la regulación, consumado el *Brexit*, de un estatuto especial para Gibraltar en la Unión Europea, “teorías” que a mi juicio no respetan la doctrina consolidada de Naciones Unidas sobre Gibraltar ni se ajustan al Derecho de la Unión<sup>84</sup>, esa fórmula es que España, que sí es Unión Europea, tenga también soberanía<sup>85</sup>.

20. Se conseguiría por fin, después de más de trescientos años, eliminar un anacronismo y acabar con un polo de tensión permanente entre dos Estados amigos y aliados, las Dos Coronas.

21. Pero no será fácil, no.

---

<sup>82</sup> “Permaneceremos 100% británicos” (ROJO, A. cit., nota 76, p. 1).

<sup>83</sup> Véanse por ejemplo las “cinco ventajas” que Martín Ortega ha visto en la propuesta española: ORTEGA CARCELÉN, M.: *op. cit.* (nota 1), pp. 3-8.

<sup>84</sup> Sobre esas, que he llamado, “teorías” *vid.* MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *op. cit.* (nota 59), pp. 317-319; ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: “La nueva propuesta española de soberanía conjunta sobre Gibraltar en la encrucijada postBrexit”, *Revista General de Derecho Europeo*, 41 (2017), pp. 1-14.

<sup>85</sup> “España sería el Estado miembro de la Unión que conjuntamente con el Reino Unido (ya no miembro) asumiría sus relaciones exteriores en el sentido del art. 355.3 del TFUE” (MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *op. cit.*, nota 68, p. 22); también en ID.: *op. cit.* (nota 59), pp. 312, 319 (“Cuando el Reino Unido deje de ser un Estado miembro de la Unión Europea, el vínculo de Gibraltar con el art. 355.3 TFUE desaparecerá”),

## **VI.—Y, SIN EMBARGO (...)**

22. Nada hay, empero, decidido. Sería ingenuo en consecuencia “lanzar al vuelo campana alguna”.

Uno, está por ver si el 29 de abril el apartado 22 del Proyecto de Orientaciones del Consejo Europeo se mantiene tal cual; parece lógico esperararlo, pero está por ver en todo caso. Y dos, el Reino Unido, como hemos visto, pretende conseguir en su acuerdo un estatuto para Gibraltar y no negociará el tema de la soberanía si Gibraltar no quiere (...).

23. Si todo sigue así, el previsible veto de España a un acuerdo que proyecte para Gibraltar un cierto estatuto en el seno de la Unión, en el marco de la situación existente entre el Reino Unido y su Colonia, impedirá este.

Y se abre así la posibilidad del escenario de una eventual “retirada unilateral” pasado el plazo de dos años (si no se prorroga) de negociación sin acuerdo. Y con Gibraltar donde siempre ha estado, como siempre ha estado (...).

## **VII.—EPÍLOGO**

24. El texto definitivo de las Orientaciones, adoptado por el Consejo Europeo el sábado 29 de abril de 2017<sup>86</sup>, dice así, respecto del tema de Gibraltar:

“Una vez que el Reino Unido haya abandonado la Unión, ningún acuerdo entre la UE y el Reino Unido podrá aplicarse al territorio de Gibraltar sin acuerdo entre el Reino de España y el Reino Unido” (párr. 24).

Murcia, jueves 27 y domingo 30 de abril de 2017

---

<sup>86</sup> CONSEJO EUROPEO: *Reunión extraordinaria del Consejo Europeo (art. 50) (29 de abril de 2017)-Orientaciones*, Bruselas 29 de abril de 2017 (OR-en), EUCO XT 20004/17, BXT 10, CO EUR 5, CONCL 2, pp, 1-10.

# EL *BREXIT* Y GIBRALTAR: LAS AGUAS DE LA COLONIA

**CARLOS JIMÉNEZ PIERNAS**

*Catedrático de Derecho Internacional Público  
Universidad de Alcalá*

SUMARIO: I.—Introducción. II.—La doctrina de la costa seca y las aguas del istmo. III.—Posibilidades en el frente marítimo de la nueva propuesta de cosoberanía.

## I.—INTRODUCCIÓN

El hilo conductor de esta aportación lo brinda el *Brexit*, es decir la anunciada salida del Reino Unido (RU) de la Unión Europea (UE), cuyas condiciones deben negociarse a partir del día 29 de marzo de 2016<sup>1</sup> y por un período de dos años entre este Estado y las instituciones de la Unión. En este sentido, las directrices para dicha negociación, aprobadas unánimemente por el Consejo Europeo el 29 de abril, dedican un punto, el 24, a Gibraltar, donde además de excluir a la colonia de tal negociación<sup>2</sup>, se afirma taxativamente que tras la salida del RU de la UE, cualquier acuerdo sobre ese territorio deberá contar previamente con el beneplácito de España<sup>3</sup>. Ello sitúa el estatuto jurídico de la colonia sobre bases distintas de las vigentes,

---

<sup>1</sup> Fecha en la que el Embajador británico ante la Unión Europea presentó formalmente la solicitud que activa el art. 50 del Tratado de la Unión Europea (TUE), que regula muy levemente el supuesto de la retirada de un Estado miembro.

<sup>2</sup> No se olvide que en Gibraltar se aplica el Derecho de la UE, con algunas significativas particularidades, en tanto que territorio de cuyas relaciones exteriores es responsable el RU (art. 355.3 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, TFUE).

<sup>3</sup> Ver las “Draft guidelines following the United Kingdom’s notification under article 50 TEU”, preparadas por la Presidencia del Consejo Europeo (Doc. XT 21001/17, 31 March 2017), y aprobadas por el

volviendo a prevalecer en la controversia el Derecho Internacional (DI) particular (léase el Tratado de Utrech de 1713) y el DI general, es decir, la Carta de las Naciones Unidas y el derecho de la descolonización, ya que a Gibraltar se le considera un territorio no autónomo administrado por el RU y pendiente de descolonizar en un proceso supervisado por las Naciones Unidas; sin olvidar el Derecho de los tratados, que establece que la terminación de un tratado según sus disposiciones “no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación”<sup>4</sup>.

Se entiende que, con ocasión del *Brexit*, la posición defendida por España en Bruselas sobre la colonia haya sido la vuelta al *statu quo* antes de la adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1986, evitando lógicamente cualquier concesión o ventaja para Gibraltar sin contraprestación para España, que pudiera deslizarse ya en la negociación del acuerdo de salida del RU que ahora se emprende como en la que se seguirá simultánea o sucesivamente sobre el acuerdo que fije la futura relación entre el RU y la UE. Pues bien, el punto 24 citado confirma y avala plenamente esta posición. La verdad es que esa directriz no tiene nada de extraordinario y viene dictada por el sentido común jurídico. Al margen del éxito político que pueda suponer el reconocimiento de principio por parte de la UE, a la vista de las nuevas circunstancias, de que existe una controversia bilateral (hispano-británica) sobre Gibraltar en la que no va a interferir, que son las partes quienes deben dirimirla como buenamente puedan y, mediando en su caso los correspondientes acuerdos, la UE los conocería e intervendría con posterioridad sólo en aquellas materias que le competan. Viene esto a cuento del eco y la expectación en nuestra opinión excesivos que ha levantado en los medios de comunicación de ambos Estados, en relación con Gibraltar, tanto el *Brexit* como el punto 24 de las directrices de negociación de la UE. Recomendamos desde ahora mismo mucha mesura y una atmósfera tranquila sobre el conjunto de la controversia, sobre todo al calor de las posibles consecuencias que puedan derivarse del *Brexit* para el estatuto futuro de la colonia, evitando intentos espurios de contaminarlo aún más de lo que habitualmente ha estado con proclamas patrióticas y partidistas, amén de pretensiones desmesuradas que en nada contribuirían al buen fin de dicha controversia.

---

Consejo Europeo extraordinario del 29 de abril, cuyo punto 24 dice así: “After the United Kingdom leaves the Union, no agreement between the EU and the United Kingdom may apply to the territory of Gibraltar without the agreement between the Kingdom of Spain and the United Kingdom.” Ello nos permite establecer un marco de análisis fuera del ámbito específico de la UE y del estatuto particular que la colonia ha alcanzado en su seno. De ahí que prescindamos de estudiar propuestas planteadas en otro contexto bien distinto del que crea el *Brexit*, como las contenidas en los trabajos de GONZÁLEZ GARCÍA, I., “La bahía de Algeciras y las aguas españolas”, en VALLE GÁLVEZ, A. y GONZÁLEZ GARCÍA, I. (Eds.), *Gibraltar, 300 años*, Cádiz 2004, 211-236, pp. 232-235; y de VALLE GÁLVEZ, A., GONZÁLEZ GARCÍA, I. y VERDÚ BAEZA, J., “¿Es posible un acuerdo de delimitación de aguas con Gibraltar?”, en GONZÁLEZ GARCÍA, I. y VALLE GÁLVEZ, A. (Eds.), *Gibraltar y el Foro Tripartito de Diálogo*, Madrid 2009, 293-317, pp. 312-317.

<sup>4</sup> Ver art. 70.1.b) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 21 de marzo de 1986, aún no en vigor. Pero esta disposición declara el derecho consuetudinario en la materia.

La academia no ha permanecido impassible ante las nuevas circunstancias. Se han publicado diversas aportaciones al respecto, alguna incluso previa<sup>5</sup> al desafortunado referéndum del 23 de junio de 2016, ganado por un estrecho margen de votos por los partidarios de la salida del RU de la Unión. Otras han salido ya tras el referéndum y al calor del debate suscitado por la nueva propuesta española de soberanía conjunta para Gibraltar, presentada en la sesión de octubre de 2016 de la Cuarta Comisión de la Asamblea General y también ante las instituciones europeas y sus Estados miembros<sup>6</sup>. Esta nueva propuesta bebe desde luego en propuestas previas del mismo tenor y se articula básicamente sobre los siguientes elementos: régimen de cosoberanía para el Peñón, sin concretar si temporal o ilimitado; doble nacionalidad para los ciudadanos gibraltareños que lo deseen, que accederían así a la ciudadanía europea; amplio régimen de autonomía para Gibraltar amparado en el art. 144 de la Constitución Española (CE), inclusive un régimen fiscal particular compatible con el derecho de la UE; desmantelamiento de la Verja y desaparición de los controles fronterizos; y, por último, la integración definitiva de Gibraltar en la UE bajo un régimen especial. Salvo el primer elemento, dirigido al gobierno británico, todos los demás responden a la voluntad de atraer a la población gibraltareña y animarla a considerar el cambio de su estatuto jurídico.

Desde una perspectiva política y jurídica, la nueva propuesta española de cosoberanía se nos antoja prematura en cuanto al tiempo e inoportuna en cuanto a su contenido. Esta propuesta hubiera merecido someterse a alguna clase de acuerdo o consenso previo por parte de las Cortes que la fortaleciera, al tratarse de un asunto relevante para la soberanía nacional<sup>7</sup>. Es muy probable que no se hiciera porque se sabía de antemano que ese consenso no iba a ser posible por

---

<sup>5</sup> MANGAS MARTÍN, A. “¿Brexit? Escenarios internacionales y Gibraltar”, documento de trabajo 9/2016 (17 de junio de 2016) del RIE, 16 pp., en [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org), que aborda en las pp. 12-15 una breve presentación de los problemas que abriría un triunfo del *Brexit* en el referéndum.

<sup>6</sup> En general, a causa de su carácter prematuro es inevitable encontrar componentes especulativos en muchas publicaciones sobre el tema. Ver entre otros ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “La nueva propuesta española de soberanía conjunta: Gibraltar en la encrucijada *postbrexit*”, en *Revista General de Derecho Europeo*, 41 (2017), 14 pp., que repasa el estado de la cuestión a raíz de la presentación de dicha propuesta y desmonta las extravagantes pretensiones de Fabián Picardo, Ministro Principal de la colonia, preocupado por encontrar alguna salida a la pérdida segura del estatuto privilegiado de la colonia tras el *Brexit*. ORTEGA CARCELÉN, M., “La propuesta de cosoberanía para Gibraltar: beneficios para todos”, ARI 33/2017 (11 de abril de 2017) del RIE, 9 pp., en [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org), que subraya la ventana de oportunidad que abre el *Brexit* para una futura negociación visto el voto masivo de los gibraltareños a favor de la permanencia en la UE. REMIRO BROTONS, A., “Gibraltar en la política exterior de España”, *Cuadernos de Gibraltar/Gibraltar Reports* (revista on line), n.º 2 (2016-2017), 29-40, pp. 37-40. Y VALLE GÁLVEZ, A., “Gibraltar and the ‘Brexit’. New Scenarios within a Historic Dispute. A Proposal” (17 April 2017), en <http://verfassungsblog.de/gibraltar-and-the-brexit-new-scenarios-within-a-historic-dispute-a-proposal/>, que advierte sobre el clima de confrontación con la colonia que ha caracterizado en su opinión el período 2013-2015, la conveniencia de alcanzar cuanto antes alguna clase de *modus vivendi* sobre todo en el paso fronterizo y la cooperación transfronteriza pero que abarque también el uso del aeropuerto y la navegación por la aguas vecinas, para conceder cierta seguridad a las poblaciones afectadas, y aboga por que se aparque la reclamación española de soberanía que no ve viable.

<sup>7</sup> Ver el art. 94.1 de la CE.

razones que no vienen al caso. Tampoco parecía idóneo concretar ya la propuesta de cosoberanía y quedarse apenas sin bazas negociadoras. En fechas tan tempranas del que se presume largo y tortuoso proceso negociador del RU con la UE, hubiera bastado, sin entrar en más detalles, con remitirse a propuestas de cosoberanía anteriores, al respeto de los derechos adquiridos durante la vigencia del Derecho de la UE y a ofrecer seguridades sobre la buena voluntad del gobierno español para amortiguar en lo posible los riesgos que ahora amenazan, por ejemplo, la prosperidad económica de la colonia, siempre que ello fuera también en beneficio del Campo de Gibraltar, otro vector clave de cualquier propuesta española sobre el Peñón. A fin de cuentas, las anteriores propuestas españolas sobre cosoberanía atendían a una situación bien distinta de la presente, en la que Gibraltar se encuentra con un pie fuera de la UE y a punto de que la Verja se convierta formalmente en frontera exterior de la Unión.

Ahora bien, se nos propone trabajar ya sobre esa propuesta de cosoberanía y el escenario bilateral que plantea. Se trata de saber, a la vista de sus elementos principales, si aporta algo al tema que nos ocupa, que es el régimen jurídico de las aguas de la colonia. Antes de realizar este ejercicio, recordemos primero brevemente cuál es el estado de la cuestión.

## **II.—La doctrina de la costa seca y las aguas del istmo.**

Las aguas que rodean el Peñón forman precisamente uno de los frentes, el marítimo, de la controversia. ¿Cuál es el núcleo de esta controversia marítima? En resumen, España sostiene al menos desde los años sesenta del siglo pasado que sólo cedió a la Corona británica la plaza y el puerto de Gibraltar, y que, por tanto, en aplicación de la llamada doctrina de la “costa seca”, cualquier pretensión británica sobre las aguas de la Bahía de Algeciras es ilegal por ser contraria a la letra del Tratado, El RU, sin embargo, defiende el principio de que “la tierra domina al mar”, considerando que la cesión de un territorio comprende necesariamente la cesión de los espacios marinos adyacentes al mismo, al menos conforme al DI vigente..

La redacción del art. X del Tratado de Utrecht es muy escueta e imprecisa, propia de la época (comienzos del siglo XVIII) en que se celebró el Tratado. Dice así: “la ciudad y castillo de Gibraltar, juntamente con su puerto, defensas y fortaleza que le pertenecen”. Su interpretación ha provocado la controversia sobre las aguas entre ambos Estados, que corre paralela a la controversia principal acerca de la devolución de la soberanía sobre el Peñón que viene reclamando España. Existe constancia de su origen al menos desde el siglo XIX, cuando buques del RU comienzan a fondear fuera del puerto y cerca de la costa, alegando los británicos que esas aguas se encontraban dentro del alcance de los cañones de la guarnición y, por tanto, estaban bajo soberanía británica<sup>8</sup>. La regla del alcance del cañón, la más

---

<sup>8</sup> Nota de 30 de noviembre de 1826 del Secretario del *Foreign Office*.

antigua que conoce la práctica internacional a la hora de establecer la soberanía del Estado ribereño sobre su mar territorial (MT), establecía que la soberanía del ribereño sobre las aguas adyacentes a sus costas era mera extensión de la que ejercía sobre la tierra. Esta regla fue, a su vez, el origen de la regla de las tres millas de extensión del MT, ya que el alcance máximo del fuego de cañón fue durante cierto tiempo de unas tres millas<sup>9</sup>. Ya sabemos que la extensión del MT es ahora de hasta 12 millas<sup>10</sup>, aunque la evolución de la extensión del MT no interesa en principio para este caso. España rechazó la pretensión británica años después<sup>11</sup>.

Pero lo cierto es que hasta la segunda mitad del siglo XX no se plantea abiertamente y con encono una diferencia entre ambas partes en torno no ya a los límites marítimos del puerto de Gibraltar sino sobre la misma existencia y delimitación de las aguas adyacentes de la colonia. Desde entonces, España y el RU no han cedido formalmente en sus pretensiones. El RU, en concreto, ha reiterado su derecho a extender su soberanía a una zona de mar adyacente a la costa del Peñón que califica como MT. En 1966, en una etapa de recrudescimiento de la diferencia entre ambas partes coincidente con la acelerada evolución del Derecho del Mar, el RU reafirmó su posición, fundada en su opinión en una delimitación unilateral de las aguas del Peñón hecha un siglo antes, que alcanza 1,5 millas en la zona de poniente, en la Bahía de Algeciras, y 3 millas en la zona de levante del Peñón. España, por el contrario, se aferra al tenor literal del art. X del Tratado de Utrecht, y se niega a reconocer cualquier derecho británico más allá de las aguas interiores del puerto<sup>12</sup> de Gibraltar, aplicando pues la doctrina de la “costa seca”.

España ha mantenido formalmente su posición en ocasiones significativas aunque recientes en el tiempo. Por ejemplo, al adherirse a dos de los Convenios de Ginebra de 1958 sobre el Derecho del Mar<sup>13</sup>. Más de 20 años después, España formuló en el mismo sentido una declaración interpretativa dedicada a Gibraltar con ocasión de la firma, el 4 de diciembre de 1984, de la citada Convención de 1982. Es una fórmula de estilo que España reiteró en los mismos términos, junto a otras declaraciones generales y particulares, con ocasión de la posterior ratificación de esta Convención el 20 de diciembre de 1996, y que reza así: “España, en el momento de proceder a la ratificación, declara que este acto no puede ser interpretado como reconocimiento de

---

<sup>9</sup> GIDEL, G., *Le droit international public de la mer*, 3 vols., Paris 1932-1934.

<sup>10</sup> Ver el art. 3 (anchura del mar territorial) de la Convención sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, en vigor desde el 16 de noviembre de 1994 (a partir de ahora, Convención o Convención de 1982). España es parte (*BOE* de 14 de febrero de 1997 y corrección de errores en *BOE* de 7 de junio).

<sup>11</sup> Por Nota de 11 de diciembre de 1852.

<sup>12</sup> Ver arts. 8 (aguas interiores) y 11 (puertos) de la Convención de 1982.

<sup>13</sup> Una Conferencia codificadora, celebrada en Ginebra, adoptó el 29 de abril de 1958 cuatro convenciones, de las que España es parte. La que más interesa a nuestros efectos es la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua, que entró en vigor el 10 de septiembre de 1964 y para España el 27 de marzo de 1971 (*BOE* de 24 de diciembre), y que sigue en vigor. Pueden consultarse todos los convenios y anexos en el Acta Final de la Conferencia (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Sesiones Plenarias* (A/CONF.13/38)).

cualesquiera derechos o situaciones relativas a los espacios marítimos de Gibraltar que no estén comprendidos en el artículo 10 del Tratado de Utrecht, de 13 de julio de 1713, suscrito entre las Coronas de España y Gran Bretaña”<sup>14</sup>.

Pero en esta ocasión se añadió además una segunda parte a la declaración, en la que España declara inaplicable al caso de Gibraltar la Resolución III adoptada en el seno de la Conferencia que adoptó la Convención de 1982<sup>15</sup>. Dice así: “España considera asimismo, que la Resolución III de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no es aplicable a la colonia de Gibraltar, la cual está sometida a un proceso de descolonización en el que son aplicables exclusivamente las resoluciones pertinentes adoptadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas”. Por supuesto y mediante otra declaración interpretativa<sup>16</sup>, el RU se preocupó de rechazar la declaración española y declararla infundada, tanto respecto a la soberanía británica sobre el MT de Gibraltar como sobre la plena aplicación de la Resolución III de la Tercera Conferencia al Peñón. Merece la pena recoger literalmente la Resolución III:

*“La Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar,*

*Teniendo en cuenta* la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar,

*Teniendo presente* la Carta de las Naciones Unidas, en particular el Artículo 73 [sobre los territorios no autónomos],

*1. Declara* lo siguiente:

- a) En el caso de un territorio cuyo pueblo no haya alcanzado la plena independencia u otro régimen de autonomía reconocido por las Naciones Unidas, o de un territorio bajo dominación colonial, las disposiciones concernientes a derechos e intereses con arreglo a la Convención se aplicarán en beneficio del pueblo del territorio con miras a promover su bienestar y desarrollo;
- b) En el caso de una controversia entre Estados relativa a la soberanía sobre un territorio al que sea aplicable la presente resolución y respecto de la cual las Naciones Unidas hayan recomendado determinados medios de solución, las partes en esa controversia celebrarán consultas acerca del ejercicio de los derechos a que hace referencia el apartado a). En esas consultas, los intereses del pueblo del territorio de que se trate constituirán una consideración fundamental. Esos derechos se ejercerán teniendo en cuenta las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas y sin perjuicio de la posición de ninguna de las partes en la controversia. Los Estados interesados harán todo lo posi-

---

<sup>14</sup> Nos centraremos en la Convención de 1982 porque, una vez en vigor para España, el art. 311.1º de la misma establece que prevalecerá sobre los cuatro Convenios de Ginebra de 1958 en las relaciones entre los Estados partes, como sucede con España y el RU. No obstante, las instituciones del vigente Derecho del Mar que vamos a manejar son de naturaleza consuetudinaria general, salvo advertencia en contrario.

<sup>15</sup> Acta Final de la Tercera Conferencia en Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, vol. XVII (A/CONF.62/121 y 122), p. 152.

<sup>16</sup> Ver el apartado d) de la Declaración del RU de 12 de enero de 1998, en la web de las Naciones Unidas.

ble por concertar arreglos provisionales de carácter práctico y no pondrán en peligro ni dificultarán el logro de una solución definitiva de la controversia;

2. *Pide* al Secretario General de las Naciones Unidas que señale la presente resolución a la atención de todos los Miembros de las Naciones Unidas y de los demás participantes en la Conferencia, así como de los órganos principales de las Naciones Unidas, y les solicite que cumplan lo dispuesto en ella.”

En resumen, la Resolución III dice que las disposiciones sobre derechos e intereses con arreglo a la Convención de 1982 se ejercerán en beneficio de los pueblos sometidos a dominación colonial (apartado a). En su apartado b, la Resolución establece una excepción para aquellos territorios sobre los que existe una controversia territorial entre Estados (como es el caso de Gibraltar), en cuya virtud la atribución de los espacios marinos y los derechos sobre ellos quedan pendientes de la solución de la controversia mediante los medios previstos en las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas; mientras la controversia no se resuelva, el ejercicio provisional de estos derechos queda supeditado al acuerdo entre las partes. Volveremos más tarde sobre esta Resolución III, porque es relevante para la controversia sobre Gibraltar.

Aunque con otra redacción, la cláusula de salvaguardia citada *supra* se recoge en la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial<sup>17</sup>, y en la Orden de 18 de marzo de 1993, sobre zonas prohibidas y restringidas al vuelo<sup>18</sup>. Más recientemente, España ha reiterado su posición en una Nota verbal n.º 151/11, de 12 de julio 2007, relativa al apresamiento del *Odissey*, buque de una empresa norteamericana y registrado en Panamá implicado en un caso relacionado con la protección del patrimonio subacuático. En dicha Nota, España alega que tiene derecho a un MT de hasta 12 millas; y que en el caso de costas adyacentes o enfrentadas, como ocurre en el Estrecho de Gibraltar, el art. 15 de la Convención de 1982 prevé una excepción al régimen general de la línea media equidistante, cuando sea necesario delimitar el mar territorial de forma distinta a causa de la existencia de derechos históricos o por otras circunstancias especiales<sup>19</sup>; tal y como sucedería, en opinión de España, con el art. X del Tratado de Utrecht.

Esta controversia ha tenido inevitablemente secuelas recientes en el plano comunitario. Con motivo, por ejemplo, de la fijación en 2009 de los LIC (Lugares de Interés Comunitario), que son ecosistemas protegidos con el fin de garantizar la biodiversidad, porque ha provocado la reivindicación por ambas partes (británica y española) de un nuevo LIC donde se solapan las áreas marinas objeto de

---

<sup>17</sup> BOE de 8 de enero de 1977.

<sup>18</sup> BOE de 23 de enero de 1993.

<sup>19</sup> La última parte del art. 15 de la Convención de 1982 dice literalmente: “No obstante, esta disposición [que fija la regla de la línea media equidistante para delimitar el MT entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente] no será aplicable cuando, por la existencia de derechos históricos o por otras circunstancias especiales, sea necesario delimitar el mar territorial de ambos Estados en otra forma.”

la controversia. Estos lugares, seleccionados por los Estados miembros, pasan a formar parte de las Zonas de Especial Conservación integradas en la Red Natura 2000 europea. Pero este otro desencuentro jurídico, una prueba más de las diferencias que mantienen las partes en lo que concierne al frente marítimo de la controversia, no nos interesa por el momento porque la UE no ha entrado jamás en la disputa sobre la soberanía y la delimitación de las aguas de Gibraltar, que quedan fuera de sus competencias<sup>20</sup>.

No vamos a entrar a juzgar la validez jurídica de las tesis de una y otra parte en relación con las aguas del Peñón porque no interesa para los fines que perseguimos, que son redactar un breve ejercicio sobre cómo afecta al frente marítimo de la controversia la nueva propuesta de cosoberanía. Ahora bien, sí merece la pena referirse en este contexto a las llamadas aguas del istmo. En cuanto a la controversia sobre las aguas adyacentes al istmo de Gibraltar, conviene aclarar que el istmo no fue cedido a la Corona británica en el Tratado de Utrecht. La reivindicación del RU de este territorio y de las aguas adyacentes se basa en la supuesta adquisición de un título de soberanía por prescripción, título que España no reconoce. El modo de adquisición de la soberanía por medio de la prescripción adquisitiva consiste resumidamente en posesionarse de un territorio que pertenece a otro Estado, ejerciendo sobre el mismo la autoridad estatal durante un período de tiempo suficientemente amplio, sin que se produzcan actos de protesta por parte del otro Estado. La CIJ ha aceptado este modo de adquisición en el Caso de las *islas de Kasikili/Sedudu (Botsuana/Namibia)*, si bien consideró que Namibia no había probado con precisión los actos de autoridad capaces de justificar el título de soberanía en la doctrina de la prescripción<sup>21</sup>. Parece lógico que, dada la naturaleza de este modo de adquisición, la prueba del título sea exigente, lo que favorece *a priori* los intereses de España.

A los efectos que nos ocupan, España ha distinguido genéricamente entre territorio cedido y territorio del istmo, limitándose a reiterar que no reconoce al RU más aguas que las cedidas expresamente en el Tratado de Utrecht, es decir, las del antiguo puerto de Gibraltar. No obstante y conforme a lo hasta ahora expuesto, la atribución de las aguas del istmo a uno u otro Estado dependerá exclusivamente de una decisión sobre la soberanía del territorio del istmo. Si un tribunal internacional entendiera del pleito y considerara suficientemente probada la adquisición por prescripción, el RU tendría derecho igualmente a un MT adyacente a ese territorio. Si, al contrario, diera por buenos los argumentos de España y fallara a su favor, zanjaría la diferencia obligando al RU a la retrocesión de esa pequeña porción de territorio, y las aguas adyacentes quedarían

---

<sup>20</sup> Ver el Real Decreto 1620/2012, de 30 de noviembre (*BOE* de 1 de diciembre de 2012), por el que España crea una Zona de Especial Conservación (ZEC) en el Estrecho. Ver también por ej. el art. 2 de la Directiva 2014/89/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, por la que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo (*DOUE* de 28 de agosto de 2014).

<sup>21</sup> Ver la Sentencia de 13 de diciembre de 1999 en ICJ, *Rep. 1999*, párrs. 93 y ss., en particular 97-99.

*ipso facto* bajo soberanía española. Por tanto, la reivindicación española de las aguas adyacentes al istmo se aleja de Utrecht y se aproxima al DI general: el RU usurpó ilegalmente en su día esa porción de territorio (no cedido en Utrecht) y, por tanto, no posee título legítimo alguno sobre las aguas adyacentes al istmo. En definitiva, el asunto de las aguas del istmo se relaciona cabalmente con la soberanía sobre esa pequeña porción de tierra, es decir, con la presentación de medios de prueba por ambas partes en favor de sus respectivas tesis, una en pro de la prescripción (el RU) y otra en contra de su perfección como título (España). A sabiendas de que la parte que alegue mejores títulos obtendría también en consecuencia la soberanía sobre las aguas adyacentes.

Es cierto, por otra parte, que el apartado b) de la Resolución III de la Tercera Conferencia citada *supra* sostiene que, mientras la controversia no se resuelva, el ejercicio provisional de los derechos sobre las aguas queda pendiente del acuerdo entre las partes. Entretanto, las partes deben conducirse con prudencia, absteniéndose de cualquier acto susceptible de agravar la controversia o dificultar el acuerdo<sup>22</sup>. Ahora bien, la declaración interpretativa de España, ya citada, considera inaplicable la Resolución III al caso de la colonia de Gibraltar por estar sometida ya a un proceso propio de descolonización basado en las resoluciones pertinentes adoptadas por la AG de las Naciones Unidas<sup>23</sup>. No obstante, en la realidad de los hechos, la práctica reciente en torno a las aguas de Gibraltar encaja perfectamente en el tenor literal de la Resolución III. Porque las aguas que rodean el Peñón son aguas en controversia entre España y el RU, cuya superación pasa por la aplicación de los medios de solución previstos en las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas. Como la solución de esta controversia aún no se ha logrado, el ejercicio provisional de los derechos previstos en la Convención de 1982 se ha venido realizando mediante acuerdo entre las partes, al margen de las formas que haya adoptado. Pero el acuerdo se ha hecho con el tiempo cada vez más difícil por diversas razones que ahora no merece analizar. Si bien una de ellas es evidente: el interés, político y jurídico, del gobierno local (de Gibraltar) en trasladar a las aguas la controversia sobre la tierra. Viene contando para ese objetivo con la connivencia del RU en tanto que potencia administradora.

---

<sup>22</sup> La Resolución III recoge aquí una obligación bien establecida en el DI general sobre el arreglo pacífico de las controversias internacionales (ver la Res. 2625 de la AG, de 24 de octubre de 1970, y la 37/10, de 15 de noviembre de 1982, que contiene la Declaración de Manila sobre arreglo pacífico de las controversias internacionales).

<sup>23</sup> Parece evidente que España considera la controversia virtualmente resuelta a su favor y sólo pendiente del cumplimiento por parte del RU de las resoluciones de las Naciones Unidas, al tiempo que evita cualquier duda sobre la consideración como pueblo de la población gibraltareña y la aplicación del derecho común (los arts. 2 y 3 de la Convención de 1982, en detrimento del Tratado de Utrecht) a las aguas adyacentes al Peñón. No obstante, parece también obvio que la controversia sigue abierta y pendiente de solución. Ver en este sentido, por ejemplo, la recopilación de documentos elaborada por el MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN, *The question of Gibraltar*, Madrid 2008, que parte de 1964 y se centra salvo alguna excepción en la práctica de las Naciones Unidas.

De hecho, hasta finales de 1996 los pesqueros españoles faenaban en los caladeros próximos al Peñón sin problemas. En marzo de 1997 se produjo el apresamiento de un pesquero español, multiplicándose desde entonces los incidentes al llevar a cabo las autoridades gibraltareñas una estricta aplicación de una ley local de protección de la naturaleza que databa de 1991, dificultando la pesca tradicional llevada a cabo desde tiempo inmemorial por barcos españoles en las aguas de la Bahía bajo el pretexto de la preservación del medio marino.

Tras largas negociaciones, los gobiernos de España y el RU adoptaron el 5 de octubre de 1998 un compromiso para la pesca en las aguas de la bahía de Algeciras próximas al Peñón, con el fin de volver a la situación imperante antes de los hostigamientos de 1997, en la que los pesqueros españoles faenaban sin problemas dentro de las aguas en litigio (recordemos que 1,5 millas en poniente y 3 millas en levante). Se trató de un compromiso, entendimiento o *modus vivendi* que por supuesto mantenía incólumes las posiciones de las partes en materia de soberanía. De manera que dicho *modus vivendi* no implicaba reconocimiento por parte de España de la soberanía británica sobre las aguas en disputa, ni la aceptación británica de la pesca tradicional en las mismas implicaba lo contrario.

Su contenido podría sintetizarse así: 1.º se prohibía la pesca en las llamadas aguas del Almirantazgo, a saber, en una zona de seguridad de una anchura de 200 metros hacia el interior de la Bahía y paralela a la entrada del puerto de Gibraltar (que, no lo olvidemos, es una base militar)<sup>24</sup>; 2.º se adoptaba la práctica comunitaria de las dos listas (una lista de barcos pesqueros autorizados a faenar en esas aguas y otra del número de barcos que pueden permanecer a la vez en las aguas en disputa y faenar en ellas), fijándose un sistema de rotación; 3.º se recomendaba templanza y autocontrol recíprocos por parte tanto de la policía gibraltareña como de los pesqueros españoles, a fin de evitar abusos e infracciones de una y otra parte.

No obstante, las autoridades gibraltareñas boicotearon este compromiso ante la inacción del gobierno británico y, en consecuencia, los hostigamientos a los pesqueros españoles continuaron, sin que el gobernador británico se atreviera a dejar en suspenso la ley gibraltareña de protección de la naturaleza, conforme a los poderes de que dispone. Finalmente, el 3 de febrero de 1999 se llegó a un acuerdo entre los pescadores españoles del Campo de Gibraltar y el Ministro Principal de Gibraltar para poner fin a los incidentes y volver al *modus vivendi* anterior a 1997. El gobierno español no se opuso a este arreglo, al que tampoco reconoció ninguna consecuencia formal, ya que vendría a ser en su opinión un arreglo entre particulares.

---

<sup>24</sup> El 95% de esa banda de agua no alcanza, por cierto, una profundidad superior a los 35 metros; por tanto, son aguas en las que no está permitida la pesca según la legislación española y comunitaria.

Las autoridades gibraltareñas se han acostumbrado a hostigar a los pesqueros españoles cada vez que interesa a sus propósitos, de modo que con relativa frecuencia se producen incidentes que cuestionan la estabilidad de cualquier arreglo o componenda. La situación en las aguas adyacentes a la colonia se ha vuelto muy inestable, porque la posición de las autoridades gibraltareñas se ha ido endureciendo con el paso del tiempo, denunciando por ejemplo la violación de la Convención de 1982 por las incursiones frecuentes de buques de Estado españoles en el MT de la colonia sin atenerse a las condiciones establecidas para el derecho de paso inocente por esas aguas<sup>25</sup>. En suma, a la vista de todo lo acontecido desde 1997, la confrontación sobre la pesca y otros usos en las aguas adyacentes a la colonia ha servido como un medio de propaganda y de presión política usado por las autoridades locales para hacerse notar y convertirse en protagonistas e interlocutores al menos de las cofradías de pescadores de Algeciras, al margen de las autoridades británicas y muy a pesar del gobierno español. El caso es que la posición jurídica de España se ha ido deteriorando en las aguas adyacentes al Peñón desde 1997, cuando las autoridades gibraltareñas decidieron impugnar el *statu quo* existente sobre la pesca tradicional en la Bahía de Algeciras, implantando una política de hechos consumados en las aguas dañina para los intereses de España<sup>26</sup>. ¿Cómo poner fin, por ejemplo, a la práctica gibraltareña de ganar terreno al mar? ¿Ha evitado, acaso, la posición española sobre la llamada “costa seca” tales prácticas? ¿Ha provocado algún cambio o revisión de la conducta de las autoridades británicas en lo que concierne al frente marítimo de la controversia?

### III.—POSIBILIDADES EN EL FRENTE MARÍTIMO DE LA NUEVA PROPUESTA DE COSOBERANÍA

Reiteramos que, en el momento presente, la propuesta de cosoberanía para Gibraltar es en nuestra opinión inviable mientras no se avance y aclare suficientemente el camino de las negociaciones sobre la salida del RU y su futura relación con la Unión<sup>27</sup>. Es decir, por ahora, sin contar con el acuerdo de la población gibraltareña no habrá ninguna concesión británica a España. Si los gibraltareños cambiaran en su momento de opinión y se mostraran proclives a tratar con España sobre la modificación de su estatuto jurídico, se abriría en rigor el telón de

---

<sup>25</sup> Ver la nota de prensa del gobierno gibraltareño de 24 de noviembre de 2014, nº 638/2014, donde se denuncia las actividades oceanográficas y el patrullaje en su MT por parte de buques de Estado españoles, en contravención de los arts. 18 y 19 (derecho de paso inocente) de la Convención de 1982.

<sup>26</sup> Como ha sido la creación, en julio de 2013, de un arrecife artificial con el lanzamiento al mar de 70 bloques de hormigón para evitar la pesca en esas aguas: ver VALLE GÁLVEZ, A., “La crisis de Gibraltar y las medidas, opciones y estrategias de España”, ARI 32/2013 (19 de agosto de 2013) del RIE, 13 pp., en [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org).

<sup>27</sup> Hasta hoy, el RU sigue manteniendo y repitiendo cuando hay ocasión la letanía de su compromiso de no participar en ninguna negociación de soberanía ni por supuesto acordar un cambio de soberanía sin contar con la voluntad libremente expresada de la población de Gibraltar. No parece que esta posición vaya a modificarse a corto plazo.

las negociaciones con el RU. Y entonces cobrarían una importancia inusitada la suerte de la base militar de Gibraltar y el frente marítimo de la controversia, es decir el régimen de las aguas próximas a la colonia.

Llama la atención el silencio significativo que guarda la propuesta española sobre la base militar británica, entendiendo como tal el conjunto de las instalaciones navales, aéreas y de inteligencia existentes en el Peñón<sup>28</sup>. Es sin duda un asunto política y militarmente muy sensible para el RU, porque es bien sabido que Gran Bretaña y también Estados Unidos han otorgado tradicionalmente una gran importancia estratégica a las ventajas militares que dicha base proporciona para el dominio del estrecho de Gibraltar, una ruta vital para la navegación internacional<sup>29</sup>. De ahí el interés británico por mantener el mando y control exclusivo de dicha base. Ello explicaría la cautela española traducida en la ausencia de cualquier referencia al respecto. Ahora bien, parece obvio que la posible aceptación de un régimen de cosoberanía para Gibraltar por parte del RU pasaría necesariamente por obtener una solución satisfactoria para sus intereses estratégicos fundada en el uso y la utilidad que la base militar de Gibraltar ofrece sobre todo a la *Royal Navy*<sup>30</sup>. De hecho y en nuestra opinión, tomando buena nota de cuál es el verdadero interés del RU en el caso, una vez contara España con el beneplácito de los gibraltareños, tarea ardua sin duda, el régimen de cosoberanía ofrecido al RU no debería extenderse en absoluto a todo el territorio de la colonia, sino limitarse exclusivamente a la base militar. Esto es, sólo debería negociarse, bajo las nuevas circunstancias, un régimen de cosoberanía para la base militar.

Dado que las aguas circundantes del Peñón pasarían a ser MT español, con una anchura máxima de 12 millas<sup>31</sup> ¿qué se entendería por una solución satisfactoria para los intereses estratégicos británicos? ¿Se conformarían los británicos con el arriendo temporal de la base militar o exigirían una cesión a perpetuidad por parte de España? ¿Aceptarían un mando conjunto hispano-británico, como Estados miembros y aliados de la OTAN, o exigirían el mando y control exclusivo de la base? ¿Hasta dónde estaría dispuesta a ceder España? No obstante, estas condiciones serían imprescindibles pero no suficientes. Porque deberían completarse con otras medidas y facilidades que hicieran confortable y seguro el uso de la base militar en el contexto de una nueva situación. Sería el caso, por ejemplo,

---

<sup>28</sup> ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *loc. cit.* en nota 6, p. 6. Entendemos por tanto que la base militar incluye, a los efectos de este ejercicio, el aeropuerto construido en el istmo. Ello representa una importante concesión frente a la tradicional posición española sobre el territorio del istmo y el aeropuerto.

<sup>29</sup> ROMERO BARTUMEUS, L., "El paso del portaaviones ruso Almirante Kuznetsov remueve las aguas del Estrecho", ARI 26/2017 (28 de marzo de 2017) del RIE, en [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org), 11 pp.

<sup>30</sup> LIBERAL FERNÁNDEZ, A., *Gibraltar: base militar. El interés anglo-americano por el Peñón*, Pamplona 2009, sobre todo Cap. 3, pp. 61-98. Y del mismo autor, "Gibraltar, base militar", en GONZÁLEZ GARCÍA, I., y VALLE GÁLVEZ, A. (Eds.), *op. cit.*, nota 3, 255-272, que ofrece un resumen de las tesis que contiene su libro.

<sup>31</sup> Ver art. 2 de la Convención de 1982.

del establecimiento de una zona de seguridad en torno al puerto; y sobre todo de la concesión a la Marina y aviación británicas en la bahía de Algeciras de un régimen privilegiado de libre paso y sobrevuelo que preservara la plena libertad de movimientos de todos sus buques y aeronaves militares, incluso nucleares, que fuera militares, muy similar o idéntico al régimen de paso en tránsito por los estrechos usados para la navegación internacional<sup>32</sup>. O lo que es lo mismo, el régimen que ahora rige en las aguas del estrecho de Gibraltar en tanto que estrecho usado para la navegación internacional podría aplicarse por parte de España en la bahía de Algeciras a los buques y aeronaves del RU.

En nuestra opinión, la contrapartida británica podría consistir en el reconocimiento por el RU de los derechos históricos de pesca, e incluso de otros usos más o menos vinculados a la actividad pesquera<sup>33</sup>, en la bahía de Algeciras a favor de España. Se trataría de confeccionar un traje a medida para la ocasión, porque el DI general no prevé un régimen jurídico único en materia de derechos históricos, sino más bien regímenes particulares para cada caso que pueden ser muy versátiles. La propia práctica británica nos ofrece un precedente interesante y muy reciente, además de evocador pensando en Gibraltar. Por Sentencia arbitral dictada el 18 de marzo de 2015 *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration* (Mauricio c. Reino Unido), se ha resuelto que el RU reconoció en su día, y siguen vigentes, derechos de pesca a Mauricio en el MT de las Islas Chagos, archipiélago bajo administración británica tras su segregación de la colonia de Mauricio poco antes de su independencia en 1968 y en el que se procedió a la posterior expulsión por la fuerza de su población indígena con el fin de establecer en ese territorio una base militar en la isla de Diego García<sup>34</sup>.

¿Qué contenido concreto podría darse a los derechos históricos de España en la bahía de Algeciras? A expensas siempre de un estudio cuidadoso de la práctica histórica, sería posible defender unos títulos históricos de pesca e incluso de otros usos relacionados con la pesca dentro de la línea de cierre trazada en la boca de la bahía, cuyas aguas así encerradas quedarían sometidas en todo lo demás al régimen jurídico del MT. En esa dirección caminaba el compromiso o *modus vivendi* alcanzado con el RU en 1998, luego boicoteado por las autoridades gibraltareñas. El punto de partida negociador para España debería ser el

---

<sup>32</sup> Ver arts. 34 a 44 de la Convención de 1982.

<sup>33</sup> Piénsese por ejemplo en el llamado *bunkering*, o fondeo en la Bahía de Algeciras de buques a la espera de que las gasolineras flotantes los provean de combustible sin necesidad de tocar puerto ni pagar sus tasas. Es un negocio muy rentable que mueve millones de toneladas de fuel al año en el que Gibraltar es líder en el Mediterráneo, y que preocupa por su posible impacto ambiental en un espacio marino tan reducido, explotado por la pesca tradicional y el turismo. Podría encontrarse la forma de controlar mejor este fenómeno bajo el pretexto de su posible impacto ambiental en otros usos de la Bahía, como la pesca tradicional en tanto que derecho histórico.

<sup>34</sup> CPA, ver párrs. 449-455 y 547 (apartado B) de la Sentencia, dictada por un tribunal arbitral constituido conforme al Anexo VII de la Convención de 1982. Y LIBERAL FERNÁNDEZ, *op. cit.* en nota 30, p. 69.

contenido de aquel entendimiento, formalizado como derecho histórico mediante un acuerdo con el RU. España conseguiría así el derecho a cerrar, conservar el medio ambiente marino y explotar económicamente las aguas de la bahía de Algeciras<sup>35</sup>. Aunque la pesca tradicional, el turismo, el *bunkering* y otros posibles usos de esas aguas no posean gran valor económico, prevalecería en el reconocimiento limitado de derechos históricos en la bahía de Algeciras su valor simbólico, tanto jurídico como político, que serviría de contrapeso a las concesiones de índole militar que se hicieran al RU en esas aguas.

En torno a estos elementos podría elaborarse una propuesta concreta de soberanía para la base militar de Gibraltar, atendiendo así el propio interés del RU. El resto del territorio de la colonia pasaría sin más bajo soberanía española beneficiándose de las demás condiciones previstas en dicha propuesta (doble nacionalidad, amplia autonomía incluido un régimen fiscal especial, desmantelamiento de la Verja e integración en la UE). Se trata de aprovechar la oportunidad que brinda el *Brexit* para poner en pie una política a largo plazo de entendimiento y colaboración con la población del Peñón en provecho mutuo. Si se lograra consolidar un clima de entendimiento con los gibraltareños, la negociación con el RU quedaría desbloqueada y pendiente sólo de la suerte de la base militar.

Negociación sin duda compleja y que nos permitiría asistir a una descarnada demostración del interés nacional británico. Ahora bien, la integración de ambos Estados en la OTAN y los intereses estratégicos presentes en la región del Estrecho convierten el factor de la seguridad en relativamente secundario para España, siendo en cambio imprescindible para entender la controversia de soberanía sobre el Peñón. España cedería en seguridad pero ganaría en el resto de ámbitos que abarca la controversia. Además, el mantenimiento de la presencia militar británica, digerible para España en el marco de la OTAN siempre que las condiciones no fueran leoninas, otorgaría otra ventaja, un plus de estabilidad al nuevo estatuto jurídico que se negociara para el Peñón, que de seguro contaría con la aprobación de los gibraltareños.

---

<sup>35</sup> A fin de cuentas, el predominio de la concepción vertical sobre la horizontal en el uso de los mares, traducida en el apogeo del uso económico de los espacios marinos frente a otros usos tradicionales, como el de la navegación, haría políticamente atractiva esta fórmula para España. La doctrina abunda en esta dirección. Ver, sólo a título indicativo, SCHOFIELD, C., LEE, S. y KWOH, M. S. (eds.), *The Limits of Maritime Jurisdiction*, Leiden 2014, *passim*; en esta obra se observa perfectamente la prevalencia de una concepción sobre otra en materia de límites marítimos; cfr. en particular la parte cuarta, dedicada a la seguridad marítima (pp. 327 y ss.).

# **NUEVAS PERSPECTIVAS PARA ESPAÑA Y EL REINO UNIDO EN RELACIÓN CON GIBRALTAR: REFLEXIONES SOBRE CÓMO APROVECHAR BIEN LA OPORTUNIDAD QUE OFRECE EL *BREXIT***

**JUAN ANTONIO YÁÑEZ-BARNUEVO**

*Embajador de España*

*Antiguo Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional*

SUMARIO: I.—El punto de partida jurídico-internacional. II.—Una oportunidad excepcional: ¿Serán las partes capaces de aprovecharla? III.—Panorámica de medio siglo de intentos fallidos. IV.—Algunos interrogantes en torno a la nueva propuesta española. V.—Consideración de conjunto y posibles alternativas. VI.—Apunte sobre el enfoque y el método por parte española

Es indudable que la decisión del Gobierno británico —contando con el respaldo del Parlamento de Westminster y en línea con el resultado del referéndum consultivo de 23 de junio de 2016— de invocar formalmente el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea<sup>1</sup>, tras los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa de 2009, para poner en marcha el mecanismo de retirada del Reino Unido de la U. E. (el proceso conocido coloquialmente como *Brexit*) replantea muchas

---

<sup>1</sup> Conforme a las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa de 2007, que entró en vigor en 2009.

cosas importantes, tanto en el R. U. como en la propia U. E., así como en las relaciones futuras entre ambos.

Entre esas cuestiones que se plantean a partir de ahora se encuentra una de particular interés para España: la posible continuidad o no, y en qué condiciones, del peculiar estatuto de que actualmente goza Gibraltar respecto de la U.E. —y, por tanto, respecto de España en cuanto Estado miembro de la Unión—, y sus eventuales repercusiones para el encauzamiento del secular contencioso entre España y el R. U. acerca de Gibraltar.

## **I.—EL PUNTO DE PARTIDA JURÍDICO-INTERNACIONAL**

Es cierto que la mera notificación cursada por la Primera Ministra británica al Presidente del Consejo Europeo<sup>2</sup> no afecta, al menos de manera directa e inmediata, a la situación jurídica internacional de Gibraltar, aunque indudablemente esa situación podría verse alterada sustancialmente según cómo se desarrollen las negociaciones entre el R. U. y la Comisión Europea —así como con el resto de los Estados miembros de la U. E.— durante los próximos dos años y los acuerdos, o falta de ellos, a los que finalmente se llegue para el momento clave de la primavera de 2019, conforme al plazo de dos años marcado por el artículo 50 TUE.

Conviene, por tanto, recordar la actual situación jurídica internacional de Gibraltar, que se caracteriza por su singularidad y su complejidad, dado que en ese territorio se superponen, fundamentalmente, tres regímenes relevantes que no conviene confundir pero sí hay que tener siempre en cuenta en sus intrincadas interacciones. Siguiendo un orden cronológico, nos encontramos con los siguientes elementos esenciales:

### ***1.—Gibraltar como territorio cedido a la Gran Bretaña pero sobre el que penden varias controversias bilaterales y una reivindicación histórica por parte de España***

Mediante el artículo X del Tratado de Utrecht de 13 de julio de 1713, la Corona española cedió a la británica “la plena y entera propiedad de la ciudad y castillo de Gibraltar, juntamente con su puerto, defensas y fortalezas”, con arreglo a determinadas estipulaciones restrictivas respecto a las comunicaciones con el territorio español circundante, así como el acuerdo de ambas potencias de reservar a España la primera acción para redimir la posesión de Gibraltar en el caso de que la Gran Bretaña decidiera enajenarla de cualquier modo.

---

<sup>2</sup> Carta de 29 de marzo de 2017, cuyo texto se puede consultar en la página web de la Oficina de la Primera Ministra: [www.gov.uk/government/publications/prime-ministers-letter-to-donald-tusk-triggering-article-50](http://www.gov.uk/government/publications/prime-ministers-letter-to-donald-tusk-triggering-article-50). La carta de la Primera Ministra no contiene ninguna referencia al caso particular de Gibraltar, mientras que sí había algunas menciones al tema en el Libro Blanco sobre el *Brexit* presentado por el Gobierno al Parlamento dos meses antes: [www.gov.uk/government/publications/the-united-kingdoms-exit-from-and-new-partnership-with-the-european-union-white-paper](http://www.gov.uk/government/publications/the-united-kingdoms-exit-from-and-new-partnership-with-the-european-union-white-paper).

De ahí la persistente reivindicación española encaminada a obtener la plena reintegración de Gibraltar, además de que España no reconozca determinados espacios como comprendidos en lo cedido en 1713: en particular, la parte del istmo controlada *de facto* por Gran Bretaña y donde se encuentra el aeropuerto de Gibraltar, así como las aguas marinas circundantes y el espacio aéreo suprayacente a esa parte del istmo y a esas aguas.

A ello hay que agregar los frecuentes incidentes de diverso tipo derivados de la singular situación geográfica de Gibraltar, su controvertido *status*, su utilización como base militar y su peculiar modelo económico, todo lo cual genera inevitablemente diferencias y tensiones entre las autoridades españolas y británicas, de mayor o menor virulencia e intensidad según los momentos y las circunstancias<sup>3</sup>.

## **2.—Gibraltar como territorio no autónomo conforme a la Carta de las NN. UU. y al Derecho de la descolonización**

Inicialmente considerado como una mera guarnición militar avanzada, fuera del territorio metropolitano, Gibraltar fue designado en 1830 por la Gran Bretaña como una “colonia de la Corona” (*Crown colony*) y más recientemente denominado “territorio ultramarino británico” (*British overseas territory*), sin que nunca haya formado parte integrante del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Por tratarse de un territorio dependiente de la metrópoli, Gibraltar fue colocado en 1946 por el propio R. U., en cuanto potencia administradora, entre los territorios no autónomos (es decir, coloniales) a los que se aplica la Declaración contenida en el capítulo XI de la Carta de las NN. UU. y respecto del cual, en consecuencia, el Reino Unido tiene la obligación de informar periódicamente a los órganos competentes de las NN. UU. de conformidad con al artículo 73, apartado e) de la Carta.

Consiguientemente, a Gibraltar le es de aplicación la Declaración sobre la descolonización contenida en la Resolución 1514/XV, de 1960 (incluido su párrafo 6 sobre la integridad territorial de los países), y así lo ha considerado la Asamblea General de la ONU que, en sucesivas resoluciones y decisiones adoptadas desde hace medio siglo, viene invitando al Reino Unido, en cuanto potencia administradora, y a España a entablar negociaciones conducentes a la descolonización de Gibraltar a la luz de las resoluciones pertinentes de las NN. UU. y teniendo en cuenta los intereses de la población de Gibraltar así como sus aspiraciones legítimas conforme al Derecho internacional<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Se ha señalado acertadamente que “Gibraltar has been an irritant in Anglo-Spanish relations for three hundred years”: WAIBEL, M., en la entrada relativa a Gibraltar en la obra colectiva (coordinada por Rüdiger Wolfrum) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2004 (entrada actualizada en 2013).

<sup>4</sup> La más reciente de esas decisiones —que desde hace muchos años se acuerdan por consenso, a propuesta conjunta de España y el R. U.— es la aprobada en la Cuarta Comisión de la Asamblea

### 3.—Gibraltar en cuanto territorio vinculado a la Unión Europea

Desde 1973, Gibraltar se encuentra vinculado a la U.E. (entonces Comunidades Europeas) en virtud de las disposiciones del Acta de Adhesión del R. U. (que prevén toda una serie de especificidades para Gibraltar respecto de la U. E.) y del entonces artículo 227.4 del Tratado de Roma de 1957, según el cual los Tratados europeos se aplican también a los “territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro (de la C. E. E.)”<sup>5</sup>. Ello no hace sino resaltar, en el marco del Derecho europeo, que la vinculación de Gibraltar a la U. E. lo es por una vía específica, en cuanto territorio europeo dependiente del R. U., sin formar parte de dicho Estado.

A ello hay que añadir que, con ocasión de la adhesión de España a las (entonces) Comunidades Europeas, España y el Reino Unido acordaron, mediante un Canje de Notas de 13 de junio de 1985, que dicha adhesión no implicaría ninguna modificación en las posiciones respectivas con respecto a Gibraltar y que tampoco afectaría al proceso negociador bilateral establecido en el Comunicado Conjunto acordado por ambos Estados en Bruselas el 27 de noviembre de 1984<sup>6</sup>.

## II.—UNA OPORTUNIDAD EXCEPCIONAL: ¿SERÁN LAS PARTES CAPACES DE APROVECHARLA?

Según las informaciones disponibles, Gibraltar ha prosperado notablemente durante las cuatro décadas largas en que ha estado vinculado a la U. E. con un estatuto especial y, en particular, a partir del momento en que España también ingresó en la U. E. y, más o menos en paralelo, se levantaron muchas de las restricciones antes existentes a las comunicaciones terrestres y marítimas entre Gibraltar y las zonas circundantes. Ello explica el que los ciudadanos gibraltareños, participantes en la consulta de junio de 2016, se pronunciaran por una abrumadora mayoría (casi el 96% del censo local) en favor de que el R. U. permaneciera dentro de la U. E. (opción *Remain*) y el que ahora, una vez que saliese victoriosa la otra alternativa (opción *Leave*) y que el Gobierno británico haya decidido formalizar esa decisión, estén buscando con ahínco la manera de que Gibraltar pueda seguir vinculado a la U. E. o, al menos, conservar algunas de las ventajas derivadas de su peculiar estatuto actual.<sup>7</sup>

---

General (doc. A/C.4/71/.17), adoptada luego por consenso en el plenario de la Asamblea el 6 de diciembre de 2016.

<sup>5</sup> Esta disposición se encuentra actualmente inserta en el artículo 355.3 del Tratado de Funcionamiento de la U. E., tras las modificaciones aportadas por el Tratado de Lisboa. (Al parecer, inicialmente esta disposición se había diseñado en el Tratado de la C. E. C. A. para cubrir situaciones territoriales de diversa naturaleza, tales como, en su momento, el Sarre y Trieste).

<sup>6</sup> En general, sobre la posición de Gibraltar en relación con la U. E., véase IZQUIERDO SANS, C., *Gibraltar en la Unión Europea. Consecuencias sobre el contencioso hispano-británico y el proceso de construcción europea*, Universidad Autónoma de Madrid/Tecnos, Madrid, 1996.

<sup>7</sup> Un excelente análisis de los problemas que el *Brexit* plantea a Gibraltar se encuentra en el informe elaborado por la Comisión sobre la Unión Europea de la Cámara de los Lores: European Union

Mientras tanto, hay que recordar que el proceso negociador bilateral entre España y el R. U. abierto con la Declaración de Bruselas de 1984 “con el fin de solucionar todas sus diferencias sobre Gibraltar” —en cuyo marco habrían de tratarse, además de materias de vecindad y cooperación, “las cuestiones de soberanía”— se encuentra de hecho paralizado desde 2002, por decisión unilateral del R. U., que se vio inducido a ello por los resultados del referéndum convocado, también de forma unilateral, por las autoridades de Gibraltar en el curso de ese año. Y aunque los Gobiernos español y británico acordaron en 2004 la constitución de un Foro de Diálogo abierto igualmente al gobierno de Gibraltar, como mecanismo separado del Proceso de Bruselas, diseñado para tratar cuestiones de cooperación local, ese Foro quedó de hecho en suspenso en 2010 —de nuevo por la intransigencia gibraltareña—, para ser luego finiquitado por el actual Gobierno español a partir de 2012<sup>8</sup>. Desde entonces, ha habido contactos esporádicos a distintos niveles para tratar diversas cuestiones específicas pendientes o que iban surgiendo —como nunca deja de haberlas entre Gibraltar y su entorno español—, pero no hay en estos momentos ningún marco establecido y aceptado por ambas partes que esté disponible para abordar globalmente las cuestiones de fondo en torno a Gibraltar<sup>9</sup>.

Por tanto, la situación hasta el presente es de bloqueo casi total en el plano diplomático en lo que concierne a esta cuestión, justo en el momento en que más falta hace que los dos Gobiernos —así como las demás autoridades competentes e interesadas, en Gibraltar y en las zonas circundantes, cada una dentro de las funciones y competencias que le estén atribuidas— dialoguen de buena fe para encontrar vías de solución que sean beneficiosas para todos en la difícil encrucijada del *Brexit*. Porque lo que debe estar claro es que, si el R. U. se retira plenamente de la U. E. en el plazo de dos años, Gibraltar —en cuanto “territorio europeo cuyas relaciones exteriores asume” el R. U.— quedaría automáticamente fuera del ámbito de aplicación de los Tratados comunitarios y sólo podría alcanzar una relación con la U. E. que se aproximara a la actual —algo que indudablemente interesa a los gibraltareños— contando con la buena voluntad y la colaboración de España<sup>10</sup>.

---

Committee, *Brexit: Gibraltar*, House of Lords, HL Paper 116 (1 marzo 2017). Se puede consultar en <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldcom/116/116.pdf>

<sup>8</sup> En la decisión adoptada por consenso por la Asamblea General (doc. A/C.4/71/L.17, apartado e) se deja constancia de la posición del Gobierno español de que “el Foro Trilateral de Diálogo ya no existe”.

<sup>9</sup> Para una exposición de esa situación de bloqueo diplomático, junto con una exploración de posibles alternativas, puede consultarse el trabajo de VALLE GÁLVEZ, A. del “¿De verdad cedimos el Peñón? Opciones estratégicas de España sobre Gibraltar a los 300 años del Tratado de Utrecht”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV-2 (julio-diciembre 2013), pp. 117-156.

<sup>10</sup> Así se desprende de las orientaciones o directrices (*guidelines*) para la negociación del *Brexit*, adoptadas el 29 de abril de 2017 conforme a las disposiciones del art. 50 TUE por el Consejo Europeo compuesto por los Jefes de Estado y de Gobierno de los 27. Ese documento arranca de la constatación (punto 4) de que, en la fecha de su retirada de la U. E., los Tratados dejarán de aplicarse al R. U., a sus territorios ultramarinos asociados a la U. E. y a cualquier territorio cuyas relaciones exteriores asuma el R. U. (caso de Gibraltar). Además, incluye un apartado (punto 24) relativo a Gibraltar según el cual:

En esta coyuntura se ha producido ya una iniciativa del Gobierno español, que ha ofrecido formalmente al R. U. —tanto en el plano bilateral como en el marco de las NN. UU. —la negociación de un acuerdo bilateral conforme al cual el R. U. y España compartirían la soberanía (“régimen de soberanía conjunta”) sobre el territorio, con lo cual Gibraltar podría seguir estando vinculado a la U. E. En dicha propuesta de España —dirigiéndose explícitamente a la población de Gibraltar— se prevé también el reconocimiento de un “autogobierno tan amplio como sea posible” (incluyendo un régimen fiscal especial, compatible con el Derecho de la U. E.) y de un “ventajoso estatuto personal para los gibraltareños que podría incluir la doble nacionalidad” (lo que, entre otras cosas, les permitiría seguir disfrutando de la ciudadanía europea)<sup>11</sup>.

Aunque las primeras reacciones, tanto del R. U. como de las autoridades gibraltareñas, no hayan sido receptivas a este planteamiento, es evidente que se trata de una oferta de notable trascendencia y que se produce, además, en un contexto en que la capacidad negociadora del Gobierno español se ve notablemente acrecentada<sup>12</sup>. Así resulta del hecho de que los eventuales acuerdos para la salida del R. U. de la U. E., así como para las relaciones futuras entre el R. U. y la U. E., hayan de ser adoptados en definitiva con el concurso, por activa o por pasiva, de los restantes Estados miembros, incluyendo a España, y más particularmente en todo lo que se refiera a Gibraltar. Ello no hace sino reforzar la capacidad negociadora de España en relación con el R. U., así como su potencial de persuasión cerca de los responsables gibraltareños<sup>13</sup>.

---

“Después de que el R. U. deje la U. E., ningún acuerdo entre la U. E. y el R. U. podrá ser aplicado en el territorio de Gibraltar sin un acuerdo entre España y el R. U.” Ello equivale a reconocer a España una capacidad de veto respecto de las futuras relaciones entre Gibraltar y la U. E., no sólo en lo que concierne al eventual acuerdo general entre la U. E. y el R. U., sino también en cuanto a posibles acuerdos específicos o sectoriales (por ejemplo, en materia de comunicaciones terrestres, transporte aéreo, servicios financieros, etc.) <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/04/29-euco-brexite-guidelines/>

<sup>11</sup> La intervención del Representante de España ante la Cuarta Comisión el 6 de octubre de 2016 se encuentra recogida en el acta resumida de la sesión, contenida en el doc. A/C.4/71/SR.3, pp. 3-4.

<sup>12</sup> Se pueden consultar sendos análisis de la propuesta española en MARTÍN y PÉREZ DE NANCCLARES, J., “Brexit and Gibraltar: The Spanish proposal for a joint sovereignty”, en *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 20 (2016), pp. 305-320, y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “La nueva propuesta de soberanía conjunta: Gibraltar en la encrucijada postBrexit”, en *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 41 (2017), 2-14. Desde una perspectiva algo diferente, véase VALLE GÁLVEZ, A. del, “Gibraltar, ‘año cero’: Brexit, cosoberanía y nuevas oportunidades para España”, ARI 32/2016, Real Instituto Elcano, Madrid, 20 octubre 2016.

<sup>13</sup> El citado informe de la Cámara de los Lores (ver *supra*, nota 7) es bien expresivo al respecto. Tras exponer los *desiderata* gibraltareños para la negociación del *Brexit* y reconocer la “responsabilidad moral” del R. U. de defender esas aspiraciones, añade con pragmatismo: “It (...) remains to be seen if Gibraltar will feel compelled to seek a differentiated future relationship with the EU. We note, however, that Spanish opposition may present an insuperable barrier to any perceived special treatment for Gibraltar” (parr. 111 del informe). Merece la pena señalar que, en el debate sobre este informe en el pleno de la Cámara, uno de sus miembros más experimentados en cuestiones internacionales, Lord Hannay of Chiswick (antiguo embajador británico en la U. E. y luego en las NN. UU.), al subrayar esa conclusión, apuntó, en tono sarcástico, que esa afirmación era “one of those superbly British understatements” y que “the report did not need to say any more than that”: <https://hansard.parliament.uk/lords/2017-03-21/debates/ED51F73C-D70F-4D5E-86DA-115779383895/BrexitGibraltar> (p. 16).

### III.—PANORÁMICA DE MEDIO SIGLO DE INTENTOS FALLIDOS

Para poder apreciar en su justa medida el sentido, el alcance y las modalidades de la nueva propuesta del Gobierno español, así como de las perspectivas que se ofrezcan para la negociación, resulta conveniente efectuar un repaso a las anteriores ocasiones en que a lo largo del último medio siglo se han producido conversaciones entre España y el R. U. en relación con el *status* futuro de Gibraltar, incluyendo por tanto “las cuestiones de soberanía”<sup>14</sup>. Con anterioridad han sido fundamentalmente tres los momentos en que esta materia ha estado sobre la mesa entre los Gobiernos del R. U. y España: lo que podemos denominar las etapas Castiella, Morán y Matutes/Piqué por los Ministros españoles de Asuntos Exteriores que respectivamente las protagonizaron.

#### 1.—Etapa Castiella (1966)

Todavía durante la época de la Dictadura franquista, se produjo el primer encuentro bilateral hispano-británico de alto nivel en la era contemporánea en que se abordara el *status* de Gibraltar<sup>15</sup>. En las conversaciones mantenidas en Londres en mayo de 1966 por los Ministros de Asuntos Exteriores del R. U., Stewart, y de España, Castiella, éste, tras exponer un largo alegato con las razones y argumentos que fundamentaban la reivindicación española, presentó formalmente una propuesta consistente en cuatro puntos:

- Negociación de un nuevo convenio bilateral —que sustituiría al artículo X del Tratado de Utrecht— conforme al cual se retrocedería el territorio a España.
- Se concertaría un acuerdo especial, anejo al convenio principal, para permitir la continuidad de la presencia militar del R. U. en Gibraltar, con arreglo a modalidades convenidas.
- Habría otro acuerdo especial, también anejo, relativo al régimen jurídico de los habitantes de Gibraltar, con su estatuto personal (nacionalidad, residencia, derechos, etc.), así como con “fórmulas administrativas y económicas apropiadas”.

---

<sup>14</sup> Una exposición bastante completa de esas anteriores experiencias negociadoras, junto con atinadas reflexiones y consideraciones para el futuro, se encuentra en REMIRO BROTONS, A., “Regreso a Gibraltar: Acuerdos y desacuerdos hispano-británicos”, en VALLE GÁLVEZ, A. del, y GONZÁLEZ GARCÍA, I. (coords.), *Gibraltar 300 años*, Universidad de Cádiz, 2004, pp. 43-84.

<sup>15</sup> En relación con esta etapa, se puede consultar el relato de uno de los participantes por parte española en la que él califica como “batalla diplomática hispano-británica en torno a la descolonización de Gibraltar, 1963-1969”, en OLIVIÉ, F., “Gibraltar y la política exterior de España, 1704-1969”, en la obra colectiva (coord. por Jesús SALGADO ALBA) *Estudios sobre Gibraltar*, INCIPE/Ministerio de Defensa, Madrid, 1999. Para mayores detalles, conviene referirse al volumen *Negociaciones sobre Gibraltar. Documentos presentados a las Cortes Españolas por el Ministro de Asuntos Exteriores*, Imprenta del M. A. E., Madrid, 1967 (conocido como “segundo Libro Rojo” sobre Gibraltar; el primero llevaba por título *Documentos sobre Gibraltar presentados a las Cortes Españolas por el Ministro de Asuntos Exteriores*, Imprenta del M. A. E., Madrid, 1965).

- Los tres instrumentos entrarían simultáneamente en vigor y serían registrados en las NN UU. (No se preveía, en principio, ninguna fórmula de régimen transitorio o de aplazamiento de la aplicación de sus disposiciones).

Tras una serie de reuniones de ambas delegaciones a lo largo de varios meses en que se formularon preguntas y comentarios sobre diversos aspectos de la cuestión, al final el R. U. rechazó el planteamiento español y se limitó a proponer mejoras de las comunicaciones y la cooperación entre Gibraltar y su entorno, aparte de afirmar por vez primera de modo formal su supuesta soberanía sobre la parte del istmo donde se asienta el aeropuerto.

La consecuencia de todo ello fue un endurecimiento de las posiciones de ambas partes, puesto que el Gobierno español reforzó considerablemente las medidas restrictivas sobre las comunicaciones entre Gibraltar y su entorno e instauró una zona prohibida de vuelos que abarcaba al Campo de Gibraltar y el R. U., por su parte, organizó unilateralmente un referéndum en Gibraltar y le otorgó en 1969 una constitución en cuyo preámbulo se afirmaba que no concertaría acuerdo alguno conforme al cual “el pueblo gibraltareño pase a depender de la soberanía de otro Estado contra su voluntad libre y democráticamente expresada”.

Por tanto, esta etapa se saldó no ya sin avances concretos en la resolución del problema, sino incluso con retrocesos notables, en perjuicio de todas las partes.

## **2.—Etapa Morán (1984-1985)**

Una nueva oportunidad se abrió, ya en pleno periodo democrático en España, con los Comunicados conjuntos suscritos, primero en Lisboa en 1980 entre los Ministros Oreja y Carrington y luego en Bruselas en 1984 entre los Ministros Morán y Howe, tendientes ambos a propiciar el diálogo bilateral con vistas a facilitar las comunicaciones y la cooperación entre Gibraltar y su entorno, así como a abordar todos los problemas pendientes, incluidas “las cuestiones de soberanía” (según especifica la Declaración de Bruselas)<sup>16</sup>.

De ese modo, en la primera reunión ministerial del denominado Proceso de Bruselas, celebrada en Ginebra en febrero de 1985 (con la participación del ministro principal de Gibraltar dentro de la delegación británica), Morán presentó a su colega Howe una propuesta cuya estructura se inspiraba en la anterior de Castiella, pero con varias novedades relevantes:

---

<sup>16</sup> Sobre esta etapa son escasas las fuentes documentales publicadas, salvo el texto de las Declaraciones de Lisboa y de Bruselas y del Canje de Notas de 1985 (véase, por ejemplo, en Oficina de Asuntos de Gibraltar: *La cuestión de Gibraltar*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 2008, pp. 125 y ss. Respecto a la propuesta de Morán, se conocen los detalles más relevantes por sus declaraciones y testimonios posteriores y en particular por sus memorias: MORÁN, F., *España en su sitio*, Plaza&Janés/Cambio16, Barcelona, 1990, pp. 428 y ss.

- Se preveía un periodo transitorio (en principio, de varios lustros de duración) para culminar la plena reintegración de Gibraltar a España, ofreciéndose dos opciones: o bien un condominio a plazo, tras el cual la soberanía sería exclusiva de España; o bien una retrocesión inmediata, acompañada por un arrendamiento (*lease-back*) del territorio al R. U. por el mismo plazo;
- En cuanto a la utilización de la base militar, se ofrecía la posibilidad de que la presencia del R. U. se extendiera incluso más allá de la duración de ese periodo transitorio;
- En lo referente al *status* de los gibraltareños, cuya identidad se reconocía, se respetarían sus derechos civiles y políticos, incluyendo sus formas propias de administración, con un amplio régimen de autogobierno.

Esta propuesta, transmitida formalmente por escrito en el curso del mismo mes, no fue nunca contestada de forma sustantiva por el Gobierno británico, que deseaba —como siempre— concentrarse en los temas más concretos e inmediatos y temía que una respuesta negativa por su parte respecto a la cuestión del *status* futuro del territorio pudiera enturbiar la atmósfera en las conversaciones sobre comunicaciones y cooperación a nivel local.

Efectivamente, conforme a los acuerdos y entendimientos alcanzados con las Declaraciones de Lisboa y Bruselas, la mayor parte de las restricciones establecidas por el Gobierno español desde finales de los años 60 fueron levantadas el mismo mes de febrero de 1985, adelantándose así a lo que probablemente hubiera sido inevitable con el ingreso de España en las Comunidades Europeas y facilitando de paso la ratificación del inminente Tratado de Adhesión por el Parlamento británico.

De este modo, esta fase del planteamiento de la cuestión de la soberanía terminó en tablas y con las espadas en alto. En los años subsiguientes, las negociaciones se concentraron fundamentalmente en la mejora de las comunicaciones y propiciaron el logro en 1987 de un acuerdo entre los Ministros Fernández Ordóñez y Howe para la utilización conjunta del aeropuerto, siguiendo pautas ya empleadas en otros países europeos en situaciones parecidas de vecindad y gozando de todas las bendiciones de las autoridades comunitarias. Sin embargo, el empecinamiento puesto por las autoridades gibraltareñas impidió la aplicación efectiva de este acuerdo, cuya puesta en práctica hubiese sido positiva para todos<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Sobre toda esta etapa, conviene consultar el trabajo de DIEZ-HOCHLEITNER, J., “Les relations hispano-britanniques au sujet de Gibraltar: état actuel”, en *Annuaire Français de Droit International*, vol. XXXV (1989), pp. 167-187, muchas de cuyas observaciones y reflexiones mantienen una plena actualidad.

### **3.—Etapa Matutes (1997-1998) / Piqué (2001-2002)**

Esta fase se inició con una iniciativa del Ministro Matutes, quien en septiembre de 1997 enunció ante la Asamblea General de la ONU las líneas generales de una propuesta que, tres meses más tarde, explicitó ante su colega británico Cook en la 9.<sup>a</sup> reunión ministerial del Proceso de Bruselas, celebrada en Londres<sup>18</sup>. Dicha propuesta consistía básicamente en la negociación de un estatuto de autonomía de régimen especial para Gibraltar, con arreglo al artículo 144 de la Constitución española, preservando las instituciones gibraltareñas de autogobierno y sus tribunales propios, así como el *status* particular de Gibraltar en la U. E., junto con fórmulas favorables y flexibles en materia de nacionalidad. Todo ello se vería acompañado —como garantía— de un periodo transitorio (no se especificaba la duración, que al parecer podría ser de varios decenios) de ejercicio conjunto de la soberanía por parte de España y el R. U. (Curiosamente, no se mencionaba expresamente la utilización de la base militar, pero es de suponer que se entendía de manera implícita que esa cuestión se trataría en la negociación del acuerdo para el ejercicio de la soberanía conjunta durante el periodo transitorio).

Esta propuesta cayó en oídos sordos en Londres hasta que en 2001 el Gobierno británico optó por tomar la iniciativa — probablemente por razones relacionadas con la política europea del Gobierno Blair, unidas a un deseo de dejar atrás los continuos enfrentamientos sobre Gibraltar en los marcos comunitarios —, partiendo justamente de la idea de una soberanía conjunta o compartida sobre Gibraltar. Ello permitió el relanzamiento del Proceso de Bruselas con una reunión entre los Ministros Straw y Piqué, que vino seguida de una intensa fase de conversaciones informales entre ambas delegaciones a distintos niveles con vistas a llegar a un acuerdo global sobre todas las cuestiones pendientes entre los dos países en relación con Gibraltar<sup>19</sup>.

Al parecer, en esas conversaciones se avanzó notablemente, hasta el punto de que el Consejo Europeo celebrado en Barcelona en marzo de 2002 manifestó su respaldo a los esfuerzos de ambos Gobiernos por alcanzar un acuerdo global en breve plazo e invitó a la Comisión a que explorara las formas en que la U. E. podría contribuir a apoyar el acuerdo al que se llegase. Era la primera vez en que, de manera formal, se contemplaba el revestir un posible acuerdo bilateral hispano-británico acerca de Gibraltar con un respaldo político y una asistencia operativa por parte de las instituciones europeas.

A pesar de los esfuerzos desplegados por ambas partes y de los avances registrados, al final el acuerdo no fue posible, debido a la resistencia mostrada

---

<sup>18</sup> En ausencia de una edición oficial, se conoce una versión no oficial, publicada en inglés por el semanario gibraltareño *Panorama* en diciembre de 1998.

<sup>19</sup> Sobre esas conversaciones y negociaciones tampoco hay apenas fuentes documentales publicadas, aparte de debates parlamentarios en ambos países, en general más reveladores — aunque tampoco del todo — los celebrados en la Cámara de los Comunes.

por las autoridades gibraltareñas (con importantes apoyos en el Parlamento de Westminster y determinados sectores del Gobierno británico) y a que la negociación tropezó con varios obstáculos insalvables<sup>20</sup>. Según diversas fuentes, esos obstáculos (o “líneas rojas”) eran fundamentalmente los siguientes:

- El régimen aplicable a la base militar: El R. U. pretendía mantenerla bajo control exclusivamente británico, en tanto que España abogaba por un uso compartido, incluso más allá del periodo transitorio (siguiendo las pautas empleadas con las bases españolas de utilización conjunta con EE UU).
- La duración del acuerdo: Por parte británica se pretendía un acuerdo definitivo o de duración potencialmente ilimitada, mientras que por parte española se insistía en un periodo transitorio, que podría ser más o menos largo pero que condujera a una reversión del territorio a España.
- La aprobación del acuerdo: Para el R. U. sería indispensable obtener, de una manera o de otra, el respaldo expreso de la población de Gibraltar. Para el Gobierno español, eso era inaceptable por considerar que, conforme a la doctrina de las NN. UU., esa población no podía disponer del territorio, sino sólo los dos Estados, aunque pudiese aceptar que se consultase de algún modo el parecer de los gibraltareños sobre las cuestiones relacionadas con su estatuto futuro.

En definitiva, a mediados de 2002 las negociaciones entre los dos Gobiernos quedaron embarrancadas y, con el fin de que no pudieran reanudarse con el mismo fin, las autoridades de Gibraltar convocaron un referéndum en noviembre de ese año en el que los gibraltareños se declararon por una abrumadora mayoría en contra del principio de soberanía compartida que se perseguía con esas negociaciones. Aunque fuese de legalidad dudosa, al no contar con el visto bueno del Gobierno británico, que anunció que no se sentiría vinculado por sus resultados, el referéndum acabó surtiendo los efectos políticos pretendidos, puesto que el mismo Gobierno se plegó en definitiva a la voluntad mayoritariamente expresada por los gibraltareños y en los años subsiguientes accedió a una “modernización” de la constitución de Gibraltar mediante un diálogo entre Londres y las autoridades del Peñón. Ese proceso culminó mediante un nuevo referéndum celebrado en Gibraltar el 30 de noviembre de 2006 que aprobó el nuevo texto constitucional, el cual fue promulgado por la Corona británica mediante un decreto legislativo (*Order in Council*) el 14 de diciembre, entrando en vigor el 2 de enero de 2007.

Aunque el Gobierno británico dio seguridades al español, incluso por escrito, en el sentido de que todo ello no afectaría a la situación jurídica de Gibraltar ni

---

<sup>20</sup> Acerca del desenvolvimiento de esas negociaciones, el atasco final y los interrogantes que se derivaban de todo ello, puede consultarse, además del trabajo de REMIRO BROTONS, A., *loc. cit.*, nota 14, el artículo de IZQUIERDO SANS, C., “Gibraltar, ¿el fin de una controversia?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV-2 (julio-diciembre 2002), pp. 617-640.

a los compromisos adquiridos para un diálogo entre ambos países acerca del futuro del territorio, el hecho es que el Gobierno de Londres ha ido tomando cada vez más distancias respecto a cualquier negociación bilateral en relación con la soberanía sobre Gibraltar, llegando a afirmar en las NN. UU. que sólo lo haría contando con el visto bueno de la población gibraltareña (lo que va mucho más allá de la promesa contenida en el preámbulo de la constitución gibraltareña de 1969 y choca frontalmente con el compromiso adquirido con España en los Comunicados conjuntos de 1980 y 1984)<sup>21</sup>.

#### **IV.—ALGUNOS INTERROGANTES EN TORNO A LA NUEVA PROPUESTA ESPAÑOLA**

Lo que se conoce hasta ahora de la nueva propuesta formulada por el Gobierno español —mediante su presentación en la Asamblea General de la ONU— suscita una serie de interrogantes a la vista tanto de lo que hemos venido examinando sobre la situación jurídica internacional de Gibraltar como de la frustrante historia de los últimos intentos de llegar a un acuerdo entre España y el R. U. acerca del *status* futuro del territorio. Aunque varios de esos interrogantes se entrelazan o superponen en algunos aspectos, vamos a repasarlos de manera sucesiva, sin dejar de señalar las conexiones que puedan darse entre ellos, y tratando de llegar a continuación a una visión de conjunto<sup>22</sup>.

##### **1.—¿Soberanía conjunta?**

La propuesta española se refiere expresamente a la oferta de negociar con el R. U. el establecimiento de un “régimen de soberanía conjunta” sobre Gibraltar, que —sin duda para simplificar— en otros momentos se designa como “co-soberanía”. Con ello, se precisa, Gibraltar podría mantener su vinculación con la U. E. tras la salida del R. U., aunque no se explicita si lo sería como parte (compartida) del territorio de un Estado miembro o bien como uno de los “territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro” (en ambos casos, gracias a la titularidad de España).

---

<sup>21</sup> Tanto en Londres como en Gibraltar, esas seguridades ofrecidas por el Gobierno británico se conocen generalmente, incluso en debates parlamentarios, como el *double lock* (cerrojo doble), expresión que es muy indicativa de la intención que las anima.

<sup>22</sup> Deliberadamente dejamos fuera de esta serie de interrogantes la cuestión de la utilización de las instalaciones militares en Gibraltar, que no se aborda en la presentación de la propuesta española en la ONU, quizá por no considerarlo el marco más adecuado, o bien porque se piense que es algo que se trataría en su momento al desarrollarse el régimen propuesto de soberanía conjunta y más concretamente el ejercicio de la competencia de defensa reservada a los Estados co-soberanos. En todo caso, que conste que, en lo relativo a Gibraltar, esa cuestión siempre ha sido y seguirá siendo clave; véase, entre otros, LIBERAL LUCINI, A., “Análisis del aspecto militar del problema de Gibraltar”, en la obra colectiva *Estudios sobre Gibraltar*, loc. cit., nota 15, pp. 215-232.

Ya hemos visto cómo esta idea, que apareció primeramente en la propuesta de Morán como una de las dos opciones ofrecidas en 1985, luego figuró en la propuesta de Matutes de 1997 y estuvo en el centro de las conversaciones Piqué-Straw de 2001-2002 hasta que aquel intento fracasó por las razones conocidas. A la vista de esos intentos fallidos y de la tenaz resistencia ofrecida por la población gibraltareña y buena parte del Parlamento británico a la idea de compartir la soberanía del R. U. sobre Gibraltar, cabría preguntarse si esa vía es la única posible y practicable y si sería la más conveniente para la finalidad que se persigue.

No hay que olvidar que el concepto mismo de soberanía estatal, desde su origen en el pensamiento político de la edad moderna, tiene unas connotaciones —en cuanto que se caracteriza por la combinación de la *summa potestas* y la *plenitudo potestatis* en un solo centro de poder— que se prestan mal a su ejercicio conjunto o compartido (dos modelos teóricos que tampoco conviene confundir). Además, su empleo en el lenguaje político corriente adquiere una simbología muy particular de signo excluyente, fenómeno que va a estar muy agudizado precisamente en un momento en que el R. U. suelta amarras de la U. E. porque una mayoría del pueblo británico desea “recuperar su plena soberanía” y una parte no despreciable de su clase política sueña incluso con nostalgias neo-imperiales<sup>23</sup>.

## **2.—¿Régimen de duración indefinida?**

En la presentación de la propuesta española no se recoge en ningún momento una mención a la posible duración del régimen de co-soberanía entre España y el R. U. que se ofrece para Gibraltar. Esa ausencia de precisión induce a pensar que se podría estar pensando en la hipótesis de un régimen de duración indefinida, potencialmente ilimitada, aunque ello no quede del todo claro.

En una materia tan importante y delicada como ésta, debe ser esencial aclarar los términos de lo que se ofrece y de lo que se estaría o no dispuesto a aceptar. Hasta ahora, se venía entendiendo que España sólo podría estar interesada en una fórmula de co-soberanía o similar si tal régimen tuviese una duración limitada en el tiempo y constituyese un periodo de transición —aunque fuese relativamente prolongado— hasta conseguir la reintegración de Gibraltar a España, según se planteaba en las propuestas de Morán y de Matutes y luego se insistió por parte española en las negociaciones Piqué-Straw.

En ese espíritu, si en el curso de la eventual negociación hubiese que llegar a fórmulas de compromiso (por ejemplo, mediante mecanismos de posibles prórrogas

---

<sup>23</sup> Para apreciar bien esa sensibilidad, basta con repasar las desmesuradas y extemporáneas reacciones de determinados sectores de la clase política y de los medios de comunicación británicos al conocerse el borrador de orientaciones para la negociación del *Brexit* presentado por el Presidente del Consejo Europeo el 31 de marzo de 2017 y, en particular, su propuesta de formulación (entonces, punto 22) relativa a la cuestión de Gibraltar, luego endosada sin modificaciones por el Consejo Europeo (art. 50).

del periodo transitorio o de cláusulas de revisión periódica), ello tendría que combinarse con la afirmación expresa, de una u otra forma, de la vigencia del artículo X del Tratado de Utrecht y de la continuada aplicabilidad al territorio de las disposiciones pertinentes de la Carta de las NN. UU. hasta tanto no se haya operado su descolonización conforme a las resoluciones y decisiones de la Asamblea General.

Por otro lado, conviene recordar que la práctica internacional existente en materia de lo que antiguamente se denominaba “condominio” y más modernamente “co-soberanía” nos muestra que, en la gran mayoría de los casos, se ha tratado de regímenes inestables, frutos de equilibrios de poder en situaciones muy determinadas, que han propiciado arreglos provisionales para resolver o suavizar puntos de fricción entre potencias, sin gran vocación de permanencia, precisamente por la complejidad que suele revestir este tipo de regímenes y las dificultades intrínsecas de su aplicación práctica<sup>24</sup>.

### **3.—¿Final de la controversia?**

Esa inicial impresión de que se podría estar buscando una salida de carácter duradero, cuasi permanente, se ve reforzada por varias referencias en la presentación a que mediante el régimen propuesto se llegaría a una “solución” del problema, de la que incluso se dice que “pondría fin a una controversia de más de 300 años entre dos países que son buenos amigos y aliados”.

Es cierto que, en otro pasaje de la propuesta, de forma un tanto contradictoria, se precisa que “España no va a renunciar jamás a su justa reclamación de llegar a una solución definitiva de la cuestión de Gibraltar según las resoluciones pertinentes de la Asamblea General y los principios aplicables”. Dicho de otro modo, habría que entender que la solución que ahora se ofrece podría ser duradera, pero no sería definitiva ni resolvería enteramente el contencioso mientras no se alcanzara ese objetivo.

Por tanto, mientras tal cosa no ocurra, desde una perspectiva española, si se desea mantener la coherencia, no sería posible hablar de que la controversia de fondo hubiese quedado resuelta: todo lo más quedaría en suspenso en la medida en que las partes cooperaran efectivamente en la aplicación de las disposiciones a las que se hubiese llegado de común acuerdo con la finalidad de proveer una vía de encauzamiento razonable a las diferencias existentes en torno a Gibraltar. Entre tanto, habría

---

<sup>24</sup> Se puede encontrar un interesante abanico de curiosos precedentes históricos en esta materia (condominios, arriendos y otros arreglos territoriales similares) en JENNINGS, R. y WATTS, A. (coords.), *Oppenheim's International Law*, 9.<sup>a</sup> ed., Longman, Londres-Nueva York, 1997, Vol. 1 (*Peace*), Parts 2-4, Par. 170 (*Divisibility of territorial sovereignty*), pp. 565 y ss. Ahí se puede comprobar cómo en su gran mayoría esos regímenes - por otro lado muy variados en sus arreglos particulares - han sido o bien efímeros o bien de duración limitada, bien sea por designio o por los cambios producidos por la situación internacional. El único condominio duradero que se conoce es el franco-español de la Isla de los Faisanes, en el fronterizo río Bidasoa, que es un trozo de territorio deshabitado y sin apenas actividad económica.

que entender que permanecen en pie el artículo X del Tratado de Utrecht y las disposiciones aplicables de la Carta de las NN. UU. y del Derecho de la descolonización.

#### **4.—¿Papel de las NN. UU.?**

Eso nos lleva a considerar el papel que cabría a las NN. UU. en el supuesto de que fuera adelante la propuesta del Gobierno español. De momento, España ha actuado correctamente al informar a la Asamblea General de la ONU, órgano competente para supervisar la aplicación de las normas del Derecho de la descolonización a los escasos territorios dependientes de los que aún se sigue ocupando la Cuarta Comisión de la Asamblea y el Comité de los 24. De la misma manera, y aunque los pasos subsiguientes habrían de producirse lógicamente en el plano bilateral hispano-británico o, en su caso, en las negociaciones para la salida del R. U. de la U. E., habrá que seguir informando de los avances que se produzcan, o la falta de ellos, a la Secretaría de las NN. UU. y a los órganos competentes de la Asamblea.

Yendo más allá, habría que plantearse qué debería ocurrir en el caso de que se llegara a algún tipo de acuerdo entre España y el R. U. en relación con el *status* futuro de Gibraltar. Hay que recordar que en las propuestas de Castiella y de Morán se preveía que los eventuales acuerdos resultantes serían registrados en la Secretaría de las NN UU, con lo que sin duda se les pretendía conferir un cierto carácter de solemnidad e incluso una suerte de “garantía” internacional. Indudablemente, el registro en la Secretaría, de conformidad con el artículo 102 de la Carta, de cualesquiera acuerdos en esta materia les aseguraría al menos la publicidad formal en el ámbito internacional, junto con la posibilidad de su invocación ante los órganos de las NN. UU. (lo que, obviamente, incluye tanto a la Asamblea o al Consejo de Seguridad como a la Corte Internacional de Justicia).

Lo que está menos claro es el efecto que tales acuerdos pudieran tener desde el punto de vista del Derecho de la descolonización. Obviamente, ello dependerá del contenido de los acuerdos y de los efectos que pretendan darles las partes. Pero no depende sólo de ellas: la Asamblea General se reserva siempre la facultad de juzgar cuándo y de qué manera un territorio no autónomo haya dejado de serlo en aplicación de los principios contenidos en las resoluciones 1514/XV y 1541/XV, ambas de 1960.

Conviene recordar que las autoridades de Gibraltar, especialmente a partir de la entrada en vigor de la constitución gibraltareña en 2007, han pretendido que su población ya se había “auto-determinado” y que, en consecuencia, Gibraltar debería ser eliminado de la lista de territorios no autónomos de los que se ocupa la ONU. Por su lado, el R. U. ha venido manteniendo una posición equívoca al respecto, sosteniendo por un lado que ya no se justificaría el mantenimiento de Gibraltar dentro de la lista, pero, por otro lado, absteniéndose de mover un dedo para obtener su exclusión. El hecho es que las NN. UU. siguen considerando a Gibraltar como un territorio no autónomo sujeto a un proceso de descolonización

conforme a las normas y resoluciones aplicables y previsiblemente así seguirá ocurriendo mientras la Asamblea no decida otra cosa al respecto.

## V.—CONSIDERACIÓN DE CONJUNTO Y POSIBLES ALTERNATIVAS

Todo ello invita a intentar hacer una evaluación de conjunto y a considerar alternativas posibles con vistas a la difícil negociación que se vislumbra. Para empezar, ¿por qué no fijarse en los textos básicos que actualmente rigen la situación internacional de Gibraltar? Curiosamente, ninguno de ellos recoge expresamente el término o la noción de “soberanía” a este propósito: el artículo X del Tratado de Utrecht habla de “propiedad” y las disposiciones pertinentes de la Carta de las NN. UU. y del Tratado de Roma (actualmente, del Tratado de Funcionamiento de la U. E.) emplean otros conceptos, que se pueden resumir, respectivamente, en la responsabilidad internacional de administrar un territorio no autónomo y en la asunción de las relaciones exteriores de un territorio europeo (en ambos casos, esos tipos de situaciones incluyen hipótesis tanto de ejercicio de soberanía territorial como de otras formas de dominio o gobierno de territorios)<sup>25</sup>.

Por otro lado, si en algo están de acuerdo todas las partes implicadas —España, el R. U. y Gibraltar— es en que la población de Gibraltar gozaría en todo caso de un alto grado de autogobierno, no menor que aquel de que disfruta en la actualidad. Por lo tanto, las facultades que se reservarían los eventuales co-soberanos (la propuesta del Gobierno español menciona específicamente las de “defensa, relaciones exteriores, control de las fronteras exteriores, inmigración y asilo”) entrarían perfectamente dentro de los conceptos contenidos en las disposiciones pertinentes de la Carta de las NN. UU. y del Tratado de Funcionamiento de la U. E.

En rigor, para el fin que ahora se persigue —el de que Gibraltar siguiera vinculado con la U. E. mediante un acuerdo entre España y el R. U. que fuese acogido favorablemente por el resto de los miembros de la Unión—, bastaría con que ambos Estados acordaran compartir la asunción de las relaciones exteriores de Gibraltar y así quedara consignado en los acuerdos más amplios a los que se llegue para el *Brexit*. Pero si esa responsabilidad compartida *ad extra* no llevara aneja *ad intra* la administración conjunta del territorio, ello conduciría casi inevitablemente a situaciones indeseadas en las que España sería responsable en la U. E. por decisiones en las que no tuviera una influencia real.

Al hacer esta sugerencia —al menos para su estudio como hipótesis de trabajo—, no se pretende minimizar las dificultades políticas y jurídicas de negociar,

---

<sup>25</sup> En realidad, aunque ambos tratados emplean fórmulas diferentes y cubren realidades diversas, al final comparten un elemento esencial: la responsabilidad de un Estado respecto de la administración de un territorio determinado. Las versiones en inglés de las disposiciones pertinentes lo dejan más claro, al utilizar en ambos casos términos relacionados con el concepto de la responsabilidad ejercida por el Estado sobre el territorio en cuestión.

articular y gestionar un régimen de administración conjunta del territorio, con la correspondiente asunción compartida de sus relaciones exteriores. Simplemente basta con señalar que esas dificultades se acrecientan con el uso de un concepto tan cargado políticamente como el de “soberanía” y que quizá se podrían manejar mejor esas cuestiones con un enfoque más funcional y pragmático como el que se apunta, que sería compatible en definitiva con una concepción moderna de la “soberanía” en cuanto haz de funciones, servicios y competencias públicas cuyo ejercicio es susceptible de ser modulado o compartido, al menos hasta cierto punto.

En cualquier caso, y de manera coherente con lo expuesto más arriba, ese eventual régimen acordado de administración conjunta de Gibraltar por parte de España y el R. U., que asumirían a la vez las relaciones exteriores del territorio, podría tener un carácter duradero pero no ilimitado en el tiempo, al mantenerse el objetivo esencial de su reintegración a España. Si no figurara en el acuerdo una disposición que garantizase a España esa reintegración, aunque fuese tras un largo periodo de transición, sería necesario insertar una cláusula de preservación de todos los títulos o pretensiones por cualquiera de las partes en relación con Gibraltar.

Para España, es importante que durante todo ese periodo, por más corto o más largo que sea, de mantengan vigentes tanto el artículo X del Tratado de Utrecht como la aplicabilidad del Derecho de descolonización al caso de Gibraltar. El reconocimiento del derecho de retracto (o redención) a favor de España contenido en la cláusula de Utrecht y la supervisión de la descolonización del territorio por parte de NN. UU. —juntamente, ahora, con la capacidad de veto que reconoce a España el acuerdo del Consejo Europeo respecto de las relaciones futuras entre Gibraltar y la U. E.— habrán de seguir funcionando como palancas para lograr una negociación y una cooperación efectivas por parte del R. U. y, en caso necesario, como un reaseguro para prevenir eventuales retrocesos en el camino emprendido<sup>26</sup>.

## **VI.—APUNTE SOBRE EL ENFOQUE Y EL MÉTODO POR PARTE ESPAÑOLA**

El repaso —necesariamente esquemático— que hemos realizado a las vicisitudes de los repetidos intentos de replantear el futuro *status* de Gibraltar mediante un diálogo entre España y el R. U. nos muestra a las claras que, en distintos momentos, se han dado fallos por ambas partes, pero concretamente por parte española, en lo que se refiere al mantenimiento de la reivindicación con la suficiente firmeza, constancia y perseverancia, algo que nos está en modo alguno reñido con la flexibilidad en los métodos o en las tácticas empleadas.

---

<sup>26</sup> En un sentido similar se pronuncia Antonio REMIRO BROTONS en su trabajo citado (nota 7) en su apartado final (“Mirando al futuro”), así como en su artículo (en inglés) “Gibraltar” publicado en la revista editada por la Universidad de Cádiz *Cuadernos de Gibraltar/Gibraltar Reports*, núm. 1 (2015), pp. 13-24.

En un momento en que se ofrece una nueva oportunidad, muy poco frecuente, para hacer un nuevo esfuerzo, quizá decisivo, para avanzar en el logro de ese objetivo, convendría sacar las lecciones apropiadas de las experiencias anteriores con objeto de tener mayores probabilidades de hacer las cosas bien y de que, además, las cosas, con suerte, puedan salir bien. A continuación se apuntan algunas ideas que —sin ningún ánimo exhaustivo— van encaminadas a ese propósito.

### **1.—Una política de Estado basada en el consenso político**

Si se desea evitar los bandazos y altibajos que demasiadas veces han caracterizado la accidentada historia de la reclamación de Gibraltar, es fundamental que se consiga por las principales fuerzas políticas españolas un consenso básico sobre el objetivo, los enfoques y propuestas apropiadas y los medios a emplear a tal efecto, tanto en el plano nacional como en el internacional.

En un esfuerzo como ese, la iniciativa debe corresponder al Gobierno, responsable en definitiva de dirigir la política exterior conforme a la Constitución, pero el marco más adecuado para construir y asentar un consenso como el que se propone debería de ser el del parlamento. De hecho, si se echa la vista atrás, se puede comprobar que una cierta base existe, puesto que, durante el periodo democrático, la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados ha venido aprobando periódicamente proposiciones no de ley, propuestas por distintos grupos parlamentarios, en torno a la cuestión de Gibraltar. Entre ellas, destacan, por su contenido y alcance, varias que han venido pautando determinados momentos clave de ese dilatado proceso, a partir de 1980 y hasta nuestros días<sup>27</sup>.

Más recientemente, el 2 de noviembre de 2016, esa misma Comisión ha adoptado una moción parlamentaria que da pie para un nuevo esfuerzo en esa dirección. En efecto, esa proposición - aprobada por una práctica unanimidad de la Comisión - invita al Gobierno a establecer un marco institucional consensuado para lograr una estrategia de Estado sobre Gibraltar, a utilizar el marco del Congreso de los Diputados para articular un consenso básico respecto a Gibraltar, a desarrollar un plan de acción que impulse una solución entre el R. U. y España sobre la cuestión de Gibraltar y, finalmente, a reforzar los foros de diálogo entre las distintas instituciones con competencia en la zona (el Campo de Gibraltar), así como entre las autoridades locales españolas y las gibraltareñas en cuestiones de ámbito local<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> En particular, cabe recordar, por su carácter más general, las proposiciones no de ley aprobadas el 27 de marzo de 1980, el 16 de marzo de 1999, el 3 de abril de 2001 y el 11 de marzo de 2009.

<sup>28</sup> La proposición no de ley aprobada por la Comisión de Asuntos Exteriores aparece publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 51 (16 de noviembre de 2016), pp. 28-29.

Algo así debería haberse hecho hace ya mucho tiempo. En la coyuntura que ahora se abre con el *Brexit*, esa tarea se ha convertido en urgente e inaplazable.

## **2.—Atención a las realidades humanas sobre el terreno**

Si bien la cuestión de Gibraltar sólo podrá resolverse de forma viable y duradera mediante el acuerdo entre el R. U. y España —así lo exigen, como hemos visto, los marcos jurídicos y políticos que rigen la situación internacional de Gibraltar—, ello no debe excluir en modo alguno que ambos Gobiernos deban estar muy atentos a las realidades humanas en Gibraltar y su entorno, caracterizadas desde siempre por unas intensas relaciones de vecindad y por múltiples y variados lazos de dependencia mutua, no exentos, desde luego, de frecuentes roces y desencuentros.

Por parte española, ello debe incluir en primer lugar, lógicamente, la protección y defensa de los derechos e intereses legítimos de los habitantes de las zonas circundantes, la promoción del desarrollo económico y social de dichas zonas y el fomento del diálogo y la colaboración inter-institucionales a todos los niveles, desde el Estado hasta los municipios de la zona, pasando por la Junta de Andalucía, la Diputación de Cádiz y la mancomunidad del Campo de Gibraltar.

Esa consideración de las realidades humanas involucradas debería igualmente invitarnos a examinar con el cuidado y la atención necesarios las preocupaciones y las aspiraciones sentidas por los habitantes de Gibraltar, que indudablemente han sido capaces de construir a lo largo de los siglos una comunidad con su propia identidad, que desean mantener y potenciar en el mundo moderno. El reto para España habría de ser el de comprender cabalmente ese *ethos* colectivo en sus diversas dimensiones y ofrecer a esa población la posibilidad efectiva de desarrollar libremente su personalidad en un marco español y europeo, sin necesidad de abandonar su histórico legado británico (y mediterráneo). Para ello se requiere que haya un diálogo hispano-gibraltarero a distintos niveles, que sea franco, sostenido y profundo, y que no tenga que pasar siempre por el filtro de Londres.

## **3.—Recuperar la memoria, (re)construir el relato**

Finalmente, hay otra tarea pendiente, que es cada vez más acuciante. En el repaso realizado a la historia del último medio siglo de contactos y negociaciones hispano-británicas en torno a Gibraltar hemos podido comprobar la existencia de grandes lagunas, informaciones incompletas y jirones sueltos. Muchos documentos importantes no están publicados o son de acceso difícil y muchas veces falta una explicación suficiente de por qué en determinados momentos se tomó esta o aquella vía o luego se abandonó y se tomó otra. En varias fases ha habido

que proceder a una reconstrucción aproximada, confiando en que refleje lo sucedido con suficiente precisión.

Paradójicamente, se dispone de una mayor información acerca de la primera fase moderna de la reivindicación (la era Castiella) porque aquel Ministro se ocupó de dejar constancia de su ingente labor al respecto mediante los dos *Libros Rojos* y otros libros y testimonios relacionados con la cuestión de Gibraltar. A nadie se le escapa que esas obras contenían un relato y una argumentación inevitablemente marcados por la ideología ultra-nacionalista del momento (en particular, el llamado Alegato), además de una evidente carga propagandística<sup>29</sup>. Con todo, recogían igualmente una valiosa documentación, tanto histórica como contemporánea, y de fuentes no sólo españolas sino también británicas y de otras procedencias. Lo que es más notable, en un sorprendente ejercicio de transparencia para la época, esos *Libros Rojos* fueron presentados por el Ministro Castiella a las Cortes Españolas, el supuesto órgano legislativo del anterior régimen, que ciertamente no habían sido elegidas por procedimientos democráticos y que, por ende, no tenían un carácter representativo.

Pues bien, lo llamativo es que, desde entonces, no se haya realizado un esfuerzo parecido por parte de los sucesivos responsables de la diplomacia en los Gobiernos de la democracia y que, desde las Cortes Generales democráticamente elegidas y plenamente representativas, tampoco se le haya reclamado al Ejecutivo una transparencia similar. A mi conocimiento, durante el periodo democrático solamente se han producido, por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores, dos publicaciones parciales de documentos relacionados con Gibraltar, ciertamente útiles y estimables pero que no llegan a colmar unos clamorosos vacíos, especialmente en lo que se refiere a las escasas ocasiones en que pudieron plantearse las “cuestiones de soberanía” en el plano bilateral (en especial, durante las etapas de Morán y de Matutes/Piqué)<sup>30</sup>.

Sería, pues, muy necesario que los responsables de la Administración del Estado, quizá con un acicate que proviniera de las Cortes Generales, impulsaran esa labor de “recuperación de la memoria” en relación con Gibraltar, contando con la colaboración de un equipo de historiadores, juristas y diplomáticos que hayan tenido la oportunidad de ocuparse del tema de Gibraltar en distintos periodos durante la época democrática. Esa labor de investigación debería dar lugar a la producción de una serie de publicaciones —del color que se prefiera— sobre las distintas fases que ha conocido el contencioso a lo largo de los últimos cuarenta años.

---

<sup>29</sup> Hay que recordar que esos planteamientos, aunque ciertamente algo suavizados por el transcurso del tiempo y el cambio radical en las circunstancias internacionales, hundían sus raíces en obras como la suscrita por AREILZA, J. M. de y CASTIELLA, F. M., *Reivindicaciones de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1941.

<sup>30</sup> Esas recopilaciones parciales se encuentran en sendas publicaciones del Ministerio: Oficina de Información Diplomática: *Reivindicación española de Gibraltar*, Madrid, 1987, y Oficina de Asuntos de Gibraltar: *La cuestión de Gibraltar*, Madrid, 2008.

Este esfuerzo debería, a la vez, aprovecharse para construir un relato renovado acerca de la reclamación de Gibraltar desde la perspectiva de la España democrática, plural y plenamente embarcada en la construcción europea. Esa explicación ha ido desarrollándose por varios de los responsables de la cartera de Exteriores durante esas cuatro décadas, pero no ha llegado a articularse todavía de una manera cabal y completa que contribuya a desplazar en el imaginario de los gibraltareños —y de muchos españoles— el peso del recuerdo de la manera como se planteó la reivindicación de Gibraltar por parte del anterior régimen. Sólo por eso valdría la pena embarcarse en esa tarea.

Madrid, 30 de abril de 2017



# NUEVO MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y PRINCIPIOS DE LA DOCTRINA DE NACIONES UNIDAS APLICABLES AL BINOMIO *BREXIT* / GIBRALTAR

**MAGDALENA M. MARTÍN MARTÍNEZ**

*Catedrática de Derecho Internacional Público  
Universidad de Málaga*

SUMARIO: I.—Introducción: el binomio *Brexit*/Gibraltar. II.—La modificación del marco jurídico internacional de Gibraltar: hacia un régimen bilateral postBrexit: 1.—Efectos del nuevo marco jurídico de la controversia bilateral. III.—La renovada vigencia de los principios jurídicos de la doctrina de Naciones Unidas en relación con el binomio *Brexit*/Gibraltar. IV.—Reflexiones finales.

## I. INTRODUCCIÓN: EL BINOMIO *BREXIT* / GIBRALTAR

Son contadas las ocasiones en las que la academia, la clase política y la ciudadanía coinciden en sus ocupaciones y preocupaciones. El llamado *Brexit* es una de ellas<sup>1</sup>. Doctrina, políticos, ciudadanos y *mass media* reconocen de forma unánime,

---

<sup>1</sup> Recordar que el término *Brexit* es un neologismo resultante de la contracción Britain+Exit utilizado por los medios de comunicación durante la campaña previa al referéndum del día 23 de junio de 2016 para referirse a la salida de la UE, por contraposición al Remain (Britain+Remain) como atestigua el especial realizado por el Real Instituto Elcano (<http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/brexit/>). Su uso se ha generalizado hasta aceptarse en diccionarios oficiales tanto ingleses como españoles. Un término similar se empleó ya en 2012 en círculos económicos en relación a una eventual salida no voluntaria de Grecia de la UE. Con posterioridad han proliferado otros acrónimos, tales como el Regrexit o Arreptentaxis, términos a través de los que políticos y plataformas ciudadanas han preconizado la rever-

con independencia de inclinaciones euroescépticas o eurocreyentes, que la decisión del Reino Unido de solicitar la retirada de la Unión Europea en virtud del artículo 50 del TUE, junto a la subsiguiente gestión del proceso de desconexión, ha significado un antes y un después en una UE afectada desde hace tiempo por una crisis múltiple<sup>2</sup>, e inmersa en un proceso de refundación, como atestigua el Libro Blanco sobre el futuro de Europa presentado por la Comisión el 1 de marzo de 2017<sup>3</sup>.

En este contexto convulso el *Brexit* ha supuesto una revolución, hasta el punto incluso de ser considerado como “*el elemento más visible de la 'desintegración europea'*”<sup>4</sup>, que, aun sin consumarse, ha traído aparejado consecuencias perjudiciales de gran calado para ambas partes<sup>5</sup>. Su incidencia negativa en el caso de España presenta algunas particularidades fundamentalmente por tres factores bien conocidos: 1) La intensidad de las relaciones económicas bilaterales<sup>6</sup>; 2) El factor humano, que se traduce en la presencia de 253.928 británicos residentes permanentes en nuestro país, en su mayoría gerontoinmigrantes, a los que se suma un contingente de 14 millones de turistas vacacionales al año, junto a 102.498 españoles expatriados en el RU<sup>7</sup>, y 3) El contencioso de

---

sibilidad de la decisión por considerar que la salida del Reino Unido de la UE no solo era desaconsejable sino también evitable, al menos hasta el 29 de marzo, fecha en la que se produjo la notificación formal por parte del gobierno de Teresa May de activación del artículo 50 del TFUE.

<sup>2</sup> Habermas afirmó ya en 2012 que la crisis que viene padeciendo la UE es una crisis de legitimación, una crisis de solidaridad y una crisis de confianza. HABERMAS, J., *The Crisis of the European Union. A Response*, Cambridge, Polity Press, 2012. En la doctrina española también se ha aludido a una “crisis existencial” de la UE como proyecto político, económico y social, SANAHUJA, J.A., “Las cuatro crisis de la UE”, en *Cambio de ciclo: crisis, resistencias y respuestas globales*, M. Mesa (coord.), 2012, pp. 51-85. Por su parte, en su discurso sobre el Estado de la UE de 14 de septiembre de 2016 J.C. Juncker reconoció que “Nuestra Unión Europea se encuentra, al menos en parte, en una crisis existencial”. *Discurso sobre el Estado de la UE 2016: Hacia una Europa mejor: una Europa que proteja, empodere y vele por la seguridad*. Sobre el *Brexit* como punto álgido de dicha crisis, MATTHIJ M., “Europe after Brexit: A less perfect union”, *Foreign Affairs* n.º 96, January-february 2017, p. 85.

<sup>3</sup> Libro Blanco sobre el Futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2015, disponible en [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/libro\\_blanco\\_sobre\\_el\\_futuro\\_de\\_europa\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf).

<sup>4</sup> MORILLAS, P., “Brexit: una mala opción para Europa”, *Economía Exterior. Estudios de Política Exterior*, n.º 76, primavera 2016; NESTORAS, A., “The EU beyond Brexit: towards a new democratic foundation”, *IED Working Papers Series*, 30 september 2016; AVBELJ, M., “Brexit: An End to the End History”, *German Law Journal*, vol.17, *Brexit* supplement, 2016.

<sup>5</sup> Un primer balance provisional sobre las consecuencias políticas a largo plazo y económicas inmediatas en KOKOTOVIC, F., KURECIK, P., “The case of *Brexit*: an analysis of the political and economic factors”, *Journal of Economic and Social Development*, vol. 14, 2016, n.º 1, pp. 27-38; YTURRIAGA BARBERÁN, J.A., “Consecuencias nocivas del *Brexit* para la UE y Gran Bretaña”, *Diario La Ley*, 2016, n.º 8787, p. 1; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S; GARCÍA FUENTE, P., “Qué es el *Brexit*? Orión y posibles consecuencias”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII, 2017, pp. 3-40.

<sup>6</sup> Según el ICEX en 2016 el Reino Unido fue el cuarto destino de las exportaciones españolas y el séptimo país de origen del total de las importaciones, lo que arrojó un superávit comercial a nuestro favor de 7.968 millones de euros. Vid el documento “El *Brexit* y los intereses económicos españoles”, Centro Cívico de opinión, documento n.º 18, junio de 2016.

<sup>7</sup> Cifras oficiales proporcionadas por el INE con fecha 1 de enero de 2016. Sobre las particularidades del ejercicio de la libre circulación por parte de este colectivo de jubilados europeos que hemos

Gibraltar, que merced al *Brexit* ha adquirido una nueva dimensión, de actualidad o contemporaneidad, y en el que los dos factores citados, el económico y el humano, tienen una repercusión mayor debido a la intensidad de las relaciones transfronterizas<sup>8</sup>.

De hecho, se ha conformado una suerte de binomio *Brexit*/Gibraltar, como atestigua el informe con este mismo título elaborado por la Cámara de los Lores de 1 de marzo de 2017<sup>9</sup>, hasta el punto incluso de que a día de hoy el segundo es visto como un epifenómeno del primero, pues se ve afectado inexorablemente por éste pero sin tener a priori influencia sobre el mismo. El *Brexit* supone un salto al vacío que ha obligado a Gibraltar, en contra de la voluntad de su población<sup>10</sup>, a redefinir su estatus internacional, ofreciendo así una ocasión inesperada para afrontar un doble reto: articular una fórmula que le permita mantener su excepcionalidad y conservar una relación privilegiada con la UE en el marco del arreglo pacífico de una controversia bilateral históricamente enquistada<sup>11</sup>.

El objetivo de esta contribución no es pues glosar la abundante doctrina ius-internacionalista sobre dicha controversia, ni tampoco reiterar las reflexiones generales sobre el *Brexit* y Gibraltar formuladas con ocasión de la Jornada de Estudio que origina la presente publicación. Nuestro propósito es más modesto: consiste primero en identificar el nuevo marco jurídico para acto seguido sistematizar los principios jurídicos de la llamada doctrina de las Naciones Unidas aplicables en la redefinición del estatuto internacional de Gibraltar, poniendo de relieve su importancia para los dos procesos negociadores en curso del citado

---

bautizado como gerontoinmigrantes MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., “La libre circulación de los residentes en la UE: Especial referencia a los gerontoinmigrantes de la Unión (GIU), en *La residencia de los gerontoinmigrantes: Derechos y obligaciones de los jubilados extranjeros en los lugares europeos de retiro*, Echezarreta Ferrer, M.T, (coord.), Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 59-92.

<sup>8</sup> A juicio de GÁRICANO, L.: “The relationship between Spain and the UK is a picture perfect illustration of the economic and political benefits that the EU, and the Single Market, can bring about: large flows of people in both directions, as retired Britons seek out Spain’s quality of life and Spanish youth seek jobs and education in the UK; a peaceful and workable non-solution to the Gibraltar question, one of the most intractable territorial disputes left in Europe; large flows of goods and services trade in both directions; and very large foreign direct investment (FDI) by companies from each country to the other”, *Spain’s response to Brexit*, IDEAS, Centre Piece, winter 2016, p. 19.

<sup>9</sup> *House of Lords. European Union Committee, 13th Report of Session 2016-17, Brexit: Gibraltar*. Dicho Informe fue objeto de debate el 21 de marzo de 2017, figurando 5 cuestiones en el orden del día, la última de las cuales versaba sobre: “Ways to maintain and improve relations between Spain, the UK and Gibraltar post-Brexit?”. Tanto el Informe como el debate se encuentran disponibles en <http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/lords-select/eu-select-committee/news-parliament-2015/brexit-gibraltar->

<sup>10</sup> Los datos sobre el resultado del referendun relativos a Gibraltar se computaron a efectos de área de votación dentro de una de las región del Sudoeste de Inglaterra, y según la BBC fueron 19.332 votos favorables a la permanencia (remain) en la UE (95’9%), 823 a favor de la salida (exit) de la UE (4’1%), siendo la participación del 83.5%, estadísticas que difieren radicalmente de las totales, GARCÍA, J., “Brexit: A View from Gibraltar”, *The Round Table*, 2016, vol. 105, n.º 5, pp. 585-586.

<sup>11</sup> MANGAS MARTÍN, A., “¿Brexit? Escenarios internacionales y Gibraltar”, Real Instituto Elcano, Documento de trabajo 9/2016, 17 de junio de 2016,

binomio, la retirada del Reino Unido de la UE y el contencioso hispano-británico. Por consiguiente, no se trata tanto de profundizar en su contenido, cuanto de valorar en qué medida dichos principios pueden condicionar la situación de Gibraltar en el post *Brexit*, habida cuenta del inquietante escenario en el que nos encontramos, objetivo éste nada desdeñable por dos razones.

De una parte, por la incertidumbre que preside el proceso de desconexión, un viaje a lo desconocido a partir del escueto artículo 50 del TUE, cuya implementación sigue suscitando más interrogantes que certezas<sup>12</sup>. Y de la otra, porque la renovada vigencia adquirida por los principios de Naciones Unidas conducirían a repensar la estrategia negociadora con que las dos partes afrontan la fase actual del contencioso hispano-británico abierta tras la presentación el 4 de octubre de 2016 de la propuesta española de cosoberanía en la IV Comisión de la Asamblea General de la ONU<sup>13</sup>. Con tal fin en primer lugar expondremos la modificación en el marco jurídico internacional de Gibraltar que el *Brexit* ha significado, así como sus consecuencias inmediatas (II), para adentrarnos en la llamada doctrina de Naciones Unidas al objeto de reflexionar sobre la renovada vigencia de sus principios, y su aplicación y efectos en el binomio *Brexit*/Gibraltar, (III), finalizando con unas breves reflexiones finales.

## II.—LA MODIFICACIÓN DEL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE GIBRALTAR: HACIA UN RÉGIMEN BIAxIAL POSTBREXIT

En efecto, la necesidad de delimitar la situación jurídica de partida de Gibraltar en la búsqueda de su nuevo estatus tras el *Brexit* reviste una importancia inusitada habida cuenta que hasta ahora eran tres los instrumentos reguladores de naturaleza internacional, a saber: el Tratado de Utrecht de 13 de junio de 1713; la doctrina de las Naciones Unidas sobre la descolonización elaborada a partir de 1946; y las disposiciones de los Tratados de la UE que le confieren a Gibraltar un estatus *ad hoc* en el Derecho de la UE.

---

<sup>12</sup> Se han llegado a enumerar hasta doce dudas o interrogantes planteadas por el nunca antes transitado mecanismo del artículo 50. Al respecto, MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J., “La Unión Europea ante el desafío del Brexit: de la Decisión de los Jefes de Estado o Gobierno a la activación del proceso de retirada”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 43, 2016, pp. 7-24. Recordemos que previamente la mera invocación del artículo 50 fue tachada de imposible por algunos autores. Vid. al respecto HOFMEISTER, H., “Should I stay or should I go? -a critical analysis of the right to withdraw from the EU”, *European Law Journal*, vol. 16, n.º 15, 2010, pp. 589-603; ŁAZOWSKI, A., “Withdrawal from the European Union and alternatives to membership”, *European Law Review*, 2012, pp. 523-540.; Del mismo autor, “Unilateral withdrawal from the EU: realistic scenario or a folly?”, *Journal of European Public Policy*, 2016, vol. 23, n.º 9, pp. 1294-1301.

<sup>13</sup> La propuesta fue expuesta formalmente por el Embajador Oyarzun, Representante Permanente de España ante la ONU, en la 71 Sesión de la Asamblea General, IV Comisión, celebrada en Nueva York el 4 de octubre de 2016, [http://www.spainun.org/wp-content/uploads/2016/10/Intervenci%C3%B3n-Espa%C3%B1a-Item-58-71AG-versi%C3%B3n-compilada-ESP.ING\\_.pdf](http://www.spainun.org/wp-content/uploads/2016/10/Intervenci%C3%B3n-Espa%C3%B1a-Item-58-71AG-versi%C3%B3n-compilada-ESP.ING_.pdf)

En este sentido, aunque hemos anticipado que no procede examinar aquí y ahora el contenido del Tratado de Utrecht, a los efectos que nos interesan es necesario recordar su importancia en la concreción del estatuto jurídico internacional de Gibraltar<sup>14</sup>, pues España y el Reino Unido aceptan la vigencia parcial de su artículo X, epígrafes primero y último<sup>15</sup>, aunque como es sabido difieren frontalmente sobre otros aspectos del mismo, tales como el título soberano, la extensión del territorio cedido o la delimitación de los espacios terrestres, marítimos y aéreos<sup>16</sup>. Por tanto, podemos anticipar que a partir del primero y más antiguo de los instrumentos que delimitan su estatuto jurídico internacional, Gibraltar es un territorio distinto del Reino Unido que no puede ser cedido a ningún tercer Estado u otro sujeto internacional, ni tampoco aspirar a la condición de Estado sin el consentimiento de España<sup>17</sup>.

En sede multilateral las Naciones Unidas y la Unión Europea han confirmado este estatus particular. En el marco de la UE, la excepcionalidad de Gibraltar empezó a fraguarse con la firma el 22 de enero de 1972 del Acta Final de la conferencia de negociación de las Comunidades Europeas con el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca y del Tratado de Adhesión, en vigor desde el 1 de enero de 1973, para cristalizar con la Declaración de Bruselas de 27 de noviembre de 1984, que precedió a la adhesión de España en 1986. Por su parte, el Acta de Adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas de 12 de junio de 1985 incluía una Declaración en la que afirmaba que “*Los Tratados se aplicarán a Gibraltar como territorio europeo cuyas relaciones*

---

<sup>14</sup> ORTEGA CARCELÉN, M., “Gibraltar y el Tratado de Utrecht”, Real Instituto Elcano, *ARI* 19/2013.

<sup>15</sup> El epígrafe 1º del citado artículo estipula que: “El Rey Católico, por si y por sus herederos y sucesores, cede por este Tratado a la Corona de la Gran Bretaña la plena y entera propiedad de la ciudad y castillo de Gibraltar, juntamente con su puerto, defensas y fortaleza que le pertenecen, dando la dicha propiedad absolutamente para que la tenga y goce con entero derecho y para siempre, sin excepción ni impedimento alguno”. Por su parte, el último declara que: “Si en algún tiempo a la Corona de la Gran Bretaña le pareciere conveniente dar, vender o enajenar, de cualquier modo la propiedad de la dicha Ciudad de Gibraltar, se ha convenido y concordado por este Tratado que se dará a la Corona de España la primera acción antes que a otros para redimirla”, *Gibraltar: principales documentos oficiales*, recopilados por DEL VALLE GÁLVEZ, A., Real Instituto Elcano. Documentación, septiembre de 2013.

<sup>16</sup> CEIJAS CABRERA, A., *Las controversias de Gibraltar*, 2016.

<sup>17</sup> En palabras de OEHLING DE LOS REYES, A., “(...) la cesión, entrega o venta de la plaza por el Reino Unido a un tercer Estado o sujeto sólo sería válida bajo ofrecimiento primero de la misma a España, y, solamente, en el hipotético caso de negativa al ejercicio de su derecho de adquisición preferente cabría proceder a su enajenación o dación en favor de una tercera potencia o entidad interesada... La literalidad del texto permite, por lo tanto, negar una posible concesión de total autonomía de la plaza sobre la base incluso de la «voluntad del pueblo de Gibraltar», el «derecho a la libre determinación» o la «libre decisión de la ciudadanía» de la ciudad, por cuanto el tenor literal del texto especifica que el derecho de adquisición preferente es independiente de la vía de transmisión a tercero y del sujeto beneficiario de la cesión... La concesión de independencia unilateral por parte del Reino Unido al peñón, colocaría el status jurídico de la ciudad en una posible contravención del Tratado, sobre la base del derecho de retracto y subrogación en las condiciones de adquisición, que en última instancia inclusive podría presuponer la reversión del istmo a España” “El Artículo X del Tratado de Utrecht de 1713: Interpretación interesada y consecuencias jurídico-políticas para España”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 168, abril-junio, 2015, pp. 201-202.

*exteriores asume un Estado miembro. Ello no supone modificación alguna de las respectivas posiciones de los Estados miembros de que se trata*". Desde entonces, han transcurrido más de 30 años de aplicación a la carta del DUE sobre la base del Anexo II del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino Unido a la Comunidad Europea, del artículo 355 del Tratado de Funcionamiento de la UE, heredero del artículo 227.4 del TCEEE, y de la Declaración n.º 55 del Tratado de la UE<sup>18</sup>.

Este trípode jurídico empezó a desmontarse el 29 de marzo de 2017, fecha en la que Donal Tusk recibió formalmente el documento en forma de carta enviado por la primera ministra británica Theresa May notificaba al Consejo Europeo la intención del Reino Unido de salir de la UE conforme al art. 50.2 del TUE. Tal y como prevé el párrafo tercero del citado artículo, la notificación ha supuesto el pistoletazo de salida, la cuenta atrás para la negociación y conclusión, en un plazo inicial de dos años prorrogables, de un acuerdo de retirada tras cuya entrada en vigor los Tratados constitutivos y el Derecho derivado de la UE, devendrán inaplicables para en el Reino Unido y por extensión también para Gibraltar<sup>19</sup>.

Por consiguiente, la activación del proceso de retirada comporta el tránsito desde una regulación anclada en tres elementos jurídicos internacionales de larga data hacia un régimen biaxial, sustentado en dos ejes, el de un tratado internacional con más de tres siglos de antigüedad y con una vigencia parcial, y el de un acervo construido hace setenta años a partir del derecho de la descolonización. En otras palabras, el estatuto jurídico internacional de Gibraltar ha empezado a mutar como consecuencia de la inaplicación futura del DUE, hecho que en principio tendrá lugar el 30 de marzo de 2019, salvo que el Reino Unido revocara la notificación de retirada y el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo aceptasen dicha revocación, futuribles ambos poco verosímiles<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> La Declaración n.º 55 del Reino de España y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, aneja al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, DOUE 326 de 26 de octubre de 2012 (versión consolidada), reproduce literalmente las contenidas en las respectivas Actas de Adhesión. Sobre el estatuto de Gibraltar en la UE, ANTON GUARDIOLA, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, 2011.

<sup>19</sup> NICOLAIDES, P., "Withdrawal from the European Union: a typology of effects", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, vol. 20, pp. 209-219.

<sup>20</sup> En relación a la revocabilidad o no de la notificación de salida en el marco de la interpretación del artículo 50 del TUE, MILLER, V.; LANG, A.; SIMON-CAIRD, J., *Bresit: how does the article 50 process work?*, Briefing Paper, n.º 7551, 16 January 2017, House of Commons Library, donde se hace eco (p. 15) del debate del 8 de marzo de 2016 en el seno del Lords EU Committee en el que académicos y jueces consideraron jurídicamente factible la revocación de la notificación, aunque sujeta a un complejo procedimiento y escenario político. En este sentido, suscribimos la opinión de DUFF, A., "Brexit: the launch of article 50", *Discussion Paper EPC*, 9 February 2017: "No turning back: EU27 will never permit an attempt by a recalcitrant UK to procrastinate, to delay for delay's sake. Nor will they be impressed by the threat of a second referendum on the outcome of the Article 50 negotiation: rather the contrary", p. 4.

## 1.—Efectos del nuevo marco jurídico en la controversia bilateral

Esta modificación sobrevenida del marco jurídico, sin haberse consumado, ha alterado las coordinadas político-jurídicas tradicionales del contencioso hispano-británico<sup>21</sup> al menos por dos razones.

En primer lugar puesto que, como certeramente ha señalado DEL VALLE GÁLVEZ, de los tres marcos internacionales expuestos la legislación europea ha sido el único aceptado íntegra y unánimemente por los actores principales, el Reino Unido, España y el propio Gibraltar<sup>22</sup>. Aunque la aplicación del Derecho de la UE no ha estado exenta de polémica, como demuestra la abundante jurisprudencia en materias tan diversas como política comercial, las elecciones al Parlamento Europeo o el medio ambiente, entre otros<sup>23</sup>, la labor del TJUE ha contribuido a canalizar la controversia esencialmente política sobre la soberanía en términos jurídicos, disminuyendo así su alto voltaje.

En segundo lugar, porque la sola previsión de la inaplicación futura del DUE en el territorio de Gibraltar ha desequilibrado la balanza jurídica entre las dos partes de la controversia puesto que, como a continuación comprobaremos, los otros dos instrumentos, el Tratado de Utrecht y la doctrina de la ONU, favorecen las pretensiones españolas en detrimento de la posición mantenida por el Reino Unido y Gibraltar, y prueba de ello es la rapidez con la que, tras el resultado del referéndum del 23 de junio de 2016<sup>24</sup>, España planteó su propuesta de co-soberanía. Las consecuencias a medio o largo plazo de este cambio en el marco jurídico de partida son imprevisibles, pero lo cierto es que a la corta se han traducido en un aumento del ruido mediático, así como en una tensión creciente poco recomendable para los dos procesos negociadores en marcha, el de Reino Unido/UE y el hispano-británico<sup>25</sup>.

Respecto de este último, el inicio del proceso de retirada de la UE del Reino Unido suscita la posibilidad de reactivar el párrafo segundo del artículo X del Tratado de Utrecht, hasta el presente inaplicado debido a la primacía del Derecho

---

<sup>21</sup> REMIRO BROTONS, A., “Regreso a Gibraltar: acuerdos y desacuerdos hispano-británicos”, *Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid*, 2004, vol 10, pp. 133-182.

<sup>22</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Gibraltar, su estatuto internacional y europeo y la incidencia de la crisis de 2013-2014”, *Revista Catalana de Dret Public*, nº 48, 2014, p. 47.

<sup>23</sup> Sobre el particular, la contribución en esta misma obra de SAMPOL, M., “Las actuaciones de España ante el Tribunal de Justicia en relación con la cuestión de Gibraltar. algunas reflexiones para el Brexit”.

<sup>24</sup> CASTELLÀ ANDREU, J., M., “El referéndum sobre el Brexit: una historia inacabada”, *Revista de Derecho Político*, 2016, nº 97; RAITIO, J; RAULUS, E., “The UK EU referendum and the move towards Brexit”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24, issue 1, 2017, pp. 25-42.

<sup>25</sup> La tensión llegó al extremo de que un ex ministro tory, y actual Lord, Michel Howard, sugirió la posibilidad de acudir a la guerra, como se hizo en 1983 en las Malvinas, para defender la soberanía de Gibraltar. Sus declaraciones fueron criticadas por el líder de los liberales Tim Farron pero lo cierto es que provocaron una reacción en cadena en los tabloides bajo el lema “La Roca no se toca”, hasta el extremo de que la Comisión europea solicitó al Reino Unido que “rebajara el tono sobre Gibraltar”, *El País*, 4 de abril de 2017.

de la UE. Así, cuando el *Brexit* concluya sería posible, según el tenor literal de dicho precepto, la adopción de medidas que restrinjan las comunicaciones territoriales con Gibraltar, ya que la cesión del Peñón se realizó “*sin comunicación alguna abierta al país circunvecino por parte de tierra*”. Esta hipótesis fue avanzada en los años 90 por IZQUIERDO SANS<sup>26</sup>, pero a nuestro juicio el recurso a un eventual cierre de la Verja, a imagen y semejanza de lo acontecido en 1969 y 1982, debe ser la última ratio puesto que a nadie se le escapa que su puesta en práctica lesionaría gravemente los propios intereses españoles<sup>27</sup>. Otra cosa es que, como ha observado MANGAS MARTÍN, se aplique a los gibraltareños el mismo trato que se dispensa a los nacionales de terceros estados en cuanto a controles de personas, vehículos y mercancías, acceso a segunda vivienda o ejercicio de actividades laborales y profesionales<sup>28</sup>.

En la misma línea, la ausencia de referencia alguna a Gibraltar en el documento de activación del artículo 50 enviado por el Reino Unido al Consejo Europeo, calificado por la oposición como un “enorme error estratégico”, suscitó críticas y quejas por parte del Ministro principal, Fabián Picardo, quien previamente había rechazado de forma tajante la propuesta española de cosoberanía. La consiguiente respuesta de las instituciones de la UE a la notificación de retirada británica ha reavivado el enfrentamiento dialéctico<sup>29</sup> y político<sup>30</sup>, al suscribir sin ambages

---

<sup>26</sup> IZQUIERDO SANS, C., *Gibraltar en la Unión Europea. Consecuencias sobre el contencioso hispano-británico y el proceso de construcción europea*, Tecnos-UAM, 1996.

<sup>27</sup> ANTON GUARDIOLA, C., “El Bréxit británico, Gibraltar y la Verja”, 2016, disponible en [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/55387/6/ART\\_GIBRALTAR\\_SBREXIT\\_SCHENGEN.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/55387/6/ART_GIBRALTAR_SBREXIT_SCHENGEN.pdf)

<sup>28</sup> MANGAS MARTIN, A., “Referendum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea: consecuencias”, *España y el riesgo del Bresit*, Cuadernos Cívicos de Opinión, nº 18, junio de 2016, p. 15.

<sup>29</sup> Así, el Ministro principal Fabián Picardo declaró a los tabloides británicos que el gobierno español se comportaba como “un matón” respecto a Gibraltar, y que el presidente del Consejo Europeo actuaba “como un cornudo”. En esta escalada de tensión, el ex ministro conservador Norman Tebbit, propuso en una columna publicada en “The Telegraph” llevar la independencia de Cataluña a la ONU como respuesta a la presión española en Bruselas.

<sup>30</sup> El debate político se hizo eco del mediático. Así, en la sesión del Parlamento Europeo de 29 de marzo de 107 en la que se debatió el inicio de las negociaciones para la salida del Reino Unido, con la participación de los principales líderes de los partidos políticos presentes en la Eurocámara (Guy Verhofstadt, Manfred Weber, Gianni Pittella, Philippe Lambert, Ska Keller, junto a Danuta Maria Hübner Presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales, se criticó el recrudecimiento del debate y se hizo un llamamiento a una negociación tranquila pero consecuente. Especialmente contundente fue la intervención de Giani Pitella, quien en nombre del Grupo de la Alianza Progresista de Socialistas y Demócratas en el Parlamento Europeo afirmó que “(...) un ex leader conservatore britannico ha paventato il rischio di una guerra tra Regno Unito e Spagna. Sono parole da dilettranti allo sbaraglio. Spero che i cittadini inglesi capiscano in quali mani sono finiti. I Tories hanno voluto il referendum e il giorno dopo il voto non conoscevano nemmeno la procedura per chiedere il divorzio. L'integrità del Regno Unito è a rischio. Volevate riprendervi il controllo, ma di che cosa? Avevate promesso un futuro migliore. Le vostre bugie hanno creato soltanto il caos nel Regno Unito. Noi non mentiremo”. De la crudeza del debate da fe la intervención posterior de Nigel Farage, líder del Partido por la Independencia del Reino Unido, quien, antes de que el Presidente silenciara su micrófono, dijo: “We believe in national self-determination. Your aim and ambition is to destroy nation state democracy. Gibraltar is clearly a deal-breaker on current terms. With these demands, you have shown yourselves to be vindictive, to be nasty, and all I can say is thank goodness we are leaving. You are behaving like the mafia. You think we are a hostage, we are not, we are free to go, and 85... I know and I do understand ...”

la posición española, expresada oficialmente por nuestro Ministro de Asuntos Exteriores en los siguientes términos: “*la extensión al territorio de Gibraltar de cualquier disposición o acuerdo que se derive del futuro marco de relaciones de la UE con el Reino Unido deberá contar con el consentimiento de España y ser objeto de acuerdo entre los dos países*”<sup>31</sup>.

De hecho, el presidente del Consejo Europeo propuso a los 27 Estados miembros un borrador de orientaciones generales, aprobadas por consenso “*exprés*” (art. 15.4 TUE) en sesión extraordinaria el 29 de abril de 2017, en cuyo apartado o cláusula 24 la UE asume inequívocamente como propia la posición española con el mismo tenor literal “*24. Una vez que el Reino Unido haya abandonado la Unión, ningún acuerdo entre la UE y el Reino Unido podrá aplicarse al territorio de Gibraltar sin acuerdo entre el Reino de España y el Reino Unido*”<sup>32</sup>.

La Comisión ratificó inmediatamente y de forma expresa esta directriz del Consejo Europeo, manifestando su pleno apoyo a España<sup>33</sup>. En idéntico sentido se posicionó también el Parlamento Europeo en su Resolución de 5 de abril de 2017<sup>34</sup>. La ausencia de mención alguna a Gibraltar en el texto, fruto del rechazo de la totalidad de las enmiendas en tal sentido presentadas por varios eurodiputados, británicos y españoles<sup>35</sup>, sumada a los apoyos expresos manifestados por los líderes de los principales partidos políticos europeos, permiten afirmar que, desde el inicio de la secuencia negociadora del acuerdo de salida con el Reino Unido, las Instituciones europeas le han otorgado a España en relación a Gibraltar lo que se ha dado en llamar “*las tres llaves de unanimidad o aquiescencia*”<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> Comparecencia del Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación, D. Alfonso María Dastis Quecedo ante la Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea de 29 de marzo de 2017, para informar sobre las consecuencias de la salida del Reino Unido de la Unión Europea, Brexit, XII Legislatura, p. 4, disponible en [www.exteriores.gob.es/.../ComparecenciasParlamentarias/.../20170329\\_COMPARECE](http://www.exteriores.gob.es/.../ComparecenciasParlamentarias/.../20170329_COMPARECE).

<sup>32</sup> Reunión extraordinaria del Consejo Europeo (art. 50) (29 de abril de 2017) – Orientaciones, Bruselas 29 de abril de 2017, [http://www.consilium.europa.eu/press-releases-pdf/2017/4/47244658130\\_es.pdf](http://www.consilium.europa.eu/press-releases-pdf/2017/4/47244658130_es.pdf). De hecho se reproduce, sin cambio alguno salvo el numérico, la cláusula 22 del borrador elaborado el 31 de marzo, cuya versión inglesa es la siguiente: “*After the United Kingdom leaves the Union, no agreement between the EU and the United Kingdom may apply to the territory of Gibraltar without the agreement between the Kingdom of Spain and the United Kingdom*” Council of the European Union. Draft guidelines following the United Kingdom’s notification under Article 50 TEU, 31 march 2017.

<sup>33</sup> Statement of the EU Commission chief spokesman Margaritis Schinas, 3 april 2017.

<sup>34</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2017, sobre las negociaciones con el Reino Unido a raíz de la notificación por la que declara su intención de retirarse de la Unión Europea (2017/2593(RSP)), aprobada por 516 votos a favor, 133 en contra y 56 abstenciones, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2017-0102&language=ES>

<sup>35</sup> Los textos de las propuestas de Resoluciones que decayeron (Syed Kamall en nombre del Grupo ECR, David Coburn, Beatrix von Storch en nombre del Grupo EFDD), así como de las enmiendas rechazadas pueden consultarse en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-. Wn //EP//TEXT+MOTION+B8-2017-0243+0+DOC+XML+V0//ES>. En concreto, la enmienda impulsada por los eurodiputados de ERC, J.M Terricabras y J. Solé, junto a R. Tremosa, y otros 50 eurodiputados británicos fue rechazada por 440 votos en contra. 209 a favor y 48 abstenciones.

<sup>36</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Gibraltar, “año 0”. Brexit, cosoberanía y nuevas oportunidades para España”, *Real Instituto Elcano ARI 75/2016*, p. 8.

En puridad, no se trata del reconocimiento de un derecho de veto particular, exclusivo o distinto del que poseen los demás Estados miembros, sino de la constatación de que la extensión a Gibraltar de cualquier fórmula de convivencia entre la UE y el Reino Unido requerirá a su vez de un previo acuerdo hispano-británico<sup>37</sup>. Sin perjuicio de que finalmente el Consejo Europeo opte por la adopción o no de orientaciones complementarias aprobadas bien por unanimidad o por mayoría, o del grado de concreción o desarrollo de las mismas, coincidimos con MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES en que el hecho de que la UE haya fijado su posición respecto a Gibraltar desde el punto cero del postBrexit y lo ha hecho alineándose con España reviste una importancia fundamental para su futuro estatuto internacional<sup>38</sup>.

Last but not least, con independencia del peso que la cuestión de Gibraltar finalmente adquiera en las negociaciones Reino Unido/UE, de la presencia o no del gobierno del Peñón en las mismas, así como del uso que España haga de sus vetos o “llaves”, es innegable que el inicio de la desconexión ha traído consigo un cambio radical en el papel hasta ahora desempeñado por la UE, cuyas instituciones en modo alguno van a seguir actuando como mediadores neutrales en la controversia bilateral hispano británica, ya que a partir de ahora los intereses de España son también los de la UE<sup>39</sup>.

### **III.—LA RENOVADA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA DOCTRINA DE NACIONES UNIDAS EN RELACIÓN AL BINOMIO BREXIT / GIBRALTAR**

De lo hasta aquí expuesto se desprende que el Breixt implica, aun sin consumarse, un cambio en el marco jurídico regulador de Gibraltar. Nuestra hipótesis es que el tránsito forzoso de un trípode a un régimen biaxial, que en el plano bilateral se sustenta en el Tratado de Utrecht y en el multilateral en la doctrina de Naciones Unidas sobre la descolonización, realza la importancia de los principios jurídicos internacionales de obligado cumplimiento en la redefinición de ese nuevo estatus. En otras palabras, si bien es plausible pensar que el futuro de Gibraltar se está dirimiendo en el ámbito europeo, al ligarse indisolublemente a la suerte de las negociaciones de salida del Reino Unido, no podemos olvidar que su estatuto jurídico internacional sigue estando condicionado por el acervo previo de las Naciones Unidas cuya

---

<sup>37</sup> DADOMO, C.; QUENIVET, N., “*Commentary on the European Council’s Draft Guidelines following the UK’s Notification under article 50 TEU*”, Working Paper, April 2017.

<sup>38</sup> MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Brexit and Gibraltar: the Spanish proposal for joint sovereignty”, *Spanish Yearbook of International Law*, nº 20, 2016, p. 198.

<sup>39</sup> Así lo afirmó expresamente Manfred Weber, en representación del Partido Popular Europeo en su intervención en el debate de la sesión de 5 de abril, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20170405&secondRef=ITEM-006&language=ES&ring=P8-RC-2017-0237>

vigencia, a diferencia de lo que sucederá con el Derecho de la UE, no se ha visto alterado por el *Brexit*. Consiguientemente, la posición de la ONU sobre Gibraltar debe tenerse en cuenta en los dos procesos negociadores en curso, pues los principios que de ella emanan constituyen el límite último indisponible tanto en la negociación con la UE, como en la solución de la controversia hispano-británica sobre la soberanía.

Dicho principios se traducen en un acervo normativo compuesto por un conjunto de Resoluciones y Decisiones adoptadas en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, a los que se suman pronunciamientos de otros órganos de la propia ONU y “soft law” de otras Organizaciones Internacionales<sup>40</sup>. Por su contenido, se encuadran en la doctrina de las Naciones Unidas sobre la descolonización, ya que desarrollan un principio jurídico cuasi legislativo expresamente previsto en la Carta de San Francisco, como es la libre determinación de los pueblos coloniales. Por su procedimiento de adopción, se caracterizan por la unanimidad y/o el consenso. En virtud de ambos elementos puede afirmarse que la doctrina de la ONU sobre Gibraltar compilada desde hace siete décadas habría devenido en normas consuetudinarias de Derecho Internacional General que, como tales, son de obligado cumplimiento para todos los Estados, incluyendo al Reino Unido, que no gozaría de la condición de objetor persistente ya que, una vez consolidada la norma expresión del *consensus generalis*, ningún Estado, aunque se hubiera opuesto o no hubiera participado en su formación, está exento de su cumplimiento<sup>41</sup>.

### **1.—Consecuencias de la condición colonial de Gibraltar en la redefinición de su estatuto jurídico internacional**

El primero de los principios jurídicos emanados de la doctrina de Naciones Unidas sobre Gibraltar que ha de ser tenidos en cuenta en la redefinición de su estatuto internacional es que se trata de “*un Territorio no Autónomo, de cuyas relaciones exteriores es responsable el Reino Unido, y que está sometido a un proceso de descolonización de acuerdo con las decisiones y resoluciones pertinentes de la Asamblea General de Naciones Unidas*”. La condición de “Te-

---

<sup>40</sup> Por tal entendemos, por ejemplo, el comunicado especial sobre la cuestión de Gibraltar aprobado con ocasión de la XXV Cumbre Iberoamericana celebrada en Cartagena de Indias los días 28 y 29 de octubre de 2016 en el que “(...) *Las Jefas y los Jefes de Estado y de Gobierno de los países iberoamericanos... Reafirman la necesidad de poner fin a una situación colonial*” y “*Toman nota de la propuesta presentada por España en su intervención del pasado 4 de octubre en la sesión de la IV Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas*”. Era la primera vez que una Cumbre Iberoamericana adoptaba un texto sobre esta cuestión, práctica habitual en el caso de las Islas Malvinas.

<sup>41</sup> En la doctrina inglesa, como es lógico, se aboga por una revisión de la doctrina de la ONU sobre Gibraltar, tal y como hace GOLD, P., “Gibraltar at the United Nations: caught between a treaty, the charter and the “fundamentalism” of the special committee”, *Diplomacy & Statecraft*, 2009, vol. 20, n° 4, pp. 697-715.

territorio No Autónomo” determina el título de soberanía británico, al calificar al Reino Unido como potencia administradora, e indirectamente condiciona también las negociaciones postBrexit y la controversia bilateral con España, puesto que todas las partes en la misma consideran que Gibraltar es un territorio con una condición jurídica distinta y separada del Reino Unido, hasta el extremo de que el mismo TJUE se ha referido en más de una ocasión a su condición de colonia<sup>42</sup>.

Así pues, Gibraltar está en vías de ser un territorio pendiente de descolonización cuyas relaciones exteriores correspondían a un Estado miembro de la UE, al que conforme al artículo 355.3 del TFUE se le han aplicado “los Tratados”, a un territorio administrado por un tercer Estado. Y ello pese a que en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo el Ministro principal Picardo calificó intencionada pero incorrectamente la posición de Gibraltar como de “membresía”<sup>43</sup>, ignorando el Derecho Internacional y según el TJUE, también el DUE<sup>44</sup>. La condición de colonia de Gibraltar fue clave en el momento de la adhesión del Reino Unido a la UE y lo es también en el proceso de negociación de su salida.

Es notorio que este principio se remonta a 1946, fecha en la que el propio Reino Unido procedió a registrar a Gibraltar como «Territorio No Autónomo» conforme al capítulo XI de la Carta de la ONU. En 1961 se creó el Comité Especial Encargado de Examinar la Situación con Respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales o Comité de los 24 que, desde entonces, viene elaborando una lista de territorios sometidos a descolonización en aplicación de la Resolución 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960. En 1964 este Comité afirmó por vez primera de forma consensuada que la situación colonial de Gibraltar es incompatible con el párrafo 6 de la citada Resolución 1514 (XV), y que el proceso descolonizador tendría que llevarse a cabo mediante negociaciones entre las dos partes en la controversia, en las que deberían tenerse en cuenta los intereses de los habitantes del territorio.

---

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de septiembre de 2003, Comisión/Reino Unido, C-30/01, 47; Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2006, España/Reino Unido, C-145/04.

<sup>43</sup> Vid. el documento “*The Brexit Negotiations: An Assessment of the Legal, Political and Institutional situation in the UK. In depth analysis*”, elaborado por la citada Comisión de Asuntos Constitucionales en 2017, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/115748/IPOL\\_IDA\(2017\)583130\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/115748/IPOL_IDA(2017)583130_EN.pdf)

<sup>44</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-591-15, “The Queen, a instancias de The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited, c. Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs y Her Majesty’s Treasury”. Conclusiones de Abogado General sr. Maciej Szpunar, presentadas el 19 de enero de 2017. En ellas considera que el Reino Unido y Gibraltar son un solo Estado miembro a efectos de la libre prestación de servicios si bien matiza que “33. El Tribunal de Justicia ya ha dejado constancia del hecho de que Gibraltar *no* forma parte realmente del Reino Unido”. La sentencia del TJUE (Gran Sala) de 13 de junio de 2017, confirma la opinión expresada por el Abogado General.

## **2.—Límites del Derecho Internacional en la redefinición del estatuto internacional de Gibraltar**

Por consiguiente, el segundo principio de la doctrina de las Naciones Unidas que condiciona el futuro de Gibraltar es que su descolonización pasa, al igual que sucede con respecto al tratado que ha de regir su relación con la UE, por un acuerdo previo entre el Reino Unido y España, entendiéndose que la negociación es el procedimiento no jurisdiccional de arreglo pacífico de la controversia señalado por la ONU y aceptado por ambas partes. Así se desprende de la batería de cinco Resoluciones de la Asamblea General de la ONU adoptadas por consenso entre 1965 y 1974<sup>45</sup>.

Dichas Resoluciones han venido acompañadas desde sus inicios por Decisiones anuales sobre Gibraltar adoptadas, también por consenso y sin votación, en el seno de la Cuarta Comisión o Comisión Política Especial y de Descolonización de la Asamblea General, en las que reiteradamente se viene instando a las partes a seguir negociando hasta lograr la descolonización de Gibraltar, así como a informar de los progresos que se vayan realizando. No en vano la propia Asamblea ha sostenido siempre que solo a ella le compete determinar en qué momento podrá darse por concluido el proceso descolonizador<sup>46</sup> y que, hasta tanto, seguirá incluyendo a Gibraltar entre los territorios dependientes, desoyendo la peticiones en sentido contrario formuladas reiterativamente por las autoridades gibraltareñas desde 2006, tras la aprobación en referéndum de la Constitución de Gibraltar<sup>47</sup>. De hecho, Gibraltar es el único de los 17 Territorios No Autónomos que aún restan situado en Europa<sup>48</sup>.

Cabe pues concluir, siguiendo a ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, que la posición de las Naciones Unidas sobre Gibraltar, además de consensuada, ha sido clara y sostenida en el tiempo, siendo las únicas modificaciones las relativas al devenir de las negociaciones entre ambas partes<sup>49</sup>. Para completar este diagnóstico cabe señalar no obstante dos importantes precisiones recogidas en las Decisiones de la Cuarta Comisión correspondientes al año 2013 y al 2017.

---

<sup>45</sup> Resolución 2070 (XX), de 16 de diciembre de 1965; Resolución 2231 (XXI), de 20 de diciembre de 1966; Resolución 2353 (XXII), de 19 de diciembre de 1967; Resolución 3286r, de 18 de diciembre de 1974.

<sup>46</sup> Resolución 70/94, de 9 de diciembre de 2015 y Resolución 71/102, de 6 de diciembre de 2016.

<sup>47</sup> Gibraltar Constitution Order, de 14 de diciembre de 2016.

<sup>48</sup> Anguila, Bermudas, Gibraltar, Guam, Islas Caimán, Islas Malvinas (Falkland Islands), Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de los Estados Unidos, Montserrat, Nueva Caledonia, Pitcairn, Polinesia Francesa, Sáhara Occidental, Samoa Americana, Santa Elena y Tokelau. En 11 de estos 17 territorios la potencia administradora es el Reino Unido, en 3 los Estados Unidos de Norteamérica, en 2 Francia y el único pero sangrante caso afecta a España es el del Sáhara. Vid <http://www.un.org/en/decolonization/nonselfgovterritories.shtml>

<sup>49</sup> ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., “La nueva propuesta de soberanía conjunta: Gibraltar en la encrucijada postBrexít”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 41, 2917, p. 2.

La Decisión 68/523 de 2013 “*Insta a los Gobiernos de España y del Reino Unido (...) a que, escuchando los intereses y las aspiraciones de Gibraltar que sean **legítimas conforme al derecho internacional**, lleguen (...) a una solución definitiva del problema de Gibraltar a la luz de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General y de los principios aplicables y de conformidad con el espíritu de la Carta de la ONU*”. La novedad radica en su remisión al ordenamiento internacional<sup>50</sup>, lo que supone un reconocimiento implícito de la doctrina de la ONU sobre Gibraltar que rechaza frontalmente las pretensiones de su gobierno, apoyado por el del Reino Unido, tanto de no figurar en el listado de colonias, como de haber ejercido su derecho a la libre determinación a través de los referenda de 1967, 2002 y 2006<sup>51</sup>.

Por consiguiente, cualquier intento de aplicar a Gibraltar las modalidades de autodeterminación que sí se predicán respecto al resto de los Territorios No Autónomos, con la excepción de las Malvinas, en las que tampoco se reconoce la existencia previa de un pueblo titular de ese derecho<sup>52</sup>, ya sea la libre asociación, la independencia, la integración en otro estado, o cualquier variante, del tipo que sea, basada en la estatalidad, contravendría el Derecho Internacional. Esta sería la única línea roja que los dos procesos negociadores en marcha en el binomio *Brexit/Gibraltar* no pueden saltarse.

La segunda precisión de relieve aparece en la Decisión 71/521, de 6 de diciembre de 2016, adoptada por el habitual consenso, en la que se “toma nota” tanto de la presentación por parte de España de una propuesta de soberanía conjunta como del compromiso del Reino Unido “*de nunca suscribir acuerdos según los cuales la población de Gibraltar quede bajo la soberanía de otro Estado en contra de sus deseos expresados de forma democrática y libre, ni de participar en un proceso de negociaciones de soberanía con el que Gibraltar no*

---

<sup>50</sup> Novedad que se repite en la Decisión 70/520 de 9 de diciembre de 2015: “(...) la Asamblea General, por recomendación de la Comisión Política Especial y de Descolonización (Cuarta Comisión), recordando su decisión 69/523, de 5 de diciembre de 2014: a) Instó a los Gobiernos de España y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a que, escuchando los intereses y las aspiraciones de Gibraltar que fueran legítimas conforme al derecho internacional, llegaran, en el espíritu de la Declaración de Bruselas, de 27 de noviembre de 1984, a una solución definitiva de la cuestión de Gibraltar a la luz de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General y los principios aplicables, y de conformidad con el espíritu de la Carta de las Naciones Unidas; b) Tomó nota de la voluntad del Reino Unido de continuar con el Foro trilateral de Diálogo sobre Gibraltar; c) Tomó nota de la posición de España de que este Foro trilateral de Diálogo ya no existe y debe ser sustituido por un nuevo mecanismo de cooperación local en el que estén representados los habitantes del Campo de Gibraltar y de Gibraltar; d) Acogió con beneplácito los esfuerzos realizados por ambas partes para resolver los problemas actuales y participar en un tipo de diálogo flexible y receptivo entre todas las partes relevantes y pertinentes, de manera ofensiva y según las necesidades, y el hecho de que esos esfuerzos estén encaminados a encontrar soluciones comunes y a avanzar en cuestiones de interés mutuo”.

<sup>51</sup> Sobre el valor de los referenda de 1967, 2002 y 2006 vid. BEIGVEDER, I., “Referendum”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, June 2011.

<sup>52</sup> ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., “¿Derecho de autodeterminación del pueblo de Gibraltar?”, *Gibraltar 300 años*, DEL VALLE GÁLVEZ, A.; GONZÁLEZ GARCÍA, I. (coord.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 20014, pp. 85-108.

*esté conforme*”. Si bien la última de las Decisiones aprobadas a la postre constata la reiteración por ambas partes de sus respectivas estrategias negociadoras, a nuestro juicio deja entrever otros dos elementos interesantes.

Por una parte implica que, salvando el límite infranqueable antes referido de la no estatalidad de Gibraltar, la imaginación ha tenido y tiene cabida en la negociación bilateral, bien sea a través de propuestas articuladas y completas de cosoberanía como la presentada por España en 2016, o mediante otras fórmulas más difusas y etéreas de administración conjunta. Por la otra que, más allá de la distinción retórica entre “intereses”, “aspiraciones” y “deseos”, la doctrina de Naciones Unidas impone el deber de consultar a la población de Gibraltar para que exprese cuáles son esos intereses, aspiraciones o deseos, pero con tres importantes advertencias.

Una, que como subrayó el Jefe del Estado Español ante la LXXI Asamblea General de la ONU, el pueblo de Gibraltar comprende la población de la colonia y la del Campo de Gibraltar<sup>53</sup>. Dos, que la manera exacta en que dicha consulta debe materializarse, por ejemplo sea en forma de referendun o indirectamente por mediación de sus representantes democráticamente elegidos<sup>54</sup>, debe igualmente acordarse por las partes en la controversia, si bien solo se atenderán y llevarán a cabo aquellas preferencias de la población de Gibraltar que sean conformes con el Derecho Internacional. Y tres, que si de lo que se trata es de respetar los deseos de la población de Gibraltar, habría que atender al resultado del referendun del 23 de junio de 2016, en el que los gibraltareños expresaron casi unánimemente su voluntad de seguir formando parte de la UE, lo que solo puede lograrse a día de hoy de la mano de España<sup>55</sup>.

### **3.—Aportaciones de otros órganos de Naciones Unidas a la doctrina sobre Gibraltar**

Ya ha quedado de manifiesto que la doctrina de Naciones Unidas sobre Gibraltar expuesta sucintamente pivota sobre el acervo normativo elaborado por la Asamblea General, lo que no significa que otros órganos principales de la ONU

---

<sup>53</sup> Discurso de S.M. El Rey en la LXXI Asamblea General de las Naciones Unidas, PALABRAS DE S. M. EL REY EN LA LXXI ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Nueva York, 20 de septiembre de 2016 “(...) Como España siempre ha hecho desde esta tribuna, no puedo dejar de recordar que Gibraltar es la única colonia existente en territorio europeo. En cumplimiento del mandato de NNUU invito al Reino Unido a poner fin a ese anacronismo con una solución acordada entre nuestros dos países que restablezca la integridad territorial de España y resulte beneficiosa para la población de la colonia y del Campo de Gibraltar”.

<sup>54</sup> En este sentido DEL VALLE GÁLVEZ A., insiste en la necesidad de consultar a Gibraltar por motivos teóricos y prácticos, sobre todo a la luz de la secuencia histórica de no implementación de las 6 millas propuestas españolas si bien no define qué entiende por consulta (“se entienda como se entienda este término”), “Gibraltar, su estatuto internacional y europeo...”, *op. cit.*, p. 50.

<sup>55</sup> ORTEGA CARCELÉN, M., “La propuesta de cosoberanía para Gibraltar: beneficios para todos”, Real Instituto Elcano, *ARI* 33/2017.

no hayan contribuido a apuntalarla. En este sentido, destaca el papel auxiliar de la Secretaria General, que a lo largo de tiempo ha colaborado con la Asamblea General, manteniendo una total sintonía con los principios jurídicos desarrollados en las páginas precedentes.

Así lo evidencian los sucesivos documentos de trabajo o “working papers” sobre Gibraltar redactados desde la Secretaria de la ONU para el Comité de los 24, sobre la base de la información periódica que le transmite el Reino Unido como potencia administradora de conformidad con el artículo 73 de la Carta, junto con las opiniones y datos aportados por el Gobierno de España, las autoridades gibraltareñas y demás fuentes publicadas. Tal y como dispone la Resolución 71/102, de 6 de diciembre de 2016, esos documentos de trabajo servirán para que, mientras Gibraltar siga siendo un Territorio No Autónomo, la ONU tenga una radiografía actualizada lo más completa posible sobre su evolución política, crecimiento económico, aspectos sociales, y posiciones de las partes en relación a su futuro estatus, como de hecho prueba el último de los “working papers” sobre Gibraltar de 18 de abril de 2016<sup>56</sup>.

Con todo, la labor de la Secretaria no se limita a apoyar el trabajo de la Asamblea General y el Comité de los 24, sino que además en alguna ocasión el Secretario General ha ejercido de portavoz público de la citada doctrina, recordado la condición colonial de Gibraltar<sup>57</sup> e instando a explorar nuevas vías para lograr por fin su descolonización<sup>58</sup>. A ello se suman sus funciones habituales en relación con el depósito, registro y publicación de los tratados que, en el caso de Gibraltar, le han obligado a desplegar una actividad incesante, habida cuenta de las declaraciones y/o comunicaciones que de forma sistemática suele formular el Estado español cuando se plantea la extensión de un tratado del que también sea parte el Reino Unido al territorio gibraltareño<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> “Gibraltar. Working Paper prepared by the Secretariat” AC/109/2016/8. Cabe resaltar que en 2017 se publicaron documentos relativos al resto de Territorios No Autónomos, pero no sobre Gibraltar. Los informes anteriores, desde el 2003, pueden consultarse en [www.un.org/en/decolonization/workingpapers](http://www.un.org/en/decolonization/workingpapers)

<sup>57</sup> UN Secretary told: Gibraltar is still a colony, *NewEurope*, 26 de enero de 2008.

<sup>58</sup> UN Secretary-General Ban Ki-Moon’s message to the opening of the 2015 session of the Special Committee on Decolonization, 19 February 2015: “Today, 17 Non-Self-Governing Territories across the globe remain under the purview of this Committee. I call on the international community to address the issue of self-government and find innovative and practical ways to implement the decolonization process. In this endeavor, we shall be guided by the principles enshrined in the United Nations Charter and the relevant General Assembly Resolutions. As we celebrate this year the seventieth anniversary of the United Nations, we also mark 70 years in advancing the Organization’s historic decolonization mandate. Yet this process is still not complete. Please rest assured that the Secretariat will continue to assist the Special Committee in its important work. I wish the Special Committee every success in the year ahead”. <https://www.un.org/press/en/2015/sgsm16538.doc.htm>.

<sup>59</sup> La Declaración “tipo” realizada por España obedece al siguiente modelo, que en concreto la que acompaña al Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía hecho en Estrasburgo el 23 de noviembre de 1987, y ratificado por España el 8 de marzo de 2017: “Para el caso de que el presente Convenio sea ratificado por el Reino Unido y extendido al territorio de Gibraltar, España desea formular la siguiente Declaración: 1. Gibraltar es un territorio no autónomo de cuyas relaciones exteriores es

Junto a la Secretaría General, el otro órgano principal que contribuye en la elaboración de la doctrina de la ONU sobre Gibraltar, si bien en el reducido ámbito de sus competencias específicas, es el Comité Económico y Social (ECOSOC). En la práctica, el ECOSOC mantiene periódicamente, a través de sus respectivos presidentes, contactos muy estrechos con el Comité de los 24 para vigilar las condiciones imperantes en cada Territorio No Autónomo, así como para adoptar, en colaboración con los organismos especializados y otras organizaciones del sistema ONU, medidas al objeto de facilitar su progreso económico y social. En este orden de cosas, el desarrollo espectacular en todos los niveles que Gibraltar ha logrado, al amparo de su excepcional estatuto internacional, explica su escasa huella en las memorias anuales donde se da cuenta de la ayuda que el ECOSOC y el resto de la familia ONU (FAO, UNICEF, UNESCO, OMS etc.) prestan a los territorios coloniales. Así, en los últimos 7 años la única asistencia recibida por Gibraltar de la que se tiene constancia proviene de la UNESCO en relación al reconocimiento del Complejo de la Cueva de Gorham como bien cultural, y la del FMI respecto a una cuestión menos anecdótica, como es el descubrimiento y subsanación de las deficiencias de supervisión y regulación del sector financiero<sup>60</sup>.

La labor de la Secretaría y el ECOSOC contrasta con el silencio sobre Gibraltar que históricamente han caracterizado tanto al Consejo de Seguridad como a la Corte Internacional de Justicia.

En el caso del Consejo de Seguridad, el silencio se rompió el 2 de febrero de 2017. En el transcurso de un debate sobre la situación en Ucrania, el entonces representante permanente de la Federación Rusa, el embajador Vitaly Ivanovich Churquin, respondió a la intervención recriminatoria que le había dirigido el

---

responsable el Reino Unido y que está sometido a un proceso de descolonización de acuerdo con las decisiones y resoluciones pertinentes de la Asamblea General de las Naciones Unidas. 2. Las autoridades de Gibraltar tienen un carácter local y ejercen competencias exclusivamente internas que tienen su origen y fundamento en la distribución y atribución de competencias efectuadas por el Reino Unido, de conformidad con lo previsto en su legislación interna, en su condición de Estado soberano del que depende el citado territorio no autónomo. 3. En consecuencia, la eventual participación de las autoridades gibraltareñas en la aplicación del presente Convenio se entenderá realizada exclusivamente en el marco de las competencias internas de Gibraltar y no podrá considerarse que produce cambio alguno respecto de lo previsto en los dos párrafos anteriores. 4. El procedimiento previsto en el Régimen relativo a las autoridades de Gibraltar en el contexto de ciertos Tratados internacionales acordado por España y el Reino Unido el 19 de diciembre de 2007 (junto al «Régimen acordado relativo a las autoridades de Gibraltar en el contexto de los instrumentos de la UE y CE y Tratados conexos», de 19 de abril de 2000) se aplica al presente Convenio europeo sobre protección de animales de compañía. 5. La aplicación a Gibraltar del presente Convenio no puede ser interpretada como reconocimiento de cualesquiera derechos o situaciones relativas a los espacios que no estén comprendidos en el artículo 10 del Tratado de Utrecht, de 13 de julio de 1713, suscrito por las Coronas de España y Gran Bretaña”.

<sup>60</sup> Informes del Presidente del Consejo Económico y Social sobre las consultas celebradas con el Comité Especial encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales de 23 de abril de 2013, 20 de abril de 2011, y 4 de mayo de 2010, disponibles en [http://www.un.org/en/decolonization/ecosoc\\_docs.shtml](http://www.un.org/en/decolonization/ecosoc_docs.shtml)

representante británico, afirmando que para que dar lecciones creíbles sobre el cumplimiento del Derecho Internacional primero el Reino Unido debía devolver Gibraltar<sup>61</sup>. Resulta cuanto menos paradójico que a la postre la cuestión de Gibraltar ni siquiera se haya mencionado durante la presidencia española del Consejo de Seguridad<sup>62</sup>, que se autopresenta como la más productiva de la historia<sup>63</sup>, y sin embargo ha salido a la luz sorpresivamente justo después y de la mano de uno de sus miembros permanentes.

Por lo que se refiere a la Corte Internacional de Justicia, es sabido que actualmente es imposible que se pronuncie sobre Gibraltar, al menos mientras se mantengan las barreras jurídico-políticas que le impide tanto interpretar el Tratado de Utrecht como conocer sobre el fondo la controversia bilateral. No obstante, a partir de 2013, en línea con cierto activismo desplegado por nuestro país como miembro no permanente del Consejo de Seguridad<sup>64</sup>, se ha reabierto el debate sobre la conveniencia de explorar el arreglo judicial internacional<sup>65</sup>. Para que un giro así se produzca es necesario que el gobierno, una vez sopesadas las posibilidades de éxito, pacte con la oposición con el fin de que las Cortes dieran su consentimiento a un tratado internacional, previamente acordado con el Reino Unido, de reconocimiento de su competencia. En tal caso, queda la incógnita de saber la relectura que el órgano judicial de las Naciones Unidas haría de su propia jurisprudencia sobre el derecho de la descolonización en el caso de Gibraltar<sup>66</sup>, toda vez que el TJUE no podrá pronunciarse en breve sobre ningún aspecto concerniente a su estatuto internacional.

---

<sup>61</sup> “In order to gain some credibility, the UK should first return the Malvinas islands which are claimed by Argentina, Gibraltar claimed by the Spanish, and the “annexed part of Cyprus which you turned into a huge military base”, Statement by Ambassador V. Churkin, Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations, following the Security Council meeting on the situation in the Eastern Ukraine, 2 February 2017, Permanent Mission of the Russian Federation to the United Nations.

<sup>62</sup> Y ello pese a que a la prensa escrita especuló sobre una eventual alianza entre España y Argentina, que aprovecharían la presencia de ambas como miembros no permanentes del Consejo de Seguridad para presentar un frente común en los casos de los Territorios No Autónomos de Gibraltar y las Malvinas: “Exteriores sopesa llevar el contencioso de Gibraltar a los foros internacionales”, *El País*, 11 de agosto de 2013; “Spain to take Gibraltar dispute to UN”, *The Guardians*, 11 August 2013,

<sup>63</sup> Así la califica el propio Ministerio de Asuntos Exteriores en el documento, “*Balance. España en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 2015-2016*”, p. 4.

<sup>64</sup> PONS RAFOLS, X, “Spain in the United Nations: Sixtieth Anniversary”, *Spanish Yearbook of International Law*, n.º 19, 2015, pp. 101-127.

<sup>65</sup> “El Gobierno estudia llevar la expansión de Gibraltar al Tribunal de la ONU”, *La Razón*, 11 de agosto de 2013. Por su parte, en 2015 las autoridades de Gibraltar alentaron al Reino Unido a demandar a España ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, “UK should take Spain to International Court of Justice over incursions”, *Gibraltar Panorama*, 10 august 2015.

<sup>66</sup> STERIO, M., “Self determination and Secession under International Law: The New Framework”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 21, n.º 2, 2014, pp. 293-305; PRONTO, A.R., “Irredentist Secession in International Law”, *The Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 40, n.º 2, 2016, pp. 101-122; AIYUB CABIR, M.Y., “Application of the Law of Self-Determination in a Postcolonial Context: A Guideline”, *Journal of East Asia and International Law*, vol. 9, 2016, p. 7.

#### IV.—REFLEXIONES FINALES

A la luz de la presente contribución la existencia de un binomio inesperado *Brexit*/Gibraltar, en el que el segundo se presenta como un epifenómeno menor del primero, es a nuestro juicio una realidad incontestable que se proyecta al menos en cuatro planos superpuestos, a saber, multilateral, europeo, bilateral e interno.

En el plano multilateral, asistimos a una suerte de “Regreso al futuro”: el *Brexit*, aun sin consumarse, está incidiendo directamente en la redefinición del estatuto jurídico internacional de Gibraltar, cuya suerte en términos políticos quizás se está jugando en la UE, pero en términos jurídicos la pelota parece haber vuelto al campo de la ONU. Como ha quedado de manifiesto en las páginas precedentes, los principios jurídicos de la doctrina de Naciones Unidas sobre la descolonización de Gibraltar marcan las líneas rojas, los límites infranqueables de las dos negociaciones en curso, tanto en el recién nacido proceso de salida del Reino Unido de la UE como en la tri-centenaria controversia bilateral hispano-británica. Reivindicar el papel del Derecho Internacional y la labor inconclusa de la ONU en Gibraltar y el resto de los Territorios No Autónomos, con especial mención al Sáhara Occidental, parece hoy un poco menos utópico que hace un año.

En el ámbito de la UE, Gibraltar está resultando ser el banco de prueba de los efectos perversos del *Brexit*. Recurriendo de nuevo al símil cinematográfico, los gibraltareños están asistiendo, contra su voluntad, al inicio del rodaje de “Pesadilla en Main Street”. El efecto combinado de la salida del Reino Unido de la UE y la llegada a la Casa Blanca del presidente D. Trump han tenido la virtud de trocar la desunión en unión. La historia ha dado pruebas de que la UE es capaz de resurgir periódicamente de sus propias cenizas y de fortalecerse tras cada crisis. Así, tanto la puesta en escena como los resultados, en forma de orientaciones adoptadas por unanimidad “exprés” por el Consejo Europeo, evidencian que los Estados miembros se aprestan a negociar como uno solo, y que las Instituciones Europeas tienen muy claro que el acuerdo de divorcio postBrexit solo será aplicable a Gibraltar si España quiere, de ahí que incluso no sea exagerado afirmar que los 27 están auspiciando de facto una especie de “cosoberanía mutualizada”<sup>67</sup>.

En el plano bilateral, es innegable que tanto el cambio en el marco jurídico internacional como el hecho de que los intereses de España en la controversia sobre la soberanía hayan devenido en los intereses de la Unión Europea, supone

---

<sup>67</sup> VIDAL FOCH, X., “Quien rompe se rompe”, El País, 30 de abril de 2017: “El punto 24 (antes 22) del manual impone que cualquier acuerdo sobre la relación futura Europa/Gran Bretaña post-divorcio solo se aplicará al Peñón si así lo acepta España. Así que la Unión impone de facto que las leyes que daban regir la vida cotidiana de los gibraltareños habrán sido codecidas -al menos, y es mucho, en la posibilidad de su aplicación territorializada- por los españoles. Quien decide qué ley se aplica es soberano. Quien lo codecide es cosoberano. De ahí que los Veintisiete auspician en realidad una soberanía mutualizada o cosoberanía hispano-británica, justo en la época de las postsoberanías nacionales”.

un fortalecimiento sin precedentes de la posición española, en detrimento de la posición del Reino Unido y de las autoridades gibraltareñas. No obstante, conviene olvidar que dos monólogos, por mucho que uno de ellos esté más cargado de argumentos y razones que nunca, siguen sin ser un diálogo, y que la solución negociada se vislumbra, antes del *Brexit* y después del *Brexit*, como la única posible para Gibraltar.

En el plano interno, el *Brexit* ha supuesto un punto de inflexión en el tratamiento de la cuestión gibraltareña, y no solo por la presentación de la que consideramos es la propuesta española de cosoberanía mejor fundada y más generosa de la historia, sino porque ha servido para llamar la atención sobre la necesidad de recuperar el consenso entre Gobierno y oposición, al objeto de que Gibraltar sea abordado de una vez por todas como lo que es: un problema de estado. De conformidad con la Proposición No de Ley aprobada por la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso el 2 de noviembre de 2016<sup>68</sup>, se requiere con urgencia consensuar una estrategia para poner en práctica un plan de acción capaz de impulsar una solución negociada y definitiva.

Con la doctrina de la ONU de su parte, el apoyo de la UE, y un pacto de estado que fortalezca la labor de una diplomacia sensible a los intereses del campo de Gibraltar, España se encuentra en unas condiciones inmejorables para poner el punto final a una historia interminable. Puede que sea ahora o nunca.

---

<sup>68</sup> Proposición no de Ley sobre Gibraltar, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 25 de octubre de 2016, fue aprobada con dos modificaciones, el 2 de noviembre de 2016. Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie D, n.º 51, 16 de noviembre de 2016.

# **PERSPECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA**



# EL BREXIT Y GIBRALTAR: LA PERSPECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

**Cristina Izquierdo Sans**

*Profesora Titular de Derecho Internacional Público  
de la Universidad Autónoma de Madrid.  
Ex Letrada del Tribunal Constitucional*

## I ¿HAY UNA SOLUCIÓN EUROPEA PARA GIBRALTAR?

El 30 de enero de 2017, en una sesión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, el eurodiputado español González Pons espetaba a Fabian Picardo: *tienen ustedes que decidir entre volver a Europa de la mano de España o salir de la UE de la mano de Reino Unido, pues no habrá una solución europea para Gibraltar*<sup>1</sup>. Replicaba así al Ministro Principal de Gibraltar, que había sido invitado a la Eurocámara junto a un representante del Gobierno escocés para explicar el impacto del Brexit en sus respectivos territorios. En su intervención, Picardo había acusado a España de ser un “vecino hostil” y de utilizar el Brexit como una “oportunidad para explotar su demanda de soberanía”, lo que no le impidió reclamar dos medidas en relación con Gibraltar: mantener abierta la frontera con España para trabajadores y turistas y garantizar a las compañías afincadas en el Peñón el acceso al mercado único de servicios. Esa es la “solución europea” que demandan los gibraltareños. Al respecto, González Pons declaraba, con firmeza, que la única realidad es que *si Reino Unido se va de la UE, se van todos los territorios que lo componen y, al día siguiente, Gibraltar se convertirá en una colonia administrada por un país tercero*. Por mi parte, señalar que más allá del debate político, no debe olvidarse que el art. 49 del Tratado de la Unión Europea dispone que podrá formar parte de la Unión Europea *Cualquier Estado europeo que respete los valores men-*

---

<sup>1</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=NIFNnj4i0H4>

*cionados en el artículo 2 y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión*, condición que, obviamente, Gibraltar no ostenta y que pone de manifiesto que Gibraltar sólo podrá ser parte de la Unión Europea de la mano de un Estado Miembro.

La inexistencia de una solución europea para Gibraltar era confirmada por los 27 Estados miembros el pasado 29 de abril, cuando aprobaron las líneas rojas del Brexit en la cumbre extraordinaria del Consejo Europeo, celebrada en Bruselas y destinada a aprobar las directrices para la negociación del Brexit<sup>2</sup>. En el documento final que se adoptó, queda claro que no habrá negociaciones con Gibraltar antes de la salida del Reino Unido, así como que España tendrá poder de veto en cualquier decisión sobre las relaciones futuras entre la Unión Europea y Gibraltar tras la salida de Londres, incluido en lo que se refiere a la frontera.

Es entonces cuando cobra sentido el objeto de este trabajo: ante la inexistencia de una solución europea negociada ad hoc para Gibraltar, ¿cuál será la situación jurídica en la que Gibraltar quedará tras el *Brexit*? Se trata de intentar clarificar ciertos aspectos del marco jurídico de este pequeño territorio, tras descontar la aplicación del ordenamiento de la Unión. Es obvio, en este contexto, que habrá que partir de cuál es su actual estatuto jurídico, lo que emerge como el objeto del siguiente epígrafe.

## II EL ACTUAL ESTATUTO JURÍDICO DE GIBRALTAR EN LA UNIÓN EUROPEA

Los propios tratados comunitarios preveían la vía de incorporación a la CE de territorios como Gibraltar, al disponer el artículo 355 en su apartado 3<sup>3</sup> que los tratados se aplicarán a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro<sup>4</sup>. Esta cláusula se incorporó a los tratados comunitarios desde los orígenes de la Comunidad, pues se había acordado como criterio para determinar la aplicación territorial de los tratados la ubicación del territorio en Europa. La existencia de este artículo no implicaba la necesaria incorporación de Gibraltar a la Comunidad. Sirvan de ejemplo las Islas Feroe que, dependientes de Dinamarca, optaron por no integrarse<sup>5</sup>. Pero en defecto de manifestación contraria, la vocación integradora de los tratados en relación con todos los territorios ubicados en Euro-

<sup>2</sup> <http://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2017/4/29/>

<sup>3</sup> Este precepto es una versión actualizada de la llamada cláusula colonial, necesaria para la aplicación de los tratados a los territorios administrados, pues en defecto de la misma el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 dispone la no aplicación -aplicación sólo al territorio sobre el que el Estado ejerce soberanía-. Vide A. REMIRO BROTONS: *Derecho Internacional Público*, «Derecho de los Tratados», op. cit., p. 290, y M. AKERHURST: «Treaties, territorial applications», EPIL, vol. 7, pp. 510 y ss.

<sup>4</sup> [https://es.wikipedia.org/wiki/Territorios\\_especiales\\_de\\_la\\_Uni%C3%B3n\\_Europea](https://es.wikipedia.org/wiki/Territorios_especiales_de_la_Uni%C3%B3n_Europea)

<sup>5</sup> Bien es cierto que estas islas se encuentran geográficamente bastante alejadas del continente europeo, lo que las diferencia de Gibraltar (Punta Europa).

pa, propios o administrados por los Estados miembros, producía la integración de los mismos en la Comunidad. En todo caso, ello no imposibilitaba la negociación por el Reino Unido de un régimen especial<sup>6</sup>, producto de negociaciones de la Comunidad con los Estados candidatos a miembros que representan a territorios no metropolitanos. Tales regímenes especiales tienen su fundamento en unos presupuestos económicos y sociológicos propios. Suponen una aplicación diferenciada del Derecho comunitario con el fin de evitar una discriminación negativa en el desarrollo de los territorios en cuestión, que resulta posible siempre que constituyan excepciones compatibles con el sistema del tratado.

El estatuto jurídico-constitucional de Gibraltar, territorio no autónomo con un importante autogobierno desde 1969<sup>7</sup> y sus peculiaridades económico-fiscales, hacían de Gibraltar un territorio idóneo para disponer de un régimen especial<sup>8</sup>. En esta situación, los negociadores británicos solicitaron, a demanda del Gobierno local de Gibraltar, un régimen especial para el territorio que les fue concedido.

Dicho régimen especial se concretó en el artículo 28 del Acta de Adhesión del Reino Unido a la Comunidad, que dispuso la exclusión del territorio de la política agrícola común<sup>9</sup> y de la armonización de legislaciones relativas a los impues-

---

<sup>6</sup> En relación con los regímenes especiales en la Comunidad, vide: A. ASÍN CABRERA: *Islas y archipiélagos en las Comunidades Europeas*, Madrid, 1988.

<sup>7</sup> Gibraltar posee un importante autogobierno desde la Constitución de 1969, que estableció una verdadera división de poderes en el orden interno de Gibraltar y una clara división de competencias entre las instituciones locales y las británicas. El Reino Unido tiene competencia plena en materia de defensa, orden público y relaciones exteriores. Esto último configura al Gobierno de Gibraltar como un ente, desde el punto de vista jurídico, carente de subjetividad internacional y, por ende, capacidad convencional. La Constitución de Gibraltar fue reformada en el año 2006, si bien los términos de la relación con el Reino Unido no fueron modificados. El nuevo texto introduce un derecho de autogobierno de los gibraltareños pero lo hace condicionándolo a los tratados existentes, lo que incluye sin duda el Tratado de Utrecht y las condiciones en él pactadas. Así lo exigió España y así lo admitió el Reino Unido. No obstante ello, el entonces Ministro Principal de Gibraltar alardeaba del éxito de la nueva Constitución, pues permitiría unas negociaciones tripartitas.

<sup>8</sup> En el momento de la adhesión del Reino Unido a la Comunidad, Gibraltar era un territorio que carecía de autonomía económica. Los recursos naturales en Gibraltar son escasos, no tiene actividad agrícola, no tiene actividad pesquera, no tiene actividad industrial relevante y en aquel momento carecía de los factores básicos suficientes para desarrollar una industria (energía, capital humano, agua y espacio físico). Sólo es destacable su industria de reparaciones (mantenimiento de buques). En consecuencia, la economía gibraltareña estaba centrada el comercio en su acepción más amplia de compra-venta de bienes y servicios, es decir, el sector terciario de la economía. Éste se convierte en la principal fuente de renta privada en Gibraltar, con un muy importante peso específico de cara al turismo. Dirigido a vivir del comercio, se caracteriza, lo que es importante, por una reducida imposición indirecta. En este sentido, la participación en la Unión Aduanera de la Comunidad hubiera supuesto, en primer lugar, la aplicación del arancel aduanero común y la desaparición de aranceles particulares en las importaciones, lo que hubiera afectado a una importante fuente de ingresos netos de la Hacienda Pública de Gibraltar.

<sup>9</sup> La no implicación de Gibraltar en el ámbito de la PAC está principalmente motivada por la total inexistencia de agricultura en Gibraltar. No obstante, conviene añadir que el ámbito de aplicación territorial de la Política Agrícola Común es el conjunto del territorio aduanero de la Comunidad tal y como ha sido definido en el Reglamento CEE del Consejo núm. 2151/84, de 23 de julio de 1984 (DOCE 197 L, de 27 de julio de 1984), por lo que la exclusión de Gibraltar del territorio aduanero de la Comunidad hubiera implicado su exclusión del ámbito de aplicación de la PAC. La Comunidad aplica en sus intercambios de productos agrícolas con el territorio de Gibraltar el régimen general que aplica a sus intercambios exteriores.

tos sobre el volumen de negocios (IVA)<sup>10</sup>, así como en el anexo I de la misma Acta de adhesión, que al modificar el ámbito de aplicación del Reglamento CEE núm. 1496/68, del Consejo, de 27 de septiembre de 1968, que definía el territorio aduanero comunitario, guardó silencio sobre Gibraltar, por lo que de una forma implícita Gibraltar fue excluido de la Unión Aduanera comunitaria<sup>11</sup>. Posteriormente, Gibraltar fue excluido de la elección de los representantes al PE<sup>12</sup>, lo que fue declarado contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos en STEDH de 18 de febrero de 1999. La ejecución de la sentencia del Estrasburgo ha implicado que, desde el año 2004, Gibraltar participa en las elecciones al Parlamento Europeo como parte de la circunscripción del Suroeste del Reino Unido<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> La exclusión de Gibraltar del IVA tenía su causa en la dificultad que para el territorio suponía el aumento de la imposición indirecta, pues sobre una restringida imposición se sostiene el comercio que es una de las principales fuentes de riqueza en el Peñón. El alcance de esta exclusión resulta, para los Estados miembros, menos dañina de lo que pudiera ser debido a que Gibraltar se encuentra fuera de la Unión Aduanera comunitaria, con el consiguiente mantenimiento de las barreras fiscales entre Gibraltar y el resto de la Comunidad.

<sup>11</sup> Como veremos más adelante, en el epígrafe III. 2., el alcance de la exclusión de Gibraltar de la Unión Aduanera, implícitamente realizada en el Acta de adhesión británico, es mucho mayor de lo que a primera vista puede parecer, pues acarrea inevitablemente: 1) la implícita exclusión de Gibraltar de la libre circulación de mercancías, pues las disposiciones dirigidas a la obtención de tal libertad tienen como ámbito de aplicación territorial el territorio aduanero comunitario, excepción hecha de las normas dirigidas a la seguridad e higiene de las mercancías; 2) la calificación de Gibraltar como territorio tercero en materia comercial y la inclusión de los productos originarios de Gibraltar en la categoría de productos de un tercer país; 3) la exclusión de Gibraltar de toda la política fiscal, pues son preceptos destinados a complementar las disposiciones del Tratado dirigidas a la libre circulación de mercancías; ello pone de manifiesto, por un lado, que la exclusión de Gibraltar del IVA es sólo una manifestación expresa de lo que implícitamente se desprendería de la exclusión de la unión aduanera, por otro, que las directivas comunitarias que regulan los impuestos especiales -accisas- no resultan, en principio, aplicables a Gibraltar, pese a la inexistencia de exclusión expresa alguna; 4) la incongruencia de situar la frontera exterior de la Unión en el puerto y el aeropuerto de Gibraltar, pues la inexistencia de la libre circulación de mercancías en el territorio de Gibraltar obligará a la existencia de controles sobre las mercancías, así como de las personas que portan mercancías que procedan de Gibraltar y entren en el territorio aduanero comunitario a través de España; así, la Verja o frontera técnica no podrá desaparecer como frontera exterior al menos en lo que a mercancías se refiere.

<sup>12</sup> Vid. anexo II del Acta aneja a la Decisión 76/787, del Consejo (DOCE L 278, de 8 de octubre de 1976). En principio, no parecía que fuera jurídicamente incorrecta la no participación de estos territorios en las elecciones al Parlamento Europeo, más aún cuando, recordemos, el Acta que contiene el acuerdo es considerado Derecho originario y, por tanto, responde a una negociación entre Estados. Además, la decisión de excluir a Gibraltar de las elecciones al Parlamento Europeo resulta congruente tanto con su condición de territorio colonial distinto del territorio británico, como con el hecho de su no participación en las elecciones generales del Reino Unido. En todo caso, los intereses de Gibraltar en la Eurocámara han estado hasta ahora defendidos por un lobby. Sí es cierto que la exclusión de Gibraltar de las elecciones al Parlamento Europeo ponía de manifiesto que la nacionalidad británica de los gibraltareños no es, aunque se pretenda, equivalente a la disfrutada por los propios nacionales y que las distancias entre el Reino Unido y Gibraltar son palpables.

<sup>13</sup> En sentencia de 18 de febrero de 1999 -sentencia Matthews- el TEDH declaró que tal exclusión era contraria a las obligaciones internacionales del Reino Unido que derivaban de su adhesión al CEDH, concretamente al artículo 3 del Protocolo I del CEDH, en el que las partes se comprometen a organizar elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que aseguren la libre expresión del pueblo acerca de la elección del cuerpo legislativo. La ejecución de esta sentencia planteaba un problema al Reino Unido, pues resultaba necesaria la modificación de un acto comunitario que tenía rango de Derecho originario, si bien se había amagado en varias ocasiones la modificación de tal acto, al objeto de imponer un procedimiento uniforme. El Reino Unido ha aprovechado esta circunstancia y, tras muchas

Con estas salvedades, el resto de las normas europeas debían ser, en principio, aplicadas a Gibraltar. Ello implica que se aplicarían los principios de libre circulación de personas, de capitales y de servicios. Sin embargo, resulta necesario recordar la especial situación del Reino Unido en relación con la libre circulación de personas, que afecta directamente a Gibraltar y que produce, inevitablemente, otra aplicación diferenciada del Derecho europeo en el territorio, pero ahora no derivado de su régimen especial. No obstante, trataremos esta cuestión más detenidamente en un momento posterior de este trabajo<sup>14</sup>. En idéntico sentido debe ser mencionada la exclusión del Reino Unido de la UEM, que produce igualmente en Gibraltar una excepción en la aplicación del Derecho europeo. De acuerdo con el Protocolo sobre determinadas disposiciones relativas al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, este país ejerció el derecho de *opting out* que en él se le reconocía y no se incorporó a la tercera fase de la UEM.

Este es el marco jurídico que Europa otorga a Gibraltar. En este marco, Gibraltar ha experimentado un crecimiento económico que podría calificarse —sin temor a equivocarnos— de espectacular. ¿Por qué? ¿Cómo? ¿Cuáles han sido las medidas adoptadas para ello? El siguiente epígrafe tendrá como objetivo dibujar los elementos clave del crecimiento económico del territorio y la vinculación que esos elementos tienen con el fenómeno de la integración europea.

### III. LOS ELEMENTOS QUE SUSTENTAN LA ACTUAL SITUACIÓN ECONÓMICA DE GIBRALTAR

#### 1. Un Centro Financiero en territorio europeo. La batalla de la UE

La incorporación de Gibraltar al territorio de la Unión de la mano del Reino Unido trajo consigo la apertura al mercado único y, en ese contexto, las perspectivas del crecimiento del sector financiero en el territorio de la entonces Comunidad Europea fueron la causa principal de que Gibraltar decidiera, a principios de

---

negociaciones, el Consejo de la UE ha aprobado un proyecto de Decisión modificando el Acta Electoral Europea de 1976 (Decisión del Consejo de 21 de mayo de 2002, actualmente pendiente de aprobación por los Parlamentos nacionales, de acuerdo con lo establecido en el art. 3 de la propia Decisión). El Consejo ha introducido en el anexo I de la nueva norma el acuerdo Londres-Madrid que se firmó al efecto y que permite el voto de los gibraltareños en el seno de uno de los distritos electorales británicos y no como una circunscripción independiente. La ejecución dada a la sentencia satisface a las partes en el contencioso, pero probablemente no a los gibraltareños, que pretendían una circunscripción propia. La modificación realizada considera a los gibraltareños -como nacionales británicos que son- electores y elegibles en las elecciones al PE, pero no ha incluido al territorio de Gibraltar en tales elecciones, ni ha creado una circunscripción en Gibraltar, lo que hubiera sido darle tratamiento de territorio británico y hubiera resultado inaceptable para nuestro país. Vide sobre la sentencia Matthews: I. BLÁZQUEZ NAVARRO: «Gibraltar en el Parlamento Europeo. La Sentencia Matthews del TEDH», Meridiano CERI, núm. 27, junio 1999, pp. 24 y ss.; L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: «Sobre el Derecho Internacional, de los Derechos Humanos y comunitario Europeo», RDCE, núm. 5, 1999, pp. 95 y ss.; G. COHEN y J. F. FLAUSS: «A propos de l'arrêt Matthews c/ Royaume-Uni», RTDE, 1999. 4, pp. 637 y ss.

<sup>14</sup> Véase epígrafe III.2

los ochenta, abandonar su imagen de base naval británica fortificada y dirigir su legislación interna, en el ámbito de los servicios financieros, a situar al territorio en una posición ventajosa como centro financiero dentro de Europa.

La existencia de una legislación fiscalmente favorable para las empresas ya había iniciado su andadura antes de la adhesión británica a la Comunidad. De hecho, las conocidas como sociedades exentas de las que más adelante hablaremos, datan de 1967 y precisamente su existencia previa a la incorporación de Reino Unido y Gibraltar a la Comunidad Europea fue el motivo por el cual el Tribunal de Primera Instancia de la Unión tuvo que anular una Decisión de la Comisión Europea que las había considerado como ayudas públicas nuevas, cuando por la fecha de su creación no era posible calificarlas así. Pero vayamos algo más despacio.

Actualmente en Gibraltar se concentran más de 25.000 instituciones bancarias y cerca de 80.000 sociedades tienen en Gibraltar su domicilio social -en un territorio de 5,5 km<sup>2</sup>, siendo buena parte de ellas virtuales. En términos económicos, Gibraltar tiene una importante independencia del Reino Unido, ya que apenas el 6 por 100 de su presupuesto depende de él. Su PIB es de 1.425 millones de euros que se traduce en un salario mínimo mensual de 3.498 euros<sup>15</sup>.

En primer término, conviene aclarar que el centro financiero creado en Gibraltar no tiene su origen y causa en el régimen especial comunitario del que el territorio disfruta, pero sí en los beneficios que le reporta disfrutar de las libertades comunitarias e, igualmente, en lo inacabado del proyecto europeo, que no ha llevado a cabo una armonización de la fiscalidad directa ni hay previsiones de que lo haga.

Dicho esto, la causa fundamental del despegue económico de Gibraltar es la existencia de una legislación interna dirigida a crear en el territorio tal centro financiero. A principios de los 80, Gibraltar terminó de configurar una normativa que permite la obtención de un estatuto fiscal especial para determinados tipos de compañías que, teniendo fijada su residencia en el Peñón, no obtienen beneficios en él, pues no pueden ejercer actividades comerciales o de cualquier otro tipo en Gibraltar. Eran las denominadas compañías exentas y compañías cualificadas, en las que no pueden participar los gibraltareños o los residentes en Gibraltar. Este estatuto atribuía a las empresas un tratamiento fiscal muy favorable, pues pagaban un impuesto anual no superior a 300 libras y, por lo que a los beneficios se refiere, podían llegar incluso a la total exención (compañías exentas) o ser tan reducido como el 2 por 100 (compañías cualificadas). Es importante señalar —al hilo de lo afirmado respecto de que el régimen especial comunitario no es la causa de la existencia del centro financiero—, que una confusa redacción

---

15 [http://www.infogibraltar.com/info\\_gibraltar/blog/a059-el-pib-de-gibraltar-crece-un-103-y-el-empleo-sube-un-66-el-ministro-principal-destaca-el](http://www.infogibraltar.com/info_gibraltar/blog/a059-el-pib-de-gibraltar-crece-un-103-y-el-empleo-sube-un-66-el-ministro-principal-destaca-el)

en las normas que armonizan la imposición societaria en la UE provocó la no aplicación de las mismas en Gibraltar, pues las sociedades gibraltareñas no son «sociedades constituidas de acuerdo con el derecho del Reino Unido», ni están sujetas a ninguno de los impuestos que se regulan en las normas europeas. Pero, en todo caso, la armonización de imposición societaria en la Unión es escasa y, desde luego, no ha alcanzado la armonización de tipos impositivos. En este contexto, la aplicación a Gibraltar de las pocas normas europeas en materia de imposición directa, no resolvería el problema. Prueba de ello, es la existencia de muchos regímenes fiscales especiales dentro de la Unión Europea, donde sí se aplica la legislación comunitaria de armonización societaria, con unos tipos impositivos en materia de sociedades del 10 por 100 al solo objeto de aumentar y fomentar la inversión extranjera, frente al 30 ó 35 por 100 que tienen otros Estados miembros<sup>16</sup>. La realidad, es que uno de los factores más destacables de la evolución del impuesto de sociedades es la tendencia a la reducción de los tipos de gravamen. El fenómeno generó la denominada competencia fiscal desleal, que desde hace años preocupa tanto a la UE como a la OCDE, adoptando ambas importantes medidas frente a la competencia fiscal perniciosa.

No obstante, conviene distinguir la labor que lleva a cabo la Unión Europea de la articulada por la OCDE. Por su parte, la UE despegó con la adopción en el Consejo ECOFIN de diciembre de 1997 de un Código de conducta en materia de fiscalidad empresarial<sup>17</sup> y, en septiembre de 1998 la Comisión Europea adoptó una Comunicación relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas<sup>18</sup>. Con este documento la Comisión anunciaba que su actuación se orientaría, en los próximos años, a revisar la compatibilidad de las normas tributarias en materia de imposición directa con las reglas sobre ayudas públicas del TCE<sup>19</sup>. Por su parte, la OCDE, como veremos más adelante, enfoca sus esfuerzos en dos direcciones: por un lado, el fomento de la transparencia e intercambio de información y, por

---

<sup>16</sup> Véase sobre el tema, J. M. Moyano Benito, (*Regímenes especiales dentro de la Unión Europea analizados por el Grupo Código de Conducta del ECOFIN*), Agencia estatal de administración Tributaria, 2007.

<sup>17</sup> DOCE C, de 2 de enero de 1998. El código de conducta tuvo su motor en la iniciativa y trabajos posteriores del Comisario Monti, en aquel entonces Comisario de Fiscalidad, que puso de relieve la amenaza de una competencia perjudicial para captar los ingresos generados por actividades deslocalizadas a escala internacional, ya que influía en la elaboración de la política fiscal de los Estados miembros. Se constató la necesidad de una iniciativa destinada a restringir o, al menos eliminar, tal competencia desleal y la conveniencia de hacerlo en conexión con los trabajos que se estaban llevando a cabo en la OCDE.

<sup>18</sup> DOCE C 384, de 10 de septiembre de 1998.

<sup>19</sup> En relación con la consideración de las medidas fiscales como ayuda pública, vide: A. MARTÍN JIMÉNEZ: «El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del artículo 87.1 del TCE», Noticias de la UE, 196, 2001, p. 81; A. MALDONADO: «Ejercicios sobre competencia fiscal perjudicial en el seno de la UE y de la OCDE: semejanzas y diferencias», Crónica Tributaria, 97, 2001, p. 37.

otro, la lucha contra la elusión fiscal y la planificación tributaria, que permite la erosión de las bases imponibles y la transferencia artificial de beneficios empresariales.

Trataremos en este epígrafe la labor realizada por la UE frente al centro financiero de Gibraltar. El régimen de las ayudas públicas previsto en el actual TFUE hace alusión al sistema establecido por el tratado para controlar las ayudas económicas de toda índole que los Estados conceden a sus empresas. Es importante señalar que el TJCE ha llevado a cabo una definición amplia de ayudas de Estado. De acuerdo con su jurisprudencia, han de entenderse por tales no sólo medidas positivas, como las subvenciones, sino también intervenciones que, en formas diversas, mitigan las cargas normalmente incluidas en el presupuesto de una empresa y que, sin ser subvenciones en el sentido estricto, son similares en su naturaleza y tienen el mismo efecto. Con este concepto, está claro que medidas como los incentivos fiscales pueden ser calificadas como ayudas de Estado. El objetivo del régimen europeo de ayudas públicas es evitar que con tales ayudas se falsee la competencia en el seno del mercado interior. A tal fin, se parte de la prohibición de toda ayuda y se admiten excepciones a la prohibición general, necesitando autorización de la Comisión algunas excepciones, al objeto de ser declaradas compatibles con el mercado único.

Y fue en este contexto en el que la Comisión inicia la apertura de una investigación en relación con determinadas normas del sistema fiscal societario existente en Gibraltar, alcanzando la conclusión de que el régimen de las compañías exentas y cualificadas en Gibraltar constituían una ayuda de Estado. La comisión argumentaba: 1) ofrecían una ventaja económica que reduce los costes que, por regla general, las empresas deben soportar en el marco de sus actividades; 2) eran imputables al Estado, es decir, su adopción es atribuible al Estado, pues ha de entenderse por tal cualquiera de sus niveles (central, regional o local) y cualesquiera que sean el estatuto y la denominación del territorio, lo que incluye a Gibraltar; 3) tenían un carácter selectivo, pues los beneficiarios de las medidas son sólo los no residentes en Gibraltar; 4) falseaban la competencia y afectan a los intercambios entre los Estados miembros, pues se trataba de sociedades que comerciaban, sobre todo, con empresas situadas en otros Estados miembros, siendo la realidad que el régimen tiene por objeto atraer a Gibraltar sociedades no gibraltareñas.

Sin perjuicio de los pormenores de los procedimientos que se abrieron contra los regímenes de las sociedades exentas y cualificadas en Gibraltar<sup>20</sup>, la situación

---

<sup>20</sup> Las decisiones de la Comisión de incoación de procedimientos de investigación fueron, sin embargo, recurridas en anulación por el Gobierno de Gibraltar ante el Tribunal de Primera Instancia de la CE, argumentando que las medidas fiscales habían sido calificadas como ayudas nuevas -posteriores a la adhesión- cuando, en realidad, se trataba de ayudas ya existentes -la medida fiscal relativa a sociedades exentas data de 1967-, por lo que la Comisión había incumplido el procedimiento del artículo 87.1. El TPI, admitiendo el argumento, anuló la Decisión relativa a las sociedades exentas, mientras que

provocó una reforma de dicho sistema. El nuevo régimen quedó establecido en el Income Tax Act 2010 (ITA 2010), que regula la tributación de las entidades extra-territoriales o entidades *off shore* que no realizan actividad económica en Gibraltar, sino que están allí establecidas y efectúan toda su actividad fuera del territorio. En la nueva ley, la fiscalidad societaria se basa en un bajo nivel impositivo de base territorial —es decir, de las actividades realizadas de Gibraltar—, y la no tributación de las rentas pasivas, tales como dividendos, intereses, cánones y ganancias de capital, sin disposiciones antiabuso que permitan evitar la doble exención de dichas rentas pasivas. Gibraltar presentó el ITA 2010 como un régimen general aplicable por igual a todas las sociedades registradas en Gibraltar, pero está claramente orientado a la minoración de la carga fiscal *off shore*, pues son éstas sociedades las que presentan una ventaja selectiva frente al resto de las sociedades establecidas en Gibraltar

Así expuesto, no es sorprendente que en el año 2013 la Comisión iniciara, de nuevo, investigaciones al objeto de analizar si éste nuevo régimen se adecuaba o no al sistema del Tratado, pues no es descartable que pueda ser considerado también como ayuda de Estado<sup>21</sup>: ofrece también una ventaja a ciertos beneficiarios, esa ventaja es selectiva, es atribuible al Gobierno de Gibraltar y amenaza con falsear la competencia<sup>22</sup>. En estas circunstancias, el nuevo régimen mantendría la situación existente con las sociedades exentas y cualificadas, conclusión que las cifras parecen avalar, pues el 50% de las sociedades de Gibraltar son *Shell companies* sin actividad económica alguna en Gibraltar y funcionan con uno o ningún empleado.

En octubre de 2014, la Comisión amplió su investigación para incluir en el objeto de vigilancia a las decisiones fiscales, en el entendido de que también podrían llegar a considerarse ayudas de Estado. Las decisiones fiscales son acuerdos sobre el impuesto de sociedades que se celebran entre las autoridades del Peñón y determinadas empresas y que contiene rebajas a la carga fiscal de éstas últimas. Se conocen como *Tax Ruling*. Gibraltar ha adoptado ya 165 decisiones y la Comisión tiene indicios de que, como en el caso de Apple en Irlanda, las compañías estén derivando hacia Gibraltar los ingresos y beneficios que obtienen en otros países de la Unión Europea, pues ninguno de esos acuerdos se adopta con la información necesaria para garanti-

---

el recurso que afectaba a las sociedades cualificadas fue desestimado por infundado -la medida fiscal relativa a sociedades cualificadas es de 1983-, por lo que continuó para ellas el procedimiento, llegando a la respuesta del Reino Unido el 12 de agosto de 2002, que proponía una reforma del sistema fiscal gibraltareño. A su vez, la Comisión abrió -sobre la base del art. 88.1 del TCE- un nuevo procedimiento por las medidas fiscales relativas a las sociedades exentas de Gibraltar. Esta (re)apertura se inició el 27 de noviembre de 2002 con la aprobación de una recomendación en la que la Comisión propone al Reino Unido la adopción de una serie de medidas destinadas a reformar el régimen de las sociedades exentas vigente en Gibraltar y le emplaza a que haga pública su posición al respecto antes de finales de enero de 2003. Además, la Comisión solicita al Reino Unido que impida la aplicación del régimen de exención a las sociedades de nueva creación. La reforma del sistema societario de Gibraltar llegaría en el año 2010.

<sup>21</sup> Véase IP/13/955. Comisión Europea.

<sup>22</sup> La comisión examinará especialmente la cuestión de las rentas pasivas, pues están todas exentas de impuestos en Gibraltar, independientemente de donde se sitúa el origen de la renta. Asunto: SA. 34914, *Registro de ayudas estatales*, sitio web de la DG de la Competencia

zar que la carga fiscal global de las empresas afectadas por la Decisiones se complementa con los impuestos que pagan en otros Estados. En el trasfondo, el debate sobre los reducidos impuestos que pagan ciertas multinacionales.

La acción de la Comisión se enmarca en un ambicioso plan de lucha contra la elusión fiscal y la planificación tributaria agresiva, con el objetivo de impulsar acciones para garantizar un planteamiento más transparente y más justo de la fiscalidad. El objetivo final es que las empresas queden sujetas a tributación allí donde tengan lugar las actividades económicas que general los beneficios, evitando que éstas puedan dejar de contribuir mediante el uso de una planificación fiscal agresiva<sup>23</sup>. El problema radica en las prácticas que, amparadas por una planificación fiscal lícita, buscan en última instancia una clara elusión fiscal, pues existe un creciente uso de estructuras fiscales internacionales cuyo único objetivo es beneficiarse de los conflictos entre los sistemas tributarios y minimizar su propio impacto fiscal. Estas son las prácticas más difíciles de identificar porque se mueven en la apariencia de legalidad. Muchas de las prácticas elusivas vienen amparadas por los *tax ruling* otorgados por ciertos Estados<sup>24</sup> y suponen un atentado contra la soberanía fiscal del Estado que debería haber sometido a tributación las rentas generadas y afecta directamente a los ciudadanos, que sí quedan sometidos a una tributación más elevada. El problema es la incertidumbre a la hora de determinar que debe ser considerado Tax Ruling dirigido a la elusión fiscal, pues formalmente cumplen con lo estipulado en la legislación vigente. En este sentido, las empresas llevan a cabo consultas y otras solicitudes de información a las direcciones generales de tributos que son vinculantes, pero que no deben considerarse Tax ruling, al tratarse de meras interpretaciones de la norma. Sí deben considerarse Tax ruling los acuerdos individualizados entre una administración tributaria y el contribuyente, pero en los últimos tiempos se observa el uso de instrumentos híbridos, como acuerdos previos de valoración en operaciones vinculadas. Así por ejemplo, cuando se le pidieron explicaciones a Luxemburgo sobre el LuxLeak, las autoridades de ese Estado han alegado que, en su territorio, siempre se ha cumplido con su legislación.

La Comisión ha estimado en 165 las decisiones fiscales —Tax ruling— concedidas por Gibraltar a diferentes empresas en los ejercicios 2011, 2012 y 2013,

---

<sup>23</sup> Es importante distinguir entre evasión, elusión, y planificación fiscal, pues las tres cubren conductas encaminadas a reducir la carga fiscal de las empresas pero los mecanismos utilizados no son los mismos y las consecuencias legales tampoco. Mientras que la evasión fiscal es una violación directa de la norma, con la intención clara de ello, la elusión pretende cumplir con la letra de la ley, pero vulnera el espíritu de la misma, pues tergiversa la interpretación de la ley en beneficio del contribuyente. Por su parte, la planificación fiscal es cuando el contribuyente en ejercicio de su libertad organiza sus transacciones de la forma más ventajosa posible, de entre las distintas opciones lícitas que los Estados ofrecen. Véase: P. Lampreave, *La lucha contra la planificación fiscal agresiva y los tax ruling. ¿el final de las estructuras elusivas?*, Foro de opinión, *Otro Si*, número 7, 2015, pag. 47.

<sup>24</sup> Es importante poner de manifiesto que los acuerdos entre empresas y Autoridades fiscales son práctica frecuente en casi todos los Estados miembros de la UE. No obstante, el tipo de acuerdos celebrados por Holanda, Irlanda y Luxemburgo en los casos de Apple, Starbucks, Facebook, Amazon o google no son comparables con los celebrados en otros lugares.

según consta en el documento de ampliación del procedimiento de investigación sobre ayudas de Estado a sociedades<sup>25</sup>. Bruselas manifiesta que tiene dudas sobre si el Reino Unido y las autoridades fiscales de Gibraltar garantizan la existencia de procedimientos de control y de supervisión adecuados con el fin de asegurar una aplicación coherente del sistema fiscal. La Comisión invita al Reino Unido y las autoridades fiscales de Gibraltar para proporcionar evidencias de tal control a posteriori. En el informe, Bruselas entiende que las autoridades fiscales de Gibraltar emiten lo que se conoce como ‘tax ruling’ (decisiones fiscales) tanto a entidades residentes en Gibraltar como a entidades no residentes y aducen que los ingresos que perciben estas entidades se derivan de actividades llevadas a cabo fuera del territorio Gibraltareño y por tanto se consideran exentas de tributación en virtud del Principio de Territorialidad aplicado en Gibraltar. Para Bruselas, el problema está en que las autoridades de Gibraltar no realizan una evaluación adecuada, ni solicitan ningún tipo de documentación, al objeto de evitar que esas decisiones permitan en el ámbito internacional una elusión fiscal. La Comisión ha afirmado que el nuevo ITA 2010 regula de manera poco clara como debe llevarse a cabo un ‘tax ruling’ y que existe un margen de maniobra muy amplio para las autoridades fiscales gibraltareñas en la forma de aplicarlo.

La existencia de un régimen fiscal de estas características en el territorio de la UE se beneficia de las ventajas que le ofrecen las libertades comunitarias, que le otorgan una total apertura de mercado y que mantiene un centro financiero enfocado sobre todo en el sector de la banca, los seguros y el juego *on line*. Este último sector, resulta especialmente llamativo pues, en el entendido de que los negocios por internet son muy fáciles de llevar al extranjero, unas 30 empresas gibraltareñas de ese ámbito controlan más del 60% del mercado mundial del juego y generan más de 3.000 empleos en la Roca —si bien la mayor parte de ellos vive en el Campo de Gibraltar—, así como unos beneficios brutos estimados en 30.000 millones de euros.

El 12 de febrero de 2017, El País publicaba *El Brexit amenaza el paraíso gibraltareño del juego on line*. Explicaba que el Brexit amenazaba un *status quo* que parecía inalterable, pues es posible el éxodo de parte de las empresas en la medida en que podrían perder su licencia para operar en los países de la UE, ya que muchos de ellos, como por ejemplo, España, han adoptado normas que obligan a que las empresas estén radicadas en territorio de la UE o en el Espacio Económico Europeo, si quieren operar en el territorio de la UE. Si quisieran seguir operando en el mercado europeo, tendrán que hacerlo desde territorio de la Unión. ¿Es eso así? Veremos la situación en el epígrafe de este trabajo sobre los cambios impuestos por el Brexit<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Asunto: SA. 34914, *Registro de ayudas estatales*, sitio web de la DG de la Competencia

<sup>26</sup> Epígrafe IV. 1 de este trabajo

## 2. Los problemas derivados de una *frontera flexible*: el contrabando.

Más allá del centro financiero, la segunda fuente importante de ingresos en Gibraltar y que explica la actual situación, es la exclusión de Gibraltar de la armonización europea de la imposición indirecta, que viene dada como consecuencia de la exclusión de Gibraltar de la libre circulación de mercancías. Como ya hemos mencionado, el alcance de la exclusión de Gibraltar de la Unión Aduanera, implícitamente realizada en el Acta de adhesión británico, era mucho mayor de lo que a primera vista podía parecer, pues acarrea inevitablemente otras exclusiones que iban a determinar la imposibilidad de dismantelar la frontera entre Gibraltar y España. La primera consecuencia fue la implícita exclusión de Gibraltar de la libre circulación de mercancías, ya que las disposiciones dirigidas a la obtención de tal libertad tienen como ámbito de aplicación territorial el territorio aduanero comunitario —excepción hecha de las normas dirigidas a la seguridad e higiene de las mercancías—. La segunda, se concretó en la calificación de Gibraltar como territorio tercero en materia comercial y la inclusión de los productos originarios de Gibraltar en la categoría de productos de un tercer país. En tercer lugar, Gibraltar fue excluido de toda la política fiscal, pues son preceptos destinados a completar las disposiciones del Tratado dirigidas a la libre circulación de mercancías. Ello pone de manifiesto, por un lado, que la exclusión de Gibraltar del IVA es sólo una manifestación expresa de lo que implícitamente se desprende de la exclusión de la unión aduanera, por otro, que las directivas comunitarias que regulan los impuestos especiales -accisas- no resultaron aplicables a Gibraltar, pese a la inexistencia de exclusión expresa alguna. Este conjunto de circunstancias provocaron la incongruencia de situar la frontera exterior de la Unión en el puerto y el aeropuerto de Gibraltar, pues la inexistencia de la libre circulación de mercancías en el territorio de Gibraltar obligará a la existencia de controles sobre las mercancías, así como de las personas que portan mercancías que procedan de Gibraltar y entren en el territorio aduanero comunitario a través de España; así, la Verja o frontera técnica no podrá desaparecer como frontera exterior al menos en lo que a mercancías se refiere.

Se extrae como resultado de lo recién expuesto, que derivado del régimen especial de Gibraltar o, al menos facilitado por el régimen especial, se produce en Gibraltar un comercio de bienes más barato que en el resto del territorio europeo, en la medida en que no están sometidos a los gravámenes del IVA accisas o impuestos especiales. Como es sabido, los bienes están sometidos a la imposición indirecta marcada por el Gobierno de Gibraltar, que ha dispuesto tipos impositivos sensiblemente más bajos que los europeos y, especialmente, los relativos a los impuestos especiales que gravan el tabaco y el carburante. Ello no debería en principio producir grandes disfunciones, pues siendo Gibraltar considerado país tercero en materia comercial y la Verja una frontera exterior a efectos comerciales, corresponde a las autoridades aduaneras españolas que en ella se encuentren, el cobro del Arancel Aduanero común, que gravará los bienes con menor carga impositiva en su lugar de origen, al efecto precisamente de evitar diferencias de

gravamen que sean disfuncionales. Por otro lado, y no es esto baladí, se trata de un control que es muy relevante realizar, en la medida en que da lugar a la libre circulación de personas y mercancías en todo el territorio de la Unión, al que la persona o la mercancía accede desde Gibraltar. Pero no se lleva acabo con rigor. La realidad es que —como por todos es conocido— existe entre Gibraltar y España unos niveles de contrabando que, como veremos a continuación, en el año 2013 llegaron a cifras que se calificaron como *infumables*.

Antes de tratar algo más en profundidad el problema del contrabando, daremos unas pinceladas a los elementos que caracterizan esta frontera en relación con el cruce de personas. Por lo que se refiere a la libre circulación de personas, recordemos que el Reino Unido se negó a participar de los acuerdos relativos a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes que se firmaron en Schengen en 1985 y 1990 y, más tarde, a la incorporación de lo que se denominó el *acervo Schengen*<sup>27</sup>. Ello no obsta, para que en Gibraltar rija la ciudadanía europea y los gibraltareños tengan los derechos derivados de la mencionada ciudadanía, por lo que son titulares del derecho de entrada en la UE, derecho de residencia, libre circulación de trabajadores y el derecho a participar en las elecciones al Parlamento Europeo, como ya se explicó. Ello supone que en la frontera entre Gibraltar y España se puede ejercer, sobre las personas, los correspondientes contrales a efectos de comprobación de su identidad, pero no se puede denegar la entrada, sino verificar el derecho de entrada de la persona que pretende cruzar la frontera.

En consecuencia, es claro que la existencia de una frontera entre Gibraltar y España, ambos territorios de la Unión Europea está motivada por dos causas: 1) el control de las mercancías que cruzan la frontera y entran en el mercado único, al objeto especialmente de cobrar el Arancel Aduanero común; y 2) el control sobre las personas en su dimensión de verificación del derecho de entrada para los nacionales de la UE y la decisión sobre el derecho de entrada en relación con los nacionales de terceros países. La existencia de este singular régimen entre Gibraltar y España ha provocado que, inevitablemente, la frontera entre ambos territorios, a pesar de ser frontera exterior de la UE, se ha revelado como una frontera muy flexible y porosa. En efecto, se trata de una frontera muy singular, porque se ejercen controles entre territorios europeos y, en consecuencia, es una frontera inevitablemente frágil en la que, además, el ejercicio de un control férreo genera importantes y serios problemas debido, por un lado, a la existencia de un tráfico muy intenso —los españoles del Campo de Gibraltar cruzan entre dos y tres veces al día— y, por otro, a que las circunstancias físicas del territorio de Gibraltar, que provocan un inevitable embudo en la entrada a España.

---

<sup>27</sup> Los fundamentos de la exclusión del Reino Unido y, en consecuencia, Gibraltar, de la libre circulación de personas en su fase Schengen son los Protocolos 19 sobre el acervo Schengen, el Protocolo 20 sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 26 del TFUE al Reino Unido e Irlanda y el Protocolo 21 sobre la posición del Reino Unido e Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia.

Y expuestos han quedado los elementos que han conformado una frontera de muy difícil gestión: en un lado, en Gibraltar, como consecuencia de la menor imposición indirecta, un precio de tabaco y carburante frente al que los precios de España, pero también los del resto de Europa, no resultan competitivos. Por otro, una frontera, entre Gibraltar y España, en la que, pese a las limitaciones, rige la libre circulación de personas. Y finalmente, una estrecha relación entre los ciudadanos de ambos lados de la frontera —entre Gibraltar y los territorios españoles colindantes— que generan un tráfico increíblemente intenso en una frontera que, físicamente, no está en condiciones ni tiene capacidad de gestionar, con rigor, un continuo cruce de personas y de mercancías.

El conjunto de estos tres elementos genera, inevitablemente, un comercio ilegal de tabaco entre Gibraltar y España, tanto por tierra como por mar, que ha crecido sobremedida los últimos años y produce mucha tensión, tanto en la zona, como entre el Gobierno español y las autoridades gibraltareñas.

El resultado de lo expuesto es, en cifras, el siguiente. Se estima que Gibraltar recibe en concepto de impuestos especiales el 27% de su recaudación total y, en sentido opuesto, se calcula que España tiene una pérdida de 325 millones de euros al año. Obviamente, las autoridades de Gibraltar no colaboran facilitando los datos de la importación por vía marítima, por lo que las cifras de exportación españolas a Gibraltar no se conocen completamente. Las agencias de seguridad españolas han constatado la evolución de este negocio ilícito en los últimos cinco años, que ha pasado de ser un medio de vida para numerosos habitantes del Campo de Gibraltar, a ser una actividad delictiva organizada, con el consiguiente problema de seguridad ciudadana. Por otro lado, se ha constatado que uno de los efectos de la intensificación de los controles aduaneros ha sido el desvío del contrabando a las playas.

La conocida como crisis de 2013<sup>28</sup> comienza con la creación de un arrecife artificial en las aguas del istmo, lo que provocó el anuncio por España de medidas contra Gibraltar, especialmente centradas en el endurecimiento de los controles de mercancías y personas en la Verja. El reforzamiento de las inspecciones y controles —que España ha pretendido desvincular de la creación del arrecife artificial— han perjudicado a gibraltareños, turistas y, especialmente, a los españoles que diariamente cruzan la verja para trabajar, así como a la economía de La Línea de la Concepción.

El Gobierno español ha venido justificando la prolongación de la mayor severidad en los controles durante más de un año por el aumento del contrabando

---

<sup>28</sup> En relación con la crisis de 2013 véase el trabajo de A. Valle Gálvez, *Gibraltar, controles en la verja y nuevo diálogo ad hoc: la UE se involucra en la controversia*, ARI 62/2014 - 19/12/2014, en: [file:///C:/Users/Usuario/Documents/Gibraltar,%20controles%20en%20la%20verja%20y%20nuevo%20di%C3%A1logo%20ad%20hoc\\_%20la%20UE%20se%20involucra%20en%20la%20controversia%20-%20Elcano.html](file:///C:/Users/Usuario/Documents/Gibraltar,%20controles%20en%20la%20verja%20y%20nuevo%20di%C3%A1logo%20ad%20hoc_%20la%20UE%20se%20involucra%20en%20la%20controversia%20-%20Elcano.html)

de tabaco, problema histórico que alcanzó en 2013 niveles alarmantes<sup>29</sup>. La efectividad de estos controles vendría demostrada por los descensos durante 2014 de todas las cifras previas.

El problema principal, que impide erradicar esta práctica tan perjudicial para España es, precisamente, la permisividad de las autoridades de Gibraltar, que obtienen elevadas ganancias de los impuestos de tabaco que no quieren perder. No obstante, a raíz de las presiones recibidas, han tenido que elevar el gravamen del tabaco y aparentar cierto control sobre el tráfico ilícito del mismo, pero el margen de beneficio sigue siendo alto y justifica la actividad y el riesgo para aquellos que la realizan. La solución definitiva, pasa inevitablemente por elevar el precio de los bienes a niveles que resulten equiparables a los de España, de forma que no resulte rentable el contrabando<sup>30</sup>.

#### **IV. LOS CAMBIOS IMPUESTOS POR EL BREXIT**

##### **1. La pérdida del Mercado Europeo: los efectos sobre el centro financiero. La OCDE como mejor aliada tras el *Brexit***

Que el Brexit amenaza la libertad en el mercado europeo de las empresas constituidas en Gibraltar no tiene discusión, pues la consecuencia inmediata e inevitable de la salida del Reino Unido de la Unión Europea será la inaplicación a Gibraltar de la libre prestación de servicios, la libre circulación de personas en la dimensión parcial que se aplica y el derecho de establecimiento. Es cierto que se desconoce el acuerdo al que el Reino Unido puede llegar con la Unión Europea, pero la posición británica no augura precisamente el mantenimiento del acervo comunitario. Así las cosas, el régimen fiscal de Gibraltar resultará sensiblemente menos atractivo en la medida en que no va acompañado por el mercado único europeo. Las sociedades gibraltareñas serán sociedades de un tercer país, con todas las consecuencias que ello implica en relación con el territorio de la UE.

Es obvio que existe la posibilidad de fraude en relación con el derecho de establecimiento, en la medida en que un tercero, Gibraltar en este caso, puede consti-

---

<sup>29</sup> A. del Valle maneja los datos de 117 millones de cajetillas importadas por Gibraltar en 2013, cuya venta supone el 19% de su PIB. Según los datos del Gobierno español, en 2013 se aprehendieron 971.463 cajetillas de tabaco, detectando infracción en 3.776 vehículos, con 7.225 diligencias a 7.274 infractores. Véase: A. Valle Gálvez, *Gibraltar, controles...ob. cit*

<sup>30</sup> Para un tratamiento del conjunto de los cambios impuestos por el *Brexit* para Gibraltar, véase las últimas publicaciones de P. Andrés Sáenz de Santamaría sobre el tema: *La nueva propuesta española de soberanía conjunta : Gibraltar en la encrucijada postbrexit*; Revista General de Derecho Europeo, ISSN-e 1696-9634, N.º 41, 2017, págs. 1-14; Gibraltar y el derecho de la descolonización, Cuadernos de Gibraltar, Revista Académica sobre la Controversia de Gibraltar, N.º 1, 2015, págs. 69-8. Igualmente resultan muy interesantes los artículos de EL PAIS: *Gibraltar después del 'Brexit'* (01/03/2017); *Lo que Gibraltar esconde* (21/10/2014) y *¿Gibraltar? Ni anacrónico, ni trasnochado* (19/02/2013).

tuir una sociedad en un Estado miembro que permita la constitución de sociedades que no tengan ninguna vinculación con ese Estado, o una vinculación duradera y efectiva que se concrete en el mero traslado de su sede social a un Estado miembro. Sólo hace falta un derecho nacional generoso en cuanto a requisitos para la constitución de una sociedad y que desarrolle una mínima actividad real en ese Estado miembro, tributando en ese Estado miembro sólo por esa actividad menor y desviando los beneficios a la sociedad establecida en Gibraltar. A ello se une, en el caso del sector del juego, que los negocios por internet son fáciles de deslocalizar y, de nuevo, pueden ser deslocalizados los beneficios y, con ello, el pago de gravámenes. Pero todo ello no deja de ser una situación en la que el establecimiento de empresas en Gibraltar ya no resultará ni tan fácil, ni tan atractivo.

También es cierto que la libre circulación de capitales es, como es sabido, la única de las cuatro libertades que juega también para terceros Estados. Ello ha planteado siempre la cuestión de si, bajo la apariencia de la libre circulación de capitales, un operador económico de un tercer Estado puede ofrecer servicios o ejercer el derecho de establecimiento en la UE. En este caso, sería necesario poner en funcionamiento las restricciones a la libre circulación de capitales del art. 65 TFUE. El objetivo del artículo 65 TFUE es, precisamente, que la libre circulación de capitales no se extienda al derecho de establecimiento ni a la libre circulación de servicios financieros. Sin embargo, muchas de estas restricciones dependen del derecho nacional —discriminaciones fiscales basadas en la residencia/domicilio del contribuyente— y, si bien España lo haría en su territorio, sería difícil que le siguieran en esta dirección muchos de los Estados miembros de la UE. En este contexto, el TJUE ha afirmado, recientemente, que esas legislaciones nacionales restrictivas de la libre circulación de capitales pueden estar justificadas, cuando no sea posible conseguir la información del país tercero en que está domiciliada la sociedad que reparte dividendos, a fin de comprobar que, en efecto, esos dividendos han cumplido ya con la adecuada tributación<sup>31</sup>. Este podría ser el supuesto que nos ocupa.

En este ámbito debe ser tenido en cuenta el papel de la OCDE, organización internacional pionera en la lucha contra la denominada legislación fiscal perniciosa, que no es otra cosa sino legislación fiscal utilizada para fines extrafiscales. La OCDE adoptó, el 9 de abril de 1998, el *Informe sobre competencia fiscal perjudicial: un problema mundial*, en el que fijaba, por un lado, una serie de criterios para determinar cuándo un Estado tiene la condición de paraíso fiscal y, por otro, cuándo una medida fiscal tiene la condición de medida fiscal perniciosa. Sobre estas bases, se elaboró una lista negra de territorios en los que era necesario llevar a cabo un control de prácticas fiscales incorrectas. Gibraltar fue incorporado a dicha lista el 26 de junio de 2000.

---

<sup>31</sup> STJUE 24 de noviembre de 2016. Compañía portuguesa de cemento contra Hacienda pública portuguesa.

Avanzando en esta línea, la OCDE creó el *Foro global para la transparencia y el intercambio de información*<sup>32</sup>, que es un foro multilateral que tiene como objetivo la transparencia fiscal y en el que participan más de 120 jurisdicciones, no sólo Estados.

En el seno del Foro Global se adoptaron estándares mínimos en materia de transparencia y un modelo de acuerdo para el intercambio de información en materia fiscal. Todos los miembros del Foro Global —entre los que se encuentran Gibraltar y el Reino Unido— han sido examinados en dos fases: 1) en la primera de ellas se evaluó el marco jurídico y reglamentario de las jurisdicciones en materia de intercambio de información; 2) en la segunda se llevó a cabo el análisis de la práctica y aplicación de ese marco jurídico. Gibraltar superó en octubre de 2014 la segunda fase y fue eliminado de la lista de paraísos fiscales, tras las reformas de su sistema societario fiscal en los años 2010 y 2013. De acuerdo con los estándares de la OCDE, los resultados del Peñón fueron positivos y obtuvo la calificación de *mayormente conforme*. La evolución pone de relieve que las instancias internacionales vigilan de cerca la situación del centro financiero de Gibraltar y el Gobierno del territorio cede inevitablemente ante las presiones internacionales.

En esa línea, la OCDE ha elaborado el proyecto BEP's, que se fundamenta en el novedoso principio de que las empresas tributen en el lugar donde están generando valor. La OCDE lleva años luchando contra la anomalía de la incoherencia entre los sistemas fiscales de los Estados y, en el año 2014, elaboró el primer informe del proyecto que se denomina erosión de bases imposibles y deslocalización de beneficios y ha entrado en vigor el 28 de febrero de 2016<sup>33</sup>. Recientemente, ha habido una novedad significativa, que es la aprobación del Convenio Multilateral previsto en el marco de la Acción 15 del Plan BEPS. El 24 de noviembre de 2016, se publicó el Convenio Multilateral, un instrumento en el que han participado más de 100 jurisdicciones. Se trata de un instrumento multilateral que pretende implementar medidas en los Convenios de doble imposición, con el objetivo de prevenir la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios. En la actualidad, el Convenio está abierto para la firma y se prevé su entrada en vigor en el mes de junio de 2017. El Secretario General de la OCDE, en la presentación del proyecto afirmaba que *la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios no sólo afecta a todos los países en el ámbito económico, ya que se convierte además en un asunto de confianza, pues BEPS ha erosionado la confianza de los ciudadanos en la imparcialidad del sistema tributario mundial y, además, aseguraba que las medidas que presentamos pondrán fin a*

---

<sup>32</sup> Sobre esta cuestión véase: Peer Review Report, phase 2, Implementation of the Standard in Practice. Gibraltar. Global Forum on Transparency and exchange of information for tax purposes, OECD, 2014.

<sup>33</sup> <http://www.eljurista.eu/2017/04/17/proyecto-beps-y-el-convenio-multilateral-para-evitar-la-doble-imposicion/>

*la doble no imposición y facilitarán una mejor alineación de la fiscalidad con la actividad económica y la creación de valor; cuando estas medidas sean implementadas en su totalidad, las estrategias de planificación tributaria inspiradas en BEPS resultarán ineficientes*<sup>34</sup>.

Otra importante línea de actuación en el marco de la OCDE, es el Acuerdo multilateral para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras (IAI), que se firmó en Berlín en octubre de 2014. Forman parte de él más de 50 jurisdicciones y ha entrado en vigor en el 2017. Se aplica a todo tipo de cuentas financieras —depósitos bancarios, valores negociables, fondos de inversión, seguros, rentas y saldos—, y este acuerdo permitirá perseguir el fraude de ciudadanos de otros países en el territorio de Gibraltar. La información se intercambiará anualmente de manera automática entre los bancos de las jurisdicciones firmantes, sin necesidad de requerimientos de la autoridad judicial extranjera por indicios de fraude. Así, la Agencia tributaria tendrá acceso a la información de cada individuo y sociedad, de todo tipo de cuentas financieras. Esta información, y que se encontrará, además, estandarizada. La previsión es de mejora de los ingresos públicos<sup>35</sup> y mejor control del fraude fiscal. Gibraltar forma parte de las jurisdicciones del IAI y, en consecuencia, los contribuyentes residentes en cualquier jurisdicción que también sea parte del IAI tendrán la obligación de declarar los bienes que se encuentran en el territorio de Gibraltar, ensanchándose sus bases imponibles. España también forma parte de IAI.

Es razonable pensar que, inevitablemente, la actuación de la OCDE producirá, antes o después, una fuerte dificultad para la elusión y planificación fiscal. Es también razonable pensar que Gibraltar, no quedará inmune.

Desde otra perspectiva, estos acontecimientos pueden mejorar, a largo plazo, la posición española en las negociaciones. Un Gibraltar no sustentado en un centro financiero pueda quizá admitir que, su mejor futuro está anudado a su entorno geográfico y en un marco negociador, no batallará por mantener unas diferencias que ya no existen.

## **2. La transformación de la Verja en una frontera no flexible.**

El cruce de la frontera entre España y Gibraltar preocupa sobremanera al gobierno gibraltareño. Muestra de ello es el informe que el Ministro Principal de Gibraltar presentó al Comité de Asuntos Exteriores de la Cámara de los Comu-

---

<sup>34</sup> <http://www.oecd.org/newsroom/la-ocde-presenta-los-resultados-del-proyecto-beps-de-la-ocde-y-el-g20-para-su-discusion-en-la-reunion-de-los-ministros-de-finanzas-del-g20.htm>

<sup>35</sup> No obstante, como no podía ser de otra manera, existen grandes detractores del IAIA que argumentan: 1) quedarán reforzados los centros financieros que no han firmado el Acuerdo; 2) EEUU no es firmante; 3) se reportará la información de cuentas bancarias con saldos superiores a 250.000 euros; 4) no tiene como objetivo proteger a las personas que pagan los impuestos, sino recaudar más impuestos a los inversores que tienen cuentas bancarias fuera de sus países de residencia.

nes cuando, convocado el referéndum del Brexit, aún no se había producido<sup>36</sup>. En él, F. Picardo manifestaba su interés en que el Reino Unido permaneciera en la UE y manifestaba que la condición de territorio comunitario de Gibraltar había sido un elemento clave para el desarrollo del territorio y, en consecuencia, la vital importancia de su permanencia, en especial por la necesidad de un acceso adecuado a Europa través de la Verja, recordando los problemas habidos en el verano de 2013, que se prolongaron gran parte del 2014.

Pero F. Picardo se olvida de una cuestión. El 11 de agosto de 2014 la oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) publicó un informe en el que alertaba a las autoridades británicas y españolas sobre el contrabando de tabaco desde Gibraltar en los últimos cinco años, que había supuesto para las arcas europeas unas pérdidas no desdeñables, en concepto de Arancel Aduanero Común. El documento recomendaba al Reino Unido y a España (concretamente a la Fiscalía General del Estado) a emprender acciones judiciales al respecto, así como a cooperar para resolver el problema. En cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la OLAF<sup>37</sup>, la Fiscalía General del Estado remitió a la Audiencia Nacional un requerimiento para que procediera a la apertura por el Fiscal Jefe, de diligencias de investigación para acreditar el delito de blanqueo de dinero asociado al contrabando de tabaco, dado que el delito de contrabando ya había quedado suficientemente demostrado con las investigaciones previas de la OLAF. La fiscalía remitió también al Departamento de aduanas e impuestos especiales el Informe de la OLAF en el que se solicitaba la creación de un grupo de investigación y se daba un plazo de 12 meses a los dos Estados miembros para que informaran de las acciones emprendidas.

Por su parte, España ha emprendido un plan de choque contra el contrabando en la zona, tanto mediante el incremento de los controles en la Verja como con actuaciones contra las mafias que distribuyen la mercancía en territorio español, como ya expusimos en un momento anterior de este trabajo. Los problemas y conflictos que este incremento del control ha generado fueron muy duros e implicaron pérdidas económicas relevantes para Gibraltar, aunque también para el territorio español colindante.

La salida de la UE del Reino Unido va a convertir inevitablemente la frontera entre Gibraltar y España en la frontera exterior de la Unión a todos los efectos. Ya no habrá una frontera flexible en la que sea aplicable la libre circulación de personas ni se tratará de una frontera entre dos territorios de la Unión. En este contexto, las perspectivas son complicadas. La UE ya ha anunciado que no habrá, por el momento, negociación sobre Gibraltar en el marco del acuerdo de retirada del Reino Unido de la UE. A partir de aquí, el escenario de que no exista ningún

---

<sup>36</sup> Sobre el tema véase: C. Anton Guardiola, *El Brexit británico, Gibraltar y la Verja*, en: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/55387/6/ART\\_GIBRALTAR\\_SBREXIT\\_SCHEMGEN.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/55387/6/ART_GIBRALTAR_SBREXIT_SCHEMGEN.pdf)

<sup>37</sup> Asunto OF/2013/0881/B2

tipo de relación bilateral privilegiada sobre la materia y que, al margen de la más que probable exención de visas, el Derecho migratorio europeo y británico, se aplicarán respectivamente a los ciudadanos de cada bloque, sería un escenario de profundo retroceso en una Europa en la que todos perderíamos pero, sobre todo, Gibraltar. Por otro lado, Gibraltar no puede olvidar que, declarada la existencia de blanqueo de capitales asociado al contrabando de tabaco, España puede verse obligada por las instituciones comunitarias a ejercer un control férreo en la frontera al objeto de que Gibraltar genere daños a los intereses financieros de la Unión. Así las cosas, es claro que ha llegado el momento para el Reino Unido de sentarse, en serio, a negociar. Y, sobre todo, por el bien del territorio<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> En este sentido, véase: J. Martín Pérez de Nanclares, La UE ante el desafío del *Brexit*: de la Decisión de Jefes de Estado o Gobierno a la activación del procedimiento de retirada, *Tribuna Abierta*, Actualidad Jurídica Uría y Menéndez, 43-2016. Del mismo autor: *Brexit and Gibraltar: the Spanish proposal for joint sovereignty*, SYbIL, 2016, 305.

# ESPAÑA Y GIBRALTAR ANTE EL *BREXIT*: '*MODUS VIVENDI*' Y PRINCIPADO, UNA PROPUESTA

ALEJANDRO DEL VALLE GÁLVEZ<sup>1</sup>

*Catedrático de Derecho Internacional Público  
Universidad de Cádiz*

SUMARIO: 1.—El *Brexit* y Gibraltar, los peores escenarios en 2016-2017. 2.—Ante las negociaciones '*Brexit*' en el marco UE, posibilidades y posiciones de España y Gibraltar. La exclusión de Gibraltar de la negociación del Art. 50 TUE. 3.—La propuesta de Cosoberanía de los Ministros García-Margallo y Dastis Quecedo, y sus problemáticas. 4.—Momento histórico para un doble acuerdo: normalizar la convivencia y explorar nuevas fórmulas imaginativas. Los intereses en presencia en 2017. 5.—Por un *Modus Vivendi* para la convivencia transfronteriza con Gibraltar. 6.—Buscando un nuevo estatuto internacional y europeo para el caso único de Gibraltar. ¿Un Principado en el Estrecho? Mirando a Ceuta y Melilla. 7.—Conclusiones

## 1.—EL *BREXIT* Y GIBRALTAR, LOS PEORES ESCENARIOS EN 2016-2017

Durante 2016 y 2017 se han confirmado los peores escenarios posibles respecto a la situación de Gibraltar y el Campo de Gibraltar ante el referendo de 23 de junio de 2016: el resultado favorable a la salida en Reino Unido alumbró

---

<sup>1</sup> Visiting Research Fellow at the Asser Institute –Centre for International and European Law, La Haya, Países Bajos. Catedrático de Derecho Internacional Público, titular de la Cátedra *Jean Monnet* de Inmigración y Fronteras de Derecho de la UE. Director del Grupo de Investigación *Centro de Estudios Internacionales y Europeos del Área del Estrecho* SEJ-572. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D «España, seguridad y fronteras exteriores europeas en el área del Estrecho», DER2015-68174-R (IP A. del Valle e I. González), Proyecto financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y Fondos FEDER de la UE.

un panorama de incertidumbres generalizadas tanto en Reino Unido (RU) como en la Unión Europea (UE), que además ha estado acompañado de muchas dudas sobre la efectiva aplicación procedimental del art. 50 TUE. Finalmente lo cierto es que el pasado de 27 de marzo 2017 el RU entregó en Bruselas la carta o notificación formal que formalmente hace activar los procedimientos previstos en este artículo del Tratado de la Unión Europea <sup>2</sup>.

Esta nueva realidad altera los marcos jurídicos de la controversia, muy particularmente el del Derecho de la UE, en el que Gibraltar tienen un estatuto único y singular <sup>3</sup>.

En efecto, se trata de una nueva situación pésima para Gibraltar, pues obligatoriamente debe cuestionarse el marco europeo de aplicación cotidiana, tanto en Derecho como en la vinculación institucional a la UE, y buscarse un nuevo formato europeo e internacional en el que anclarse. A su vez, de manera inopinada, la salida de RU sitúa a España en una posición aparentemente favorable, tanto para negociar las condiciones de salida de RU como el futuro estatuto europeo de Gibraltar, al requerir los procedimientos de negociación comunitaria al menos en tres momentos el requisito de la unanimidad de los 27 Estados restantes<sup>4</sup>.

Gibraltar ha mantenido una posición favorable a la permanencia en la UE. Los resultados fueron aquí abrumadoramente favorables, en buena parte para continuar con el *statu quo* actual de su vinculación a la UE. Pero también la UE se considera como un paraguas de protección ante las posibles actitudes españo-

---

<sup>2</sup> Statement by the European Council (Art. 50) on the UK notification, 29.03.2017, <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/03/29-euco-50-statement-uk-notification/>

<sup>3</sup> Puede verse un panorama reciente en A. DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Gibraltar su estatuto internacional y europeo, y la incidencia de la crisis de 2013-2014”, *Revista Catalana de Dret Public* n.º 48 junio 2014, pp. 24-52. Gibraltar tiene un estatus particular y único dentro de la Unión Europea. Forma parte de la CE/UE desde 1973, cuando entró con la adhesión del Reino Unido de 1972 (Art. 28 y Anexo I del Acta relativa a las condiciones de la adhesión). En general, el Derecho UE se aplica a Gibraltar no por ser parte del Reino Unido (como Estado miembro de la UE), sino por ser Gibraltar un territorio europeo de cuyas relaciones exteriores es responsable RU (Art. 355.3 TFUE: «Las disposiciones de los Tratados se aplicarán a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro»). La legislación comunitaria es aplicable en Gibraltar, pero con importantes particularidades, pues ciertas partes del Tratado CE/UE no se aplican a Gibraltar: Unión Aduanera, libre circulación de mercancías, política comercial, agrícola y pesquera comunes, IVA, e inicialmente fue excluido de las elecciones al PE; además Gibraltar está fuera del área Schengen por la no participación de RU en los Pactos de Schengen -situación confirmada por Protocolos del Tratado Lisboa- por lo que los controles de fronteras exteriores europeos son aplicables con Gibraltar. Con estas excepciones, Gibraltar debe cumplir con toda la legislación comunitaria de la que no esté expresamente excluido (p.ej. política de transporte, medio ambiente, política fiscal, impuestos y otras políticas). El estatuto especial de Gibraltar en la UE no es tan ‘único, para Miguel Ángel CEPILLO GALVIN, “España, la UE y el paso fronterizo de Gibraltar: hacia un nuevo escenario de integración completa de Gibraltar en la Unión Europea?” en Joaquín Alcaide Fernández y Eulalia W. Petit de Gabriel (Editores) *España y la unión europea en el orden internacional*, Ed Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, pp. 203-212.

<sup>4</sup> Hicimos un comentario de la nueva situación en A DEL VALLE GALVEZ “Gibraltar, “año cero”: *Brexit*, Cosoberanía, y nuevas oportunidades de España”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, ARI 75/2016 de 20.10.2016.

las. De hecho, se tuvo la oportunidad con la crisis del arrecife artificial de 2013<sup>5</sup> de observar cómo España acentuó los controles fronterizos, y la intervención de la UE actuó como una suerte de mediador en varios aspectos o bloques temáticos que se encontraban regulados por el Derecho de la UE<sup>6</sup>.

De hecho, en gran parte la posición favorable a la UE respondía también al temor a una actitud española más agresiva<sup>7</sup> y a la posible legalidad del cierre de la Verja : cuando eventualmente cese en el futuro la vigencia del Derecho UE, el Tratado de Utrecht podría recuperar su aplicabilidad (Art X, 2 párrafo, que se encuentra actualmente en suspenso o resulta inaplicable)<sup>8</sup>.

Por su parte, Gibraltar barajó en un primer momento varios escenarios de salida a la situación, ninguno de los cuales era suficientemente sólido como se ha demostrado : la solución Groenlandia a la inversa, o la permanencia en la UE como Escocia o Irlanda del Norte, pese a la salida de RU. En realidad estas soluciones eran inviables puesto que Gibraltar no es un Estado, ni es parte del Estado británico, ya que la calificación de Derecho británico interna es la de Territorio de Ultramar (*British Overseas Territory*)<sup>9</sup>.

Además el gran problema para Gibraltar es que el *Brexit* saca a la luz el único estatuto legal que según el Derecho Internacional tiene Gibraltar, que es el de un Territorio No Autónomo (Non Self-Governing Territory) pendiente de Descolonización. Por ello cada año se pronuncia el Comité Especial de Descolonización de

---

<sup>5</sup> Pueden verse DEL VALLE GALVEZ “La crisis de Gibraltar y las medidas, opciones y estrategias de España”, *Análisis del Real Instituto Elcano* ARI 32/2013 - 19.8.2013; o “Gibraltar and the EU: the consequences of the conflict between Spain and the United Kingdom for Gibraltar and the European integration process”, en, Eckart D. Stratenschulte (Hrsg.) *Heilsame Vielfalt? formen differenzierter integration in Europe*, Edit Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2014, pages 193-223.

<sup>6</sup> Puede verse DEL VALLE GALVEZ “Gibraltar, controles en la Verja y nuevo diálogo *ad hoc*: la UE se involucra en la controversia”, *Análisis del Real Instituto Elcano* ARI n.º 62/2014, 19.12.2014; o DEL VALLE GALVEZ “La controversia de Gibraltar: fronteras, controles en la verja, marcos de diálogo y Unión Europea”, en Grasa Hernández, R.; Blanc Altemir, A. y Diago Diago, P. (Dirs.), Martínez Capdevila, C. (Coord.), *La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el Mediterráneo (Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo)*, AEPDIRI-MAEC, Madrid, 2015, pp. 189-198.

<sup>7</sup> El Ministro Principal de Gibraltar F. Picardo resumió su posición ante el referendo *Brexit* en su artículo “‘*Brexit*’ would destroy Gibraltar-The Rock could find itself excluded from the main trading bloc and at the mercy of Spain”, publicado en *Politico*, 3.5.2015.

<sup>8</sup> Como ya indicamos, este párrafo, interpretado de forma diferente por las partes, se encuentra actualmente en suspenso o resulta inaplicable, por la aplicación preferente del Derecho de la UE y la libre circulación de mercancías y personas. Un *Brexit* podría permitir reactivar este apartado y ofrecer luz verde jurídica a una decisión política. Por supuesto, que un eventual cierre sólo podría efectuarse en el largo plazo, tras la negociación de la salida del Reino Unido y de un nuevo tratado internacional, que a su vez comporte en su caso un nuevo estatuto de Derecho europeo para Gibraltar. Pero, como vemos, es legalmente posible por hipótesis la reactivación del párrafo 2.º del Art. X, pues el *Brexit* haría recobrar su operatividad. Puede verse nuestra opinión en A DEL VALLE GALVEZ “España y la cuestión de Gibraltar a los 300 años del Tratado de Utrecht”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, ARI 23/2013 de 20.6.2013, o A DEL VALLE, “Gibraltar, controles en la Verja y nuevo dialogo *ad hoc*: la UE se involucra en la controversia”, ARI n.º 62/2014, *cit*.

<sup>9</sup> Un excelente panorama a de la posición de Gibraltar ante el *Brexit* en: House of Lords, European Union Committee, *Brexit: Gibraltar*, 21.2.2017, 13th Report of Session 2016-17, HL Paper 116.

NNUU, solicitando que se descolonice por vía de conversaciones hispano-británicas para encontrar la solución definitiva al problema, teniendo en cuenta los intereses y aspiraciones de Gibraltar —que conforme a la doctrina ONU reiterada desde hace más de 50 años, no es un ‘pueblo’ con derecho a la autodeterminación<sup>10</sup>—. Se trata de una doctrina aquilatada con más de 50 años que beneficia a España<sup>11</sup>.

Esta situación de *Brexit* llega a demás en un momento de completo bloqueo negociador en los planos bilateral, multilateral y de NNUU. Particularmente la situación (antes del *Brexit*) había reforzado la posición de Gibraltar en el sentido de que el mismo comienzo (no solo el resultado final de las negociaciones hispano-británicas) de las negociaciones bilaterales queda condicionado a su aceptación. Desde 2006 la posición oficial británica es la que Gibraltar acepte este inicio de negociaciones bilaterales, lo que ha alcanzado ya la oficialización en sede ONU con la Decisión sobre Gibraltar de 2016<sup>12</sup>.

Con ello en la práctica se permite impedir unilateralmente por Gibraltar reabrir el proceso negociador de Bruselas de 1984 entre España y RU.

El problema además es que como veremos en este contexto de pre-negociación de salida del RU, España ha asociado la cuestión *Brexit* con la solución final del contencioso, quizás con el pensamiento puesto de que la posición de fortaleza que el referendo de salida de la UE repentinamente ha procurado a España, debe aprovecharse en términos de avances en la cuestión de la soberanía.

## **2.—ANTE LAS NEGOCIACIONES BREXIT EN EL MARCO UE, POSIBILIDADES Y POSICIONES DE ESPAÑA Y GIBRALTAR. LA EXCLUSIÓN DE GIBRALTAR DE LA NEGOCIACIÓN DEL ART. 50 TUE.**

El Artículo 50 TUE establece un procedimiento con muchas interrogantes sobre su aplicación<sup>13</sup>. No obstante parece claro que España tiene una posición privilegiada, con al menos tres llaves de unanimidad, que puede ejercer a lo largo del procedimiento. En efecto, en el marco general de la negociación de salida ex artículo 50 TUE,<sup>14</sup> hay varios momentos en los que España puede hacer valer sus intereses

---

<sup>10</sup> A este respecto, P. ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA, puede verse una visión de su planteamiento en “Gibraltar y el derecho de la descolonización”, en *Cuadernos de Gibraltar – Gibraltar Reports* Número 1, 2015, pp. 69-82.

<sup>11</sup> Puede verse A. DEL VALLE GALVEZ, A. “Gibraltar en las Resoluciones y Decisiones de la Asamblea General de la ONU, 1965-2015. algunas valoraciones”, en PONS RAFOLS X. (Dir.), *Las Naciones Unidas desde España —70 aniversario de las Naciones Unidas— 60 aniversario del ingreso de España en las Naciones Unidas*, Madrid 2015, pp. 501-517.

<sup>12</sup> Ver Proyecto de Decisión de la Comisión Política Especial y de Descolonización de 07.11.2016, <http://undocs.org/es/A/C.4/71/L.17>.

<sup>13</sup> Un excelente análisis de las dudas y problemáticas que plantea el marco legal del *Brexit* en José MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, “*Brexit* and Gibraltar: the Spanish proposal for joint sovereignty” 20 *SYBIL* (2016), pp. 305-320, en pp. 307-312.

<sup>14</sup> Artículo 50 TUE: “1. Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión. 2. El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención

y oposición en unos procedimientos de toma de decisiones por consenso o unanimidad. En realidad, todo el proceso previsto en el Art. 50 está minado del requisito de unanimidad, lo que complica muchísimo la posición del Reino Unido respecto a Gibraltar si España hace oposición. Así es en el momento capital de adoptar las orientaciones del Consejo Europeo (Art. 50.2) por consenso (adopción de decisiones sin votación, gracias a acuerdo previo) de 27 Estados, el Reino Unido excluido. Así también la decisión de adoptar el Tratado, que aunque el Art. 50.2 in fine TUE señala que será por mayoría cualificada (20 de 27 Estados), se ha apuntado como deseable que sea nuevamente una decisión de consenso entre los Estados miembros. En fin, el Tratado de la UE modificador del TUE y TFUE debe recibir la ratificación de cada Estado, lo que implica nuevamente unanimidad y la aquiescencia expresa de España, mediante depósito del instrumento de manifestación del consentimiento tras autorización vía Ley Orgánica de Cortes. Además, este Tratado de salida modificador del TUE y TFUE debe ir acompañado probablemente de un segundo Tratado para las condiciones de relación futura con la UE, a adoptar por unanimidad y con ratificación de cada Estado. Sin olvidar que cualquier prórroga del plazo de negociación de dos años requiere unanimidad. Por tanto, en principio, España cuenta con al menos tres llaves de unanimidad o aquiescencia durante esta negociación de salida del Reino Unido de la UE. Y la posición española sobre Gibraltar puede hacerse valer en cada uno de estos momentos.

En este sentido, la primera llave de hecho ya fue anunciada en 2016 por el Ministro García-Margallo, para excluir a Gibraltar de la lista de temas a tratar en la negociación *Brexit* entre la UE y RU, por tanto, anunciando la primera llave de unanimidad para el momento de la definición de las Orientaciones negociadoras por el Consejo Europeo, comunicándolo formalmente a los Estados e instituciones de la UE el 28 de septiembre de 2016<sup>15</sup>. Un matiz parece haber introducido el Ministro Dastis, en el sentido no de excluir de la lista, sino de posibilitar su inclusión, condicionado a un previo acuerdo hispano-británico.

En cualquier caso, la exclusión en la práctica se ha visto confirmada, pues cualquier acuerdo sobre Gibraltar requiere el previo acuerdo entre España y

---

al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo. 3. Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación a que se refiere el apartado 2, salvo si el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo. 4. A efectos de los apartados 2 y 3, el miembro del Consejo Europeo y del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo o del Consejo que le afecten. La mayoría cualificada se definirá de conformidad con la letra b) del apartado 3 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 5. Si el Estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo la adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el artículo 49.”

<sup>15</sup> “Margallo pide el apoyo da la UE para excluir a Gibraltar de la negociación del *Brexit*”, El País, 29.09.2016.

RU, como se reflejó en el proyecto de Orientaciones del Consejo europeo de 31.03.2017<sup>16</sup>. Finalmente el Consejo Europeo de 29 de abril de 2017 confirmó esta exclusión en principio de la lista negociadora, condicionada al acuerdo previo hispano-británico (punto 24 del acuerdo)<sup>17</sup>.

Esta condicionamiento deja a Gibraltar, en el comienzo de negociaciones RU-UE, en una muy precaria posición de salida, ya que en realidad el punto 24 establece un doble escalón para Gibraltar: primero debe haber un acuerdo España-RU; tras éste, se permite entrar en la lista de temas objeto de una negociación UE-RU, donde a su vez debe alcanzarse un acuerdo (se entiende que facilitado por la fase previa RU-España).

Por su parte, Gibraltar no parece haber figurado en la prioridades del Gobierno británico, aunque si se han reiterado las declaraciones de no negociar la soberanía sobre el territorio, especialmente tras la exclusión de Gibraltar de la lista de negociación de la UE.

Las posibilidades en realidad son limitadas para Gibraltar habida cuenta de la declarada posición española, y de la UE que es la no decidir cuestiones materiales hasta que no haya acuerdo previo al respecto hispano-británico; y por descontando, Gibraltar no tiene capacidad para negociar autónomamente, y por tanto es impensable cualquier acuerdo directo Gibraltar-Unión Europea. En realidad, los marcos de la Descolonización y del Tratado de Utrecht (recordemos que el Art. X, último párrafo es interpretado por el RU en el sentido de que impide la independencia de Gibraltar sin el consentimiento de España), dificultan el margen de acción gibraltareño y la búsqueda de nuevos formatos de relación con la UE.

Lo ideal es para Gibraltar sería desde luego mantener el régimen actual de vinculación con la UE: su mejor opción sería seguir dentro de la UE y con la aplicación selectiva de políticas comunitarias de la que actualmente goza, en particular del Mercado Interior en sus dimensiones de prestación de servicios y circulación de personas. Pero conseguir esto requiere una negociación específica, incluso para quedar como territorio tercero a efectos del Mercado Interior, libre circulación de personas y unión aduanera, independientemente de lo que el Reino Unido decida para su propio país.

En realidad, la situación para Gibraltar es peor de lo que los mismos gibraltareños habían previsto; pues las opciones alternativas que tenían preparadas para el supuesto del *Brexit* no tienen viabilidad alguna: la de seguir a Escocia en una

---

<sup>16</sup> European Council (Art. 50) - Draft guidelines following the United Kingdom's notification under Article 50 TEU, que establecía en el punto 22 : "After the United Kingdom leaves the Union, no agreement between the EU and the United Kingdom may apply to the territory of Gibraltar without the agreement between the Kingdom of Spain and the United Kingdom", <http://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2017/03/FullText.pdf>

<sup>17</sup> Cláusula 24 del Acuerdo de Orientaciones de negociación, adoptado por unanimidad el 29.04.2017, <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/04/29-euco-Brexit-guidelines/en>. El documento puede verse en file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrador/Mis%20documentos/Downloads/29-euco-art50-guidelines.en%20(4).pdf.

hipotética permanencia de parte del territorio de RU en la UE; o el modelo de Groenlandia, ya que este es un supuesto contrario y requiere también del acuerdo de todos los Estados miembros en varias decisiones sucesivas. Otras fórmulas que salven la aplicación (selectiva) a Gibraltar del Mercado Único europeo son en la práctica inviables en el escenario internacional, y no coinciden con los intereses y opciones que los británicos desean para el RU<sup>18</sup>. Por ello sorprende la aparente ingenuidad —quizás por la incorrecta autopercepción de su situación jurídica y estatuto internacional— con la que Gibraltar ha consagrado tiempo y esfuerzos a estas posibles alternativas.

Quizás por ello la posición más reciente del Gobierno de Gibraltar<sup>19</sup> es la de solicitar que RU incorpore una faceta en la negociación de salida que busque para Gibraltar a “*microstate-style relationship with the EU*”, que no constituye un modelo final predefinido. En cualquier caso, cualquier opción se encontraría siempre con la necesidad de obtener la unanimidad de los 27 Estados miembros<sup>20</sup>.

Opciones contemplables serían la de convertirse en *Crown Dependencies* de RU, como son las Islas de Man, Jersey y Guernse (que en su momento RU no incorporó a la UE). También está la posibilidad de la integración de Gibraltar en el Estado británico. Ambas opciones serían negativas para España, pues supondrían cambiar el estatuto interno de derecho británico de Gibraltar: de *British Overseas Territory*, a *Crown Dependency*; o bien directamente a parte del territorio del Estado británico. Sin embargo, sin duda esta última, la integración, es la peor opción para la controversia, la situación de Gibraltar y las relaciones con RU, ya que sería un desafío absolutamente desproporcionado a NN.UU. y España, llevando a rumbo de colisión el conjunto de las relaciones hispano-británicas. Se trata de algo más que una mera elucubración teórica<sup>21</sup>. En este contexto hay que considerar que la presión española con la propuesta de la Cosoberanía podría deslizar a Gibraltar a la opción de integración en RU, lo que sería con diferencia la peor de las opciones posibles y tendría unas consecuencias de todo punto no deseables<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Analizamos estas posibilidades en “Gibraltar ‘año cero’: *Brexit*, cosoberanía...” ARI 75/2016 *cit.*. Al respecto igualmente Paz ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA “La nueva propuesta española de soberanía conjunta: Gibraltar en la encrucijada post-*Brexit*” Editorial en la *RGDEur* 41, enero 2017, pp. 1-14, en pp. 7-9. Igualmente ver José MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, “*Brexit* and Gibraltar: the Spanish proposal for joint sovereignty” *SYBIL cit.*, en pp. 317-319.

<sup>19</sup> Ver por ejemplo la Intervención del Ministro Principal F. Picardo en la Cámara de los Lores, el 13 de Diciembre de 12.2016, y los comentarios sobre esta intervención en P. ANDRES en su Editorial en la *RGDeur cit.*, pp. 8-9.

<sup>20</sup> Como ha sido puesto de relieve por la Cámara de los Lores en su Informe, House of Lords, European Union Committee, *Brexit: Gibraltar, cit.*, pág. 30, punto 18.

<sup>21</sup> “Integration could be *Brexit* fall-back position, Feetham says”, *Gibraltar Chronicle* 30.08.2016, <http://chronicle.gi/2016/08/integration-could-be-Brexit-fall-back-position-feetham-says/>. “La integración en el Reino Unido es un modelo posible”, Entrevista a F Picardo en *El País*, 07.04.2017, [http://politica.elpais.com/politica/2017/04/07/actualidad/1491588072\\_436458.html](http://politica.elpais.com/politica/2017/04/07/actualidad/1491588072_436458.html).

<sup>22</sup> “La “presión” de Margallo empuja a Gibraltar a estudiar la integración en el Reino Unido”, *El Mundo*, 7.9.2016 <http://www.elmundo.es/andalucia/2016/09/07/57ceab1f22601d205c8b4660.html>

### 3.—LA PROPUESTA DE COSOBERANÍA DE LOS MINISTROS GARCÍA-MARGALLO Y DASTIS QUECEDO, Y SUS PROBLEMÁTICAS.

El Ministro de Exteriores García-Margallo propuso ya estando en funciones y poco antes de su relevo, una nueva fórmula de Cosoberanía para Gibraltar.

En resumen, la propuesta pretende cosoberanía transitoria entre el Reino Unido y España; nacionalidad británica y española; estatuto de autonomía (Art. 144 de la Constitución)<sup>23</sup>; España asumiría las relaciones exteriores tras la salida efectiva del Reino Unido de la UE, donde seguiría integrado Gibraltar; desaparecerían la Verja y los controles. Todas estas ideas fueron posteriormente planteadas por España en sede ONU<sup>24</sup>. También se incluyó en la Decisión 2016 sobre Gibraltar del Comité de Descolonización, y por primera vez como Declaración en la Cumbre Iberoamericana de Cartagena (29.10.2017<sup>25</sup>). El Ministro Dastis Quecedo ha expresamente hecho suya esta propuesta<sup>26</sup>.

Esta propuesta del Gobierno de M Rajoy ha sido defendida abiertamente por algunos autores<sup>27</sup>. Estimo, sin embargo, como ya hemos expuesto en otro lugar

---

<sup>23</sup> “Nosotros le proponemos a Gibraltar cosoberanía entre el Reino Unido y España durante un tiempo, transcurrido el cual se reintegraría en la soberanía española. Sus habitantes podrían conservar la nacionalidad británica, a la que se añadiría la española, y tendrían un Estatuto de Autonomía, como establece el artículo 144 de nuestra Constitución”, Entrevista del Ministro García-Margallo en *ABC*, 01.08.2016.

<sup>24</sup> Intervención del Embajador Representante permanente de España ante NN.UU. Excmo. Sr. D. R. Oyarzun Marchesi, en la 71 Sesión de la Asamblea General, 4.ª Comisión de Descolonización, el 04/X/2016, [http://www.spainun.org/wp-content/uploads/2016/10/Intervenci%C3%B3n-Espa%C3%B1a-Item-58-71AG-versi%C3%B3n-compilada-ESP.ING\\_.pdf](http://www.spainun.org/wp-content/uploads/2016/10/Intervenci%C3%B3n-Espa%C3%B1a-Item-58-71AG-versi%C3%B3n-compilada-ESP.ING_.pdf). El Embajador Oyarzun determinó en sede ONU que la propuesta tenía 4 ejes: “3. La propuesta se articula alrededor de cuatro ejes: la posibilidad de doble nacionalidad para los gibraltareños; el mantenimiento de las instituciones de autogobierno de Gibraltar en el marco de un amplio régimen de autonomía que encajaría en el sistema constitucional español; el mantenimiento de un régimen fiscal particular en el territorio, siempre y cuando sea compatible con el ordenamiento de la Unión Europea; y el desmantelamiento de la verja que separa Gibraltar del resto de la península ibérica. España y el Reino Unido ostentarían conjuntamente las competencias en materia de defensa, relaciones exteriores, control de las fronteras exteriores, inmigración y asilo.” (Acta resumida de la tercera sesión celebrada el 04.10.2016 de la Comisión Política Especial y de Descolonización (Cuarta Comisión), Doc. A/C.4/71/SR.3, de 28.11.2016, pág. 2, punto tercero).

<sup>25</sup> Comunicado Especial sobre la cuestión de Gibraltar, propuesto por España, aprobado por los 22 Jefes de Estado, el 29 de octubre de 2016, durante la XXV Cumbre Iberoamericana en Cartagena de Indias, Colombia, <http://segib.org/wp-content/uploads/10-COM-ESP-GIBRALTAR-FINAL-E.pdf>.

<sup>26</sup> Ver por ejemplo la intervención del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación en la Comisión de Exteriores del Senado, 11.01.2017. También la respuesta escrita del Gobierno a la pregunta 184/4127 de 21.11.2016 planteada por F. Maura Barandiarán, del Grupo Ciudadanos, en el *BOCG* núm. 96 de 31.01.2017, número registro 15441. O sus declaraciones, “Dastis reitera al R.Unido la “generosa” propuesta de cosoberanía de Gibraltar”, *El Confidencial* 19.1.2017, [http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2017-01-19/dastis-reitera-al-r-unido-la-generosa-propuesta-de-cosoberania-de-gibraltar\\_1116024/](http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2017-01-19/dastis-reitera-al-r-unido-la-generosa-propuesta-de-cosoberania-de-gibraltar_1116024/).

<sup>27</sup> Puede verse, Paz ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA “La nueva propuesta española de soberanía conjunta: Gibraltar en la encrucijada post-Brexit” *loc. cit.*, quien define la propuesta como “una versión particular de los mejor de los dos mundos”, pp. 5-7. También, “Gibraltar después del Brexit,” *El País* 01.03.2017. José MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, “Brexit and Gibraltar: the Spanish proposal for joint sovereignty” *SYBIL cit.*; M. ORTEGA CARCELEN “La propuesta de cosoberanía

sobre los antecedentes de la Cosoberanía y esta concreta iniciativa<sup>28</sup>, la propuesta tiene deficiencias estructurales, que la hacen inviable en la práctica.

Muy resumidamente señalaremos que la propuesta tiene en nuestra opinión errores de procedimiento (acto de Estado presentado a la ONU y a Instituciones y Estados UE con el *pecado original* de provenir de un Gobierno en funciones y sin contar con el consenso en Cortes); dudosa aplicabilidad de algunas propuestas (como es pretender abolir la demarcación fronteriza británica y los controles de los dos Estados en la Verja/frontera, manteniendo la especificidad fiscal y aduanera); errores de estrategia y objetivos, que no parecen haberse calibrado bien (el problemático encaje como nueva Comunidad Autónoma; efectos colaterales externos sobre Ceuta y Melilla, e internos sobre pretensiones nacionalistas, que no han tardado en aflorar<sup>29</sup>). También parece erróneo el planteamiento negociador, pues la iniciativa asocia inextricablemente los aspectos de cooperación transfronteriza con los de resolución de la soberanía, lo que complica extraordinariamente la adopción de decisiones en uno y otro tema y salir del actual bloqueo. En fin, error en el objetivo final de la negociación (la Cosoberanía como fórmula transitoria), ya que tras el referéndum de 2002 en Gibraltar, la Cosoberanía ha sido puesta en cuestión o desacreditada, y el Reino Unido tiene desde 2006 una posición diferente, ya que no sólo no avanzará sin el acuerdo de los gibraltareños, sino que ni siquiera comenzará una negociación de soberanía sin su conformidad previa, como ha quedado reflejado en la decisión ONU sobre Gibraltar de 2016<sup>30</sup>. A mi juicio, esto implica en la práctica un cortocircuito que los británicos han conseguido integrar sobre su posición en la misma fórmula negociadora propuesta por la ONU, y bien establecida desde hace más de 20 años<sup>31</sup>; y a su vez probablemente afecta al contenido de la propia obligación de negociar que mandata la ONU<sup>32</sup>.

---

para Gibraltar: beneficios para todos” *Real Instituto Elcano*, ARI 33/2017 - 12.4.2017, quien opina que la propuesta presenta claras ventajas y tiene en cuenta los intereses de todas las partes, p. 9.

<sup>28</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Gibraltar and the “Brexit” - New Scenarios within a Historic Dispute. A Proposal”, *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, VerfBlog, 17.4.2017; “Gibraltar, the Brexit, the Symbolic Sovereignty, and the Dispute. A Principality in the Straits”, *Cuadernos de Gibraltar / Gibraltar Reports*, 2, 2017, pp. 67-96, en pp. 82-86.

<sup>29</sup> “EL PNV se pregunta por qué no puede tener Euskadi cosoberanía “si Madrid se la ofrece a Gibraltar””, *El Mundo* 16.4.2017. En su momento la negociación de Cosoberanía Blair/Aznar también motivó el interés del Presidente de la Generalitat J. Pujol, Cfr. la referencia en DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Gibraltar su estatuto internacional y europeo...”, *Revista Catalana cit.*, pág. 51.

<sup>30</sup> Proyecto de Decisión 2016 sobre la Cuestión de Gibraltar, presentado por el Presidente, *cit.*, <http://undocs.org/es/A/C.4/71/L.17>, Comisión Política Especial y de Descolonización (Cuarta Comisión), de 07 11 2016, adoptada por la Asamblea General el 06.12.2016.

<sup>31</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Gibraltar en las Resoluciones y Decisiones de la Asamblea General de la ONU, 1965-2015. Algunas valoraciones”, en Xavier Pons Rafols (Dir.) *Las Naciones Unidas desde España, 70 aniversario de las Naciones Unidas. op cit.* Nota 11.

<sup>32</sup> Ver las interesantísimas reflexiones respecto a la obligación de negociar de A. REMIRO BROTONS en “Gibraltar en la Política Exterior de España”, *Cuadernos de Gibraltar, Gibraltar Reports* Número 2, 2017, pp. 29-40.

El caso es que Gibraltar y Reino Unido ya rechazaron *in limine* la propuesta nada más plantearse por el exministro de Asuntos Exteriores García-Margallo. Esto supone que una experiencia negociadora como la del periodo Aznar/Blair 2001-2002 no podría volver a repetirse, por la capacidad de bloqueo *ex ante* otorgada por RU a Gibraltar desde 2007.

En definitiva, no se ve una estrategia de largo alcance en la propuesta de cosoberanía, que además no se ha acompañado de grandes detalles en su concreción; por lo que sólo cabe elucubrar sobre si la propuesta de cosoberanía tiene la pretensión o algún valor táctico o de justificación de cara al segundo aspecto, la exclusión de Gibraltar de las negociaciones UE-Reino Unido sobre su salida de la Unión.

#### **4.—MOMENTO HISTÓRICO PARA UN DOBLE ACUERDO: NORMALIZAR LA CONVIVENCIA Y EXPLORAR NUEVAS FÓRMULAS IMAGINATIVAS. LOS INTERESES EN PRESENCIA EN 2017.**

La negociación de salida de Reino Unido de la UE tras el *Brexit* ofrece un momento histórico para que España redefina su relación con Gibraltar, dando oportunidades a fórmulas que busquen vías nuevas de futuro. Parece que la situación del momento especial y único es compartida por España y las autoridades gibraltareñas, si bien con enfoques diferentes hasta el momento.

Esta ventana de oportunidad ofrece perspectivas tanto para la convivencia con la pequeña comunidad vecina y fronteriza de Gibraltar, como para las cuestiones de soberanía subyacentes a la controversia con el Reino Unido. Como hemos indicado, en nuestra opinión la fórmula de cosoberanía es difícilmente viable, por lo que se impone una correcta evaluación del momento en el que estamos, valorando posibilidades de iniciativas que tengan en cuenta los intereses en presencia; estos deben sopesarse en el momento actual, particularmente considerando que con el *Brexit* éstos han podido trastocarse.

Tradicionalmente, se ha considerado que los intereses de la partes interesadas son muy divergentes: España pretende la recuperación de alguna forma de la soberanía sobre la ciudad perdida del Reino; Reino Unido, el mantenimiento del *statu quo* de sus bases militares, naval, aérea y de inteligencia (que ocupan la tercera parte del minúsculo territorio), pieza básica de su estrategia de seguridad nacional y una extraordinaria ventaja estratégica en el Estrecho; en fin, para Gibraltar lo esencial es ser consultado y poder decidir su futuro respetando su identidad específica. En relación simbiótica, el Reino Unido y Gibraltar defienden y hacen suyo el interés primordial del otro: así, el Reino Unido defiende como suyo el interés primordial de Gibraltar (ser consultado *ex ante*, *durante* y *ex post*, con un derecho de veto en la práctica sobre la negociación hispano-británica); y Gibraltar defiende el interés primordial británico:

así la permanente campaña gibraltareña de sensibilización a EEUU sobre la importancia de las bases militares del Reino Unido, aun no teniendo competencia alguna en Defensa.

En estos intereses esenciales hay elementos que han ido apareciendo y conformándose como intereses añadidos en los últimos años. Así, para España, progresivamente los intereses generales se han ido identificando con los del Campo de Gibraltar. Además hay otros intereses vinculados, que España históricamente no ha considerado prioritarios pero que requieren de preocupación urgente por España como interés nacional: el de la opacidad y el necesario control democrático de las bases militares y de inteligencia británicas en la Bahía de Algeciras, razón de ser real del interés británico y grave riesgo constante de la seguridad de los españoles. Por su parte, en los partidos políticos británicos y en particular el partido conservador, se ha reforzado el carácter simbólico de la soberanía sobre Gibraltar, como un componente asociado al imaginario imperial británico. En realidad, el análisis de los intereses en presencia no pueden descuidar que la cuestión pasa por elementos fortísimamente simbólicos, y por tanto, irracionales, que encrespan periódicamente los medios y opiniones públicas.

Con todo, el contexto específico *Brexit* es posible que haya añadido nuevos intereses en presencia. En el caso de Gibraltar creo que habría que considerar como probable que, tras el referendo *Brexit* de Junio 2016, Gibraltar tenga además como interés esencial lograr un mínimo de certidumbre sobre su futuro político, institucional y económico a medio y largo plazo. Es difícil precisar por otra parte cómo el *Brexit* ha alterado los intereses de España y de RU, aunque parece claro que en esta situación de incertidumbre la desconfianza histórica de Gibraltar hacia España se ha acentuado, dada la reciente política de confrontación con Gibraltar en el periodo 2013-2015<sup>33</sup>, que ha supuesto entre otros el desmantelamiento progresivo de los acuerdos alcanzados desde 2004 por el Foro de Diálogo, y la anulación del mismo Foro.

Por ello hay que hacer un esfuerzo para encontrar alguna fórmula que en el actual momento histórico de negociación *Brexit*, intente diferenciar entre los aspectos de la cooperación transfronteriza, y los de solución al contencioso, en los aspectos de fondo de la controversia histórica.

A nuestro juicio, España podría hacer un planteamiento estratégico que, conforme a sus líneas tradicionales hacia Gibraltar, plantee nuevos enfoques para la solución de la controversia, y que aborde en paralelo el tema pendiente de la normalización de relaciones transfronterizas y de convivencia con la población de Gibraltar. Es un ejercicio muy difícil que debe afrontarse con un amplio consenso interno en España, ya que se trata de un tema capital y fuertemente simbó-

---

<sup>33</sup> Pueden verse estas consecuencias en nuestro trabajo, “Gibraltar su estatuto internacional y europeo...”, *Revista Catalana de Dret cit.*, en particular pp. 39-46.

lico de la acción exterior española, que puede tener importantes consecuencias internas y externas.

Es necesario recalcar que actualmente la posición actual española hacia Gibraltar está condicionada por la importantísima Proposición no de Ley aprobada por el Congreso en Noviembre de 2016, y que propugna el consenso en sede del Congreso para una estrategia de Estado sobre Gibraltar, el refuerzo del diálogo con las autoridades gibraltareñas y el interés por los trabajadores transfronterizos y el Campo de Gibraltar<sup>34</sup>.

Proponemos así un planteamiento doble en la actual situación histórica de negociación de salida del RU de la UE: un *Modus Vivendi* para la convivencia transfronteriza, y en paralelo un acuerdo para la búsqueda de un nuevo modelo internacional y europeo para Gibraltar que ponga fin a la controversia histórica.

Ambos elementos, el *Modus Vivendi* y el Acuerdo para iniciar debatir un nuevo modelo internacional, podrían ser objeto de formalización en el o los Tratados de salida de la UE del RU, mediante una Declaración o Protocolo anexo al Tratado.

## **5.—POR UN MODUS VIVENDI PARA LA CONVIVENCIA TRANSFRONTERIZA CON GIBRALTAR**

En la situación actual, lo mejor en nuestra opinión es llegar a un Acuerdo provisional para la normalización de la convivencia transfronteriza, que puede adoptarse conforme a la fórmula conocida en Derecho Internacional de un *Modus Vivendi*, que supone un acuerdo provisional entre sujetos de Derecho Internacional que puede hacer nacer obligaciones jurídicas, para regular transitoriamente una determinada situación —y que puede adoptarse con formatos no tradicionales— hasta la celebración de un acuerdo o Tratado sobre los temas objeto del acuerdo<sup>35</sup>.

Se trata de acordar un provisional *modus vivendi* político y económico-financiero para la convivencia transfronteriza y sus cuestiones más acuciantes, con el

---

<sup>34</sup> Proposición no de Ley (PNL) presentada por el Grupo Socialista 161/000634, *BOCG* Congreso de los Diputados, 25.10.2016 Serie D n.º 38, 67-69; y la aprobación con enmiendas en *BOCG* Congreso de los Diputados, 16.11.2016, Serie D n.º 51, pp. 28-29). El debate puede verse en el Diario de Sesiones del Congreso de Iso Diputados, Comisión de Exteriores, n 42 de 2.11.2016, pp. 13-ss, [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/DS/CO/DSCD-12-CO-42.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/CO/DSCD-12-CO-42.PDF).

<sup>35</sup> Destacando la intención de las partes de que sea temporalmente provisional, Anthony AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd edit., Cambridge 2007, pág. 31. Se trata de un término hoy infrecuente (Wojciech BUREK, “Modus Vivendi” en la *Encyclopedia of Public International Law*, 1997, volume 3, pp. 442-443), que plantea dudas sobre la creación de obligaciones jurídicas (Zewdu MENGESHA, en “Unratified Treaties, Unilateral Declarations and Modus Vivendi: Circumstances to be Considered to Have Effect on State Parties” *Bahir Dar University Journal of Law* Vol.4, No.1 (2014) pp. 176-212, en pp. 203-208). En cualquier caso lo concluyen sujetos de Derecho Internacional y puede convertirse en instrumento durable mientras las partes no alcancen mediante Tratado una solución definitiva (Walter RUDOLF, “Modus Vivendi” en la *Encyclopedia of Public International Law*, 1986, volume 9, pp. 269-270).

Reino Unido (y Gibraltar), mientras se negocia un modelo internacional definitivo<sup>36</sup>. A mi juicio, se debería en lo inmediato llegar a un acuerdo de convivencia sobre, al menos los siguientes aspectos.

En primer lugar, la Verja. El tema de los controles y la fluidez en el paso fronterizo, es crucial para la normalización transfronteriza, especialmente considerando la existencia de miles de trabajadores que cruzan diariamente la Verja. Particularmente se hace más necesario un acuerdo de tráfico fronterizo, a la luz de la entrada en vigor de la nueva normativa UE de refuerzo en el control de acceso en las fronteras exteriores europeas (propuesta de la Comisión de diciembre de 2015, que entró en vigor el 7 de abril de 2017)<sup>37</sup>.

En realidad, el problema directo y acuciante es el del paso fronterizo por la Verja<sup>38</sup>, ya que es *the dominating concern in Gibraltar*<sup>39</sup>. Aunque como sabemos para RU se trata de una frontera internacional, mientras que para España es solo un paso fronterizo —que se localiza en la Verja<sup>40</sup>—, ha sido posible en otras ocasiones llegar a acuerdos sobre la fluidez del tránsito, como ocurrió con los acuerdos de 2006<sup>41</sup>. En este tema Gibraltar está plenamente dispuesta a llegar a acuerdos que salvaguarden la fluidez del tráfico fronterizo<sup>42</sup>, y es probablemente el tema en el que más rápidamente puede llegarse a un acuerdo, por la necesidad y el interés de todas las partes<sup>43</sup>.

Sin embargo hay otros temas perentorios que deberían incluirse igualmente a mi juicio en el *Modus Vivendi*: Sobre las Aguas en torno al Peñón, se impone un acuerdo sobre el ejercicio de jurisdicción sobre la navegación<sup>44</sup>, dadas las pro-

---

<sup>36</sup> Apuntamos la necesidad de un *Modus Vivendi* en “Gibraltar, controles en la Verja...” *ARI Elcano* 62/2014 cit., y en “Gibraltar, ‘año cero’: Brexit, Cosoberanía...” *ARI Elcano* 75/2016 cit.

<sup>37</sup> Reglamento (UE) 2017/458 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 en lo relativo al refuerzo de los controles mediante la comprobación en las bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores, *DO L* 74, 18.3.2017, pp. 1-7. “Los europeos deben mostrar desde hoy el pasaporte al entrar y salir de Schengen”, *El País*, 7.4.2017, [http://internacional.elpais.com/internacional/2017/04/07/actualidad/1491577368\\_993104.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2017/04/07/actualidad/1491577368_993104.html).

<sup>38</sup> Brian REYES, “The Issue is the Border” *Gibraltar Chronicle*, 19.01.2017.

<sup>39</sup> Parlamento Europeo, *The Impact of the United Kingdom’s withdrawal from the EU on Scotland, Wales and Gibraltar*, AFCO Committee, April 2017, p. 21.

<sup>40</sup> A DEL VALLE, “La “Verja” de Gibraltar”, en Alejandro del Valle Gálvez, Inmaculada González García (Eds) *Gibraltar, 300 años*, Cádiz 2004, págs. 155-176.

<sup>41</sup> Inmaculada GONZÁLEZ GARCÍA, Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, (Eds) *Gibraltar y el Foro tripartito de Diálogo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.

<sup>42</sup> “Gibraltar is of course prepared to consider any reasonable solution to safeguard border flow”, Intervención del ministro Principal F Picardo en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, 30.1.2017.

<sup>43</sup> “Dastis insiste en un ‘estatus especial’ para la frontera con Gibraltar”, *Diario de Sevilla*, 16.3.2017.

<sup>44</sup> I. GONZALEZ GARCIA La pesca y el medio ambiente en las aguas de Gibraltar: la necesaria cooperación hispano-británica en el marco de la Unión Europea”, *Cuadernos de Gibraltar - Gibraltar Reports* Número 1, 2015, pp. 149-170. I GONZALEZ GARCIA, “The Anglo-Spanish Dispute over the Waters of Gibraltar and the Tripartite Forum of Dialogue” *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Volume 26, Issue 1, pages 91-117; I GONZALEZ GARCIA. M. ACOSTA SANCHEZ “La difícil aplicación de la estrategia marina europea y la protección del medio marino en la bahía de

blemáticas específicas existentes<sup>45</sup>, y sobre la intervención policial en las aguas de la Bahía<sup>46</sup>. También, el momento puede ser aprovechado para hacer valer por España sus preocupaciones en torno a las actividades financieras y la transparencia fiscal, planteando un acuerdo sobre coordinación en materias financieras y actividades económicas. Respecto al aeropuerto, negociar la normalización de su utilización, mediante la suspensión de las restricciones existentes y la exclusión de normativa europea. Igualmente, podría ser el marco natural para consolidar un impulso institucional a la Cooperación transfronteriza Gibraltar-Campo de Gibraltar, que podría llevar a la creación de una Agrupación Europea de Cooperación Territorial (AECT), o para la coordinación en materia medioambiental.

En mi opinión, el acuerdo para la convivencia transfronteriza que denominamos *Modus Vivendi* podría provisionalmente tener como características de base:

- A) La Continuidad de aplicación del Derecho de la UE en las condiciones actuales, hasta que no entren en vigor nuevas condiciones en el marco de las negociaciones de salida del RU.
- B) La negociación por Reino Unido y España, incorporando a Gibraltar y a la Junta de Andalucía/Campo de Gibraltar, en función de las respectivas competencias. Igualmente, incorporación a la mesa negociadora de la Unión Europea.
- C) Formalmente, el Acuerdo sobre el *Modus Vivendi* debe ser adoptado formalmente por Reino Unido y España, atribuyendo eventualmente a la UE una función de garantía de su aplicación.

## **6.—BUSCANDO UN NUEVO ESTATUTO INTERNACIONAL Y EUROPEO PARA EL CASO ÚNICO DE GIBRALTAR. ¿UN PRINCIPADO EN EL ESTRECHO? MIRANDO A CEUTA Y MELILLA**

Pero España no puede en mi opinión proponer un *Modus Vivendi*, sin al mismo tiempo plantear la reclamación de soberanía. Por ello debe solicitar, en cumplimiento de las Resoluciones y Decisiones de la Asamblea General de la ONU (1965-2016), negociaciones hispano-británicas para establecer un estatuto nuevo y permanente para Gibraltar, vinculado a la UE, y que suponga la descolonización del territorio y la terminación del Tratado de Utrecht.

---

Algeciras/Gibraltar” *REEI* n 25, 2013.

<sup>45</sup> M ACOSTA SANCHEZ Incidentes hispano-británicos en las aguas de la Bahía de Algeciras/Gibraltar (2009-2014): ¿qué soluciones?, *Cuadernos de Gibraltar – Gibraltar Reports* Número 1, 2015, pp. 171-208.

<sup>46</sup> Una propuesta en este sentido, en A. DEL VALLE GÁLVEZ, I. GONZÁLEZ GARCÍA, J. VERDÚ BAEZA, “Propuestas para un acuerdo práctico sobre las aguas de Gibraltar”, *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González* M. J. Aznar Gómez, Coord.; J. Cardona Llorens - J. A. Pueyo Losa - J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto - J. M. Sobrino Heredia (Editores), Volumen I, pp. 407-440, Tirant, Valencia, 2012

A mi juicio, debe buscarse, en paralelo al *Modus Vivendi*, un acuerdo de inicio de negociaciones sobre el modelo deseable de solución definitiva para la cuestión de Gibraltar. Este acuerdo de inicio de negociaciones de soberanía podría prever la presencia de la UE como observadora, siendo alternativo o complementario al Acuerdo de Bruselas de 1984.

Con este acuerdo de abrir negociaciones en los ámbitos más reservados de la controversia, España y RU podrían plantearse explorar en los próximos años un formato inspirado en nuevas propuestas imaginativas. Descartamos la fórmula de la Cosoberanía ya que como hemos indicado no la consideramos viable como modelo de partida de negociación.

Pero pueden prospectarse fórmulas que permitan dar solución única al problema único de Gibraltar, alejando analogías con problemas internos españoles, y marcando diferencias en la inevitable comparación con Ceuta y Melilla. Además se trata de localizar una muy difícil zona de soluciones cuyos efectos colaterales o indirectos resulten no perjudiciales para los intereses de España, tanto internamente como externamente (como sería el caso de las reclamaciones marroquíes sobre Ceuta y Melilla). Por ello se trata de buscar modelos que no pierdan la perspectiva de su reflejo al otro lado del Estrecho, pese a la clara existencia de diferencias esencial desde el Derecho Internacional<sup>47</sup>.

Desde luego hay fórmulas que pueden buscarse, aunque quizá el panorama en realidad es limitado, habida cuenta de los intereses en presencia y el componente territorial y simbólico que añade componentes irracionales. En mi opinión, en lugar que intentar de proponer un modelo teórico de destino (que por definición plantearía gruesos problemas de aceptación) habría que intentar detectar los elementos básicos de consenso, que podrían dar posteriormente contenido a un formato internacionalizado.

En mi mi opinión, la clave es tratar de localizar la especificidad única de Gibraltar y encontrar una fórmula única adaptada al caso incomparable de Gibraltar y a su relación con RU y España. Se trata de un ejercicio para encontrar una solución que tenga en cuenta los intereses y la especificidades en presencia, y que parte del hecho de su unicidad (no extrapolable por tanto a una comunidad Autónoma o a Ceuta y Melilla)

Quizás los elementos de una solución única, podrían ser: su consideración de Ciudad y su incorporación no territorial al Reino de España; el mantenimiento de la jurisdicción completa británica y gibraltareña, de manera indefinida o permanente, en la extensión territorial actual; la aplicación del Derecho de la UE, incluyendo la internacionalización y supervisión por la Unión Europea del estatuto

---

<sup>47</sup> A. DEL VALLE GÁLVEZ, "Gibraltar - Ceuta y Melilla: ejercicio comparativo desde el Derecho Internacional", en Joaquín Alcaide Fernández y Eulalia W. Petit de Gabriel (Editores) *España y la unión europea en el orden internacional*, Ed Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, pp. 179-191.

acordado; vinculación institucional de la nueva entidad al Campo de Gibraltar; solución acordada con respaldo de Naciones Unidas como territorio descolonizado, y que cuente con el apoyo de la población. Si se acuerda que estos serían los elementos esenciales específicos, se podría detectar un molde adecuado para esta solución singularizada, que —aparte de alejar posibles comparaciones— ya de entrada significaría una serie de fortísimas renunciaciones de cuestiones de principio, eliminando probablemente la dialéctica de las tradicionales líneas rojas de cada parte.

Fórmulas nuevas podrían ser por ejemplo, la del Principado o Ciudad de la Corona formalmente integrada en el Reino de España y por tanto en la UE, vinculada institucionalmente al Campo de Gibraltar, y con mantenimiento de la actual jurisdicción británica y organización de Gibraltar. Podría partirse del principio de que la restitución a la soberanía española no implica forzosamente la incorporación de Gibraltar a la estructura territorial autonómica o provincial española. De forma que la restitución a la soberanía española no implicase su incorporación al territorio bajo jurisdicción española<sup>48</sup>. Se trata de plantear la fórmula del Principado con un estatuto internacionalizado y supervisado por la Unión Europea.

Cualquier acuerdo al que eventualmente se llegara requeriría la consulta a Gibraltar, probablemente durante y con posterioridad a la negociación. Sin embargo, en mi opinión formalmente todo acuerdo final debe cerrarse formalmente por Reino Unido y España, y requeriría un Tratado separado bilateral sobre ese eventual formato internacional y europeo nuevo. Con todo, sería a necesario un acuerdo complementario hispano-británico sobre las bases militares, con probable anclaje en el marco OTAN.

En fin, la búsqueda de especificidad puede dar claves de soluciones originales y a medida para Gibraltar y que resultaran no extrapolables. Sin embargo, la comparación y traslado de cualquier solución a Ceuta y Melilla siempre será algo posible, habida cuenta de los componentes simbólicos de las reclamaciones territoriales, y lo sencillo de su visibilidad comparativa mediática<sup>49</sup>. Por ello el modelo posible final para Gibraltar, hay que valorarlo como al mismo tiempo estratégico para España en su relación bilateral con Marruecos. A mi juicio cualquier modelo final que pueda negociarse para Gibraltar será de alguna forma considerado extrapolable por Marruecos para Ceuta y Melilla en algún momento, dado el carácter de objetivo nacional permanente que entraña para Marruecos su reincorporación al Reino marroquí. Aunque se trata de aspectos de altísima tensión en el debate español, diremos que quizás una estrategia española de largo

---

<sup>48</sup> Planteamos esta fórmula de las Coronas en “Gibraltar, ‘año cero’: *Brexit*, Cosoberanía y nuevas oportunidades de España” *ARI Elcano* 20.10.2016 *cit.*

<sup>49</sup> Ver por ejemplo Samir BENNIS “Gibraltar, Ceuta and Melilla: Spain’s unequal sovereignty disputes”, *The New Arab*, 28.06.2016. Por otra parte, durante la crisis de 2013-2015 con Gibraltar, los medios británicos y gibraltareños acentuaron el paralelismo entre los Casos de Gibraltar y de Ceuta y Melilla, vid. nuestra referencias en “Gibraltar su estatuto internacional y europeo....”, *Revista Catalana cit.*, pág. 51.

alcance debería poder ofrecer modelos para Gibraltar que puedan hipotéticamente trasponerse y no ser contraproducentes para los intereses de España, si la situación internacional lleva algún día a que se cuestione la presencia española en el norte de África.

## 7.—CONCLUSIONES

Con la decisión británica de retirarse de la UE, se han producido cambios importantes en las circunstancias de la integración europea. Uno de los aspectos donde el *Brexit* ha impactado enormemente es en la situación de Gibraltar y sus implicaciones en la controversia histórica hispano-británica.

En efecto, de encontrarnos en un *statu quo* con un completo bloqueo negociador bilateral y en sede ONU, favorable a RU y Gibraltar, de repente el cambio en las circunstancias lleva inesperadamente a otra situación que aparentemente —al menos en el corto plazo— resulta favorable a España.

Gibraltar se ha encontrado repentinamente con que el principal marco jurídico de aplicación diaria, que es el Derecho de la Unión, puede desaparecer con la salida del RU, con lo que se alterarían sus parámetros de certidumbre política, económica o comercial. Es más este marco se debe negociar entre la UE y el RU, lo que deja a Gibraltar en posición subalterna y condicionada por otros intereses esenciales de las partes negociadoras.

Los modelos de relación con la UE a los que puede aspirar Gibraltar por decisión propia son muy reducidos, habida cuenta de no constituir parte integrante del territorio del Estado británico, y de su estatuto de Territorio No Autónomo, pendiente de descolonización en un proceso supervisado por NNUU. Entonces, esta limitación de su margen de acción por los marcos europeo e internacional hacen que su situación sea muy complicada.

Los Gobiernos de M Rajoy adoptaron en 2016 y 2017 dos decisiones de envergadura respecto a esta problemática: por una parte, en primer lugar, la exclusión de Gibraltar de la negociación del Art. 50 TUE, ya que en las Orientaciones de negociación adoptadas el 29.04.2017 la aplicación de Derecho UE a Gibraltar está condicionado a un previo acuerdo España-RU.

En segundo lugar, la propuesta de Cosoberanía de los Ministros García-Margallo y Dastis Quecedo, que plantea problemáticas que a nuestro juicio hacen que sea un modelo no viable, en las actuales circunstancias.

El momento desde luego es histórico, pues supone un cambio radical desde el punto de vista jurídico e institucional, internacional y europeo, para Gibraltar, por lo que en mi opinión España debería afrontar una estrategia que persiga un doble acuerdo: normalizar la convivencia y explorar nuevas fórmulas imaginativas, teniendo en cuenta los intereses en presencia en 2017.

Estos intereses son los ya referidos de las bases militares y de inteligencia (RU), la consulta y decidir su futuro (Gibraltar), y la recuperación de alguna forma de la soberanía sobre la Ciudad perdida (España). No obstante en los últimos años pueden haber surgido intereses esenciales complementarios a tener en cuenta en 2017: la necesidad para Gibraltar tras la decisión *Brexit* de certidumbre política, económica y financiera sobre su futuro, en particular el régimen del cruce fronterizo de la Verja; la identificación progresiva de los intereses de España con el de los españoles campogibaltareños<sup>50</sup> o el necesario tratamiento de la cuestión de la seguridad de las bases militares en la Bahía, con control democrático en Cortes y exigencia de transparencia por España.

Por tanto en mi opinión España es también la primera interesada en ofrecer soluciones prácticas inmediatas que satisfagan sus propios intereses.

Nuestra propuesta consiste en adoptar una estrategia con dos vías de actuación: un *Modus Vivendi* provisional, y en paralelo un Acuerdo de inicio de negociaciones para un nuevo estatuto internacional y europeo.

En primer lugar, por un *Modus Vivendi* para la convivencia transfronteriza con Gibraltar entendemos un acuerdo provisional para regular los aspectos que necesitan de forma más acuciante del acuerdo para la normalización cotidiana de comportamientos y actuaciones. Desde luego primero y en especial el paso fronterizo por la Verja, pero también otros como las cuestiones de transparencia y colaboración económico-financiera, las medioambientales y de navegación y jurisdicción por las aguas, o el uso del aeropuerto.

En segundo lugar, propugnamos acordar el inicio de una negociación específica que detecte y conforme un nuevo estatuto internacional y europeo para el caso único de Gibraltar. Para ello estimamos que un modelo de Principado o Ciudad de las Coronas puede ser base de partida para una negociación. Un formato que tenga en cuenta los efectos colaterales que puede tener interna y externamente cualquier solución, pues la cuestión de Gibraltar es una problemática esencial y compleja, no solo de política exterior, sino de política de Estado; por lo que la recuperación de Gibraltar tiene unas consecuencias que cuestionan que incluso pueda ser asumible por España<sup>51</sup>. En cualquier caso se trata de buscar un modelo final que en esencia potencie el desarrollo económico en la zona y constituya una solución sostenible, formalmente admitida por las partes como superadora de la situación colonial y de la controversia histórica.

---

<sup>50</sup> A este respecto, es significativo que el Ministro de Asuntos Exteriores A Dastis declarara en el Senado que “cualquier solución ha de tener en cuenta de forma prioritaria los intereses de los trabajadores españoles en Gibraltar y el desarrollo socioeconómico del Campo de Gibraltar”. intervención del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación en la Comisión de Exteriores del Senado, 11.01.2017.

<sup>51</sup> Nuestras reflexiones en “Gibraltar su estatuto internacional y europeo...”, *Revista Catalana de Dret cit.*, en pp. 47-52.

En nuestra opinión la vía de formalización de ambos acuerdos podría ser el contexto ‘*Brexit*’. De forma que tanto el *Modus Vivendi* –que operaría provisionalmente en tanto se negocia el Acuerdo del nuevo estatuto internacional y europeo- como el Acuerdo de inicio de negociaciones de soberanía, podrían incorporarse al Tratado de retirada y relación futura de Reino Unido con la UE, mediante un Protocolo o una Declaración; uno u otro tendrían efectos jurídicos y jurisdiccionales diferentes, ya que los Protocolos forman parte integrante del Tratado internacional.

Hay muchos temas involucrados con la adopción de una estrategia coherente y de largo alcance sobre Gibraltar. Desde luego la necesidad de constancia y de no adoptar decisiones esenciales de política exterior sin consenso previo en Cortes<sup>52</sup>.

Pero también cualquier planteamiento debe partir de aceptar la convivencia normalizada con Gibraltar. En este sentido, toda estrategia coherente exige probablemente cambiar el discurso y el relato imperante sobre Gibraltar<sup>53</sup>, aceptando el hecho de su existencia y la necesidad de normalizar la convivencia fronteriza y vecinal con España. Y para ello aceptar que antes o después, se hará necesario consultar a Gibraltar en las negociaciones (algo que España acepta hacer sólo *ex post* a un acuerdo con RU), consultas a las que España se encuentra en cualquier caso obligada por las Resoluciones y decisiones en el marco de NNUU.

Finalmente, hay que ser consciente de todas formas que el momento actual no es favorable para la presentación de iniciativas de envergadura para resolver los complejos temas vinculados a la controversia histórica, incluidos los de convivencia con el entorno del Campo de Gibraltar. El periodo de política de confrontación con Gibraltar (particularmente los crispados años 2013-2015) supuso también la anulación de los acuerdos de normalización de la convivencia transfronteriza del Foro de Diálogo de 2006. La desconfianza histórica hacia España se añade a la muy delicada situación de Gibraltar y Reino Unido cuando comienzan las negociaciones del *Brexit*.

---

<sup>52</sup> En este sentido el Ministro Dastis Quecedo señaló que “la solución de Gibraltar es materia de política de Estado que requiere el acuerdo de todas las fuerzas políticas”, intervención del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación en la Comisión de Exteriores del Senado, 11.01.2017.

<sup>53</sup> A DEL VALLE GALVEZ, J CARMONA DE COZAR, M. GUILLERMO RAMIREZ, “Un nuevo relato sobre Gibraltar”, en *Ateneo- Revista Cultural del Ateneo de Cádiz*, n.º 16- 2016 pp.177-181.



# **LAS ACTUACIONES DE ESPAÑA ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN RELACIÓN CON LA CUESTIÓN DE GIBRALTAR. ALGUNAS REFLEXIONES PARA EL *BREXIT*.**

**MIGUEL SAMPOL PUCURULL**

*Abogado del Estado-Jefe ante el Tribunal de Justicia de la UE*

SUMARIO: I.—Introducción. II.—Identificación de los asuntos. III.—Elementos jurídicos objeto de discusión. IV,—Reflexiones finales.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Debe iniciarse esta reflexión con un doble agradecimiento a la Universidad de Málaga y a la Escuela Diplomática por la invitación a participar en esta mesa redonda. El agradecimiento doble lo es a la vez institucional y personal. El agradecimiento institucional debe hacerse porque la invitación cursada permite explicar las actuaciones que la Abogacía del Estado ha desarrollado ante el Tribunal de Justicia en relación con la cuestión de Gibraltar. Además la invitación no es sólo una ocasión para exponer lo que se hace y han hecho los diversos miembros de la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia sino también una oportunidad para escuchar e intercambiar ideas con el mundo académico. Este intercambio ayuda muchas veces a analizar las diversas perspectivas y problemas jurídicos que plantean cuestiones como la que será motivo de estas reflexiones. En segundo lugar, debo hacer un agradecimiento personal por la invitación. Es un placer poder exponer en nombre de mis compañeros y colegas una labor silenciosa que

se realiza en cooperación con múltiples personas en la preparación, definición y defensa de los intereses de España en Luxemburgo<sup>1</sup>. Aunque la valoración de la influencia y los efectos de las intervenciones de los Estados miembros en el Tribunal no es fácil<sup>2</sup>, sí se pueden sacar reflexiones de algunos de los procedimientos en los que ha intervenido España.

Puede afirmarse que lo político en la Unión tiene siempre su reflejo en el Tribunal de Justicia. Lo ha tenido por ejemplo cuando las oleadas de inmigrantes provenientes de Oriente fueron sucedidas por importantes y difíciles cuestiones jurídicas que recientemente ha tenido que abordar<sup>3</sup> o deben abordar los jueces en Luxemburgo. Por consiguiente, el “*Brexit*”, si finalmente se acuerda, será en sus múltiples facetas objeto de algún procedimiento ante la jurisdicción de la Unión. Seguramente, tarde o temprano algún asunto abordará problemas sustanciales del procedimiento y no podemos descartar que en algún aspecto concreto afecten a Gibraltar.

El objetivo de esta exposición es responder a las siguientes preguntas. ¿Cuándo, cómo y por qué España ha intervenido ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la cuestión de Gibraltar? ¿Se pueden inducir algunas reflexiones (más que conclusiones) sobre el tema que es objeto de esta mesa redonda?

Para dar respuesta a estas preguntas resulta conveniente abordar una serie de aspectos de forma ordenada. En primer lugar, hay que hacer referencia a cómo se identifican los asuntos en los que interviene España y por qué se decide intervenir respecto a un asunto judicial que pueda afectar a la llamada cuestión de Gibraltar. En segundo lugar, es conveniente identificar cuáles han sido los elementos jurídicos que han sido discutidos en los asuntos que afectan a la cuestión de Gibraltar. En tercer lugar, es útil exponer cuál ha sido la posición española defendida en estos asuntos. Se trata de la postura que las autoridades españolas han defendido públicamente y que han expuesto en sus intervenciones orales en las audiencias públicas celebradas en Luxemburgo. En cuarto y último lugar, se formularán una serie de reflexiones finales relacionadas con el objeto de las conferencias.

---

<sup>1</sup> Puede consultarse diversos artículos que reflejan la evolución de la participación de España ante el Tribunal de Justicia. Así, por ejemplo, DÍAZ ABAD, N., “España, veinticinco años de presencia y jurisprudencia en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 315, 2011 (Ejemplar dedicado a: XXV años de vigencia del Tratado de Adhesión de España a la Unión Europea), págs. 17-27; SILVA DE LA PUERTA, R., “Presencia de España ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” *Noticias de la Unión Europea*, núm. 75, 1991, págs. 21-42; *ib.*, “El contencioso español ante el tribunal de justicia de las comunidades europeas”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (coords.), *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, 1993, págs. 677-711.

<sup>2</sup> GRANGER, M.P. E., “When governments go to Luxembourg...: the influence of governments on the Court of Justice”, *European Law Review*, 2004., 29, FebruarY.

<sup>3</sup> Como muestra puede citarse, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 2017, X y X, ECLI:EU:C:2017:173.

## II. IDENTIFICACIÓN DE LOS ASUNTOS

Cuando uno se refiere a la identificación de los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia de Luxemburgo que puedan afectar a la cuestión de Gibraltar, surge una primera “dificultad” ¿cuándo se puede decir que un asunto afecta a la controversia sobre Gibraltar? Revisando los asuntos conocidos por Luxemburgo se pueden distinguir los casos que afectan directamente a aspectos controvertidos de la cuestión de los casos que lo hacen de forma incidental. Así, el interés es evidente en aquellos en los que se interpone un recurso directo, normalmente un recurso de anulación o un recurso de incumplimiento, y que se refieren a un aspecto que directamente afecta a Gibraltar. Es el caso de los recursos de anulación que el Reino Unido o el Gobierno de Gibraltar interpusieron contra las decisiones de la Comisión Europea en relación con su régimen fiscal o el caso de dos recientes cuestiones prejudiciales británicas<sup>4</sup>. Por otro lado, uno se puede referir a los asuntos sometidos al Tribunal que afectan de forma derivada o incidental al territorio de Gibraltar o a la manera en que el Derecho de la Unión se aplica a dicho territorio. Es el caso por ejemplo de una cuestión prejudicial alemana que afectaba a una empresa de juego on-line de Gibraltar (asunto Carmen Media Group<sup>5</sup>) o de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español en relación con la Directiva de blanqueo de capital (asunto Jyske Bank<sup>6</sup>). En ambos casos, las cuestiones afectan a aspectos muy concretos de la actividad económica de la zona y a la manera en la que se aplica el Derecho de la Unión en el territorio de Gibraltar.

La realidad es que desde el año 1986 España ha intervenido en veintidós asuntos que están directa o indirectamente relacionados con la cuestión de Gibraltar o que a juicio de España afectan a aspectos controvertidos relacionados con la aplicación del Derecho de la Unión a la zona del Peñón. La decisión de intervenir y la postura a defender en estos asuntos es producto de una reflexión política y jurídica resultado de la aplicación de los mecanismos de intervención existentes en España. Estos mecanismos resultan de los procedimientos que existen en relación con la Comisión de Seguimiento de Actuaciones ante el Tribunal de Justicia<sup>7</sup>. En esta Comisión de Seguimiento están representados todos los Departamentos Ministeriales y la Abogacía del Estado. La Comisión está presidida por un representante de la Secretaría de Estado de la Unión Europea y estudia y analiza todos los asuntos que debe resolver el Tribunal de Justicia en sus distintas jurisdicciones (a día de hoy el Tribunal General y el Tribunal de Justicia aunque antes también el Tribunal de la Función Pública)<sup>8</sup>. En sus

---

<sup>4</sup> Asuntos C-591/15 y C-192/16.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2010, Carmen Media Group, ECLI:EU:C:2010:505.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 25 de abril de 2013, Jyske Bank, ECLI:EU:C:2013:270.

<sup>7</sup> Esta Comisión se regula por Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de febrero de 1986

<sup>8</sup> Sobre el funcionamiento de esta Comisión de Seguimiento puede consultarse MUÑOZ PÉREZ,

reuniones cada tres semanas, la Comisión de Seguimiento analiza las cuestiones prejudiciales, recursos de anulación y de incumplimiento u otros procedimientos y decide si España debe intervenir en el asunto y cuál debe ser la postura o los intereses a defender. En el marco de esa reflexión, desde 1986 siempre se ha tenido en cuenta los asuntos que puedan afectar a la cuestión de Gibraltar y a la postura de España en relación con el contencioso.

Sobre la base del análisis que se realiza en el marco de las decisiones que adopta la Comisión de Seguimiento desde la adhesión de España a la Unión se pueden identificar una serie de áreas de intervención que permiten abordar con una cierta sistemática el análisis de la actuación de España sobre esta cuestión ante el Tribunal de Justicia. Estas áreas de intervención por orden cronológico serían las siguientes:

### **1. Transporte aéreo**

Al poco tiempo de adherirse España surgieron los primeros asuntos que afectaron al aeropuerto de Gibraltar. Efectivamente, tras una primera discusión política en Bruselas, se adoptaron una serie de actos por las instituciones que motivaron la aparición del primer contencioso. El Gobierno de Gibraltar interpuso una serie de recursos contra diversas Directivas de la Unión. En el marco de estos procedimientos se produciría algunos de los pronunciamientos más claros sobre el aeropuerto y la controversia sobre la soberanía por parte del Tribunal. Efectivamente, en su sentencia de 29 de junio de 1993<sup>9</sup> el Tribunal reconoció la existencia de una controversia. Así en el apartado 22 destacó que “(...) en efecto, dada la controversia, ampliamente subrayada por el propio demandante, que enfrenta al Reino de España y al Reino Unido respecto a la soberanía sobre el territorio en el que está situado el aeropuerto de Gibraltar y las dificultades de explotación que conlleva dicha controversia, el desarrollo de los servicios aéreos entre dicho aeropuerto y los demás aeropuertos de la Comunidad queda supeditada a la aplicación del régimen de cooperación acordado entre los dos Estados.”

### **2. Régimen de excepciones al Derecho de la Unión**

Ya se ha hecho referencia en esta obra al régimen particular que Gibraltar tiene en relación con la aplicación del Derecho de la Unión y que resulta del Tratado de Adhesión del Reino Unido de Gran Bretaña a la Unión, particular-

---

M., “La intervención del Reino de España en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la UE” en la obra colectiva *Procedimientos administrativos y judiciales de la Unión Europea*, Economist & Jurist, Difusión Jurídica. Madrid, 2012.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1993, Government of Gibraltar contra Consejo, C-298/89, ECLI:EU:C:1993:267.

mente, los artículos 28 y 29. Este régimen de excepciones ha sido objeto de discusión y análisis en diversos asuntos. Así el alcance del artículo 28 del Tratado de adhesión en relación con la libre circulación de mercancías fue objeto de de la sentencia en el recurso de incumplimiento contra el Reino Unido<sup>10</sup> (asunto C-30/01). En la sentencia de 23 de septiembre de 2003, el Tribunal de Justicia dijo en el apartado 59 que la exclusión de Gibraltar del territorio aduanero de la Comunidad supone que no le son aplicables ni las normas del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías ni las del Derecho europeo derivado que se dirigen, por lo que respecta a la libre circulación de mercancías, a garantizar una aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, de conformidad con los artículos 94 CE y 95 CE (actuales 114 y 115 TFUE).

### **3. Fiscalidad**

Uno de los campos en los que España ha sido especialmente activa ha sido precisamente el de la fiscalidad. El que las autoridades españolas hayan sido muy activas en este campo parece lógico. La fiscalidad y cómo esta se regula es un ámbito que afecta muy directamente a los ciudadanos, a las empresas y a Estados miembros cercanos al territorio de Gibraltar como pueden ser España o Portugal. Se trata de asuntos que afectan al cumplimiento de las normas sobre competencia en el marco de las ayudas de Estado o de asuntos que se refieren a cómo se aplican las normas que armonizan la fiscalidad o los instrumentos de coordinación que la Unión ha decidido aprobar, particularmente, en materia de cooperación y asistencia mutua. Tampoco hay que olvidar cómo hay que aplicar la normativa sobre prevención y blanqueo de capitales aprobada por la Unión en Gibraltar.

Más recientemente, surge la necesidad de delimitar cómo la normativa fiscal británica se aplica a Gibraltar en relación con la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento (asuntos C-591/15 y C-192/16). Efectivamente, en estos asuntos, el tribunal británico remitente ha preguntado al Tribunal de Justicia si Gibraltar y el Reino Unido deben tratarse como si fueran partes de un solo Estado miembro a efectos del Derecho de la Unión, de modo que el artículo 56 TFUE o 49 TFUE no son aplicables, salvo en la medida en que pueda aplicarse a medidas internas; si a la luz del artículo 355 TFUE, apartado 3, Gibraltar tiene el estatuto constitucional de un territorio distinto del Reino Unido en el interior de la Unión; o si Gibraltar debe tratarse como un país o territorio tercero, de modo que el Derecho de la Unión únicamente es aplicable al comercio entre ambos en los supuestos en que el Derecho de la Unión surte efectos entre un Estado miembro y un Estado no

---

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de septiembre de 2003, Comisión/Reino Unido, C-30/01, ECLI:EU:C:2003:489.

miembro. Conviene recordar que en dichos asuntos, en los que ha intervenido España, el Abogado General ha señalado en el asunto C-591/15 que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Gibraltar deben considerarse un solo Estado miembro a efectos de la aplicación del artículo 56 TFUE pero ha confirmado en el apartado 33 que el Tribunal de Justicia ya ha dejado constancia del hecho de que Gibraltar no forma parte realmente del Reino Unido<sup>11</sup>. Al tiempo de finalizar el presente artículo, el Tribunal de Justicia ha dictado la sentencia en el asunto y ha concluido que el artículo 355 TFUE, apartado 3, en relación con el artículo 56 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que la prestación de servicios por operadores establecidos en Gibraltar a personas establecidas en el Reino Unido constituye, a efectos del Derecho de la Unión, una situación en la que todos los elementos se circunscriben al interior de un único Estado miembro. Lo más relevante es que en varios apartados de la sentencia el Tribunal de Justicia confirma que el Derecho de la Unión se aplica al territorio de Gibraltar por la conexión que establece el artículo 355, apartado 3 TFUE<sup>12</sup>. Según el Tribunal, esta conclusión no afecta al estatuto de Gibraltar ni en virtud del Derecho constitucional ni del Derecho internacional. Todo ello dado que el Derecho de la Unión se aplica a Gibraltar no por ser parte del Reino Unido, sino en virtud del artículo 355 TFUE, apartado 3 y porque la interpretación dada por la sentencia implica que la prestación de servicios por operadores establecidos en Gibraltar a personas establecidas en el Reino Unido constituye, a efectos del Derecho de la Unión, una situación en la que todos los elementos se circunscriben al interior de un único Estado miembro. Esta interpretación no puede entenderse, según la resolución, en el sentido de que vulnera el estatuto distinto y separado de Gibraltar. Además, constata en el apartado 5 que Gibraltar es una colonia y no forma parte del Reino Unido.

Finalmente, el Tribunal General está analizando la legalidad de la apertura de investigación en materia de ayudas de Estado aprobada por la Decisión de la Comisión Europea de 1 de octubre de 2014 en el asunto relativo a la ayuda de Estado SA.34914(C/2013) (ex 2013/NN) que considera que puede ser una ayuda de Estado el régimen del impuesto de sociedades de Gibraltar. La Decisión<sup>13</sup> y el objeto del recurso<sup>14</sup> han sido publicados en el Diario Oficial y puede obtenerse más información en la base de datos del Tribunal de Justicia<sup>15</sup>. El objeto de discusión del procedimiento es la compatibilidad del sistema de “tax ruling” o decisiones administrativas fiscales de Gibraltar con la normativa de ayudas de Estado (asunto T-783/16).

---

<sup>11</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Spuznar de 19 de enero de 2017, ECLI:EU:C:2017:32.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2017, Gibraltar Betting and Gaming Association, C-591/15, ECLI:EU:C:2017:449, apartados 40, 42, 51.

<sup>13</sup> D.O.U.E. 7.10.2016 C 369 p. 55.

<sup>14</sup> D.O.U.E. 23.1.2017 C 22 p. 39.

<sup>15</sup> <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=187507&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=497249>

El problema de la compatibilidad de las normas de ayudas de Estado con las diferentes normas fiscales de Gibraltar dió también lugar a una saga de asuntos en los que España ha intervenido. Desde los primeros asuntos que tuvieron por objeto la legalidad de las decisiones de incoación del procedimiento de investigación en relación con el régimen fiscal de sociedades exentas y sociedades beneficiarias (asuntos acumulados T-207/01 y T-195/01<sup>16</sup>) pasando por los recursos de anulación contra la Decisión de la Comisión que consideró como ayuda de Estado la modificación en 2002 del régimen fiscal de esas sociedades<sup>17</sup>.

Precisamente, tras la sentencia del Tribunal General que anuló esta decisión, tanto España como la Comisión presentaron sendos recursos de casación que han dado lugar a la importante sentencia del Tribunal reunido en Gran Sala, de 15 de noviembre de 2011<sup>18</sup> en la que el Tribunal declaró que un régimen fiscal puede ser selectivo por la forma en que está diseñado de manera que beneficia a ciertas empresas o producciones por cómo ha sido configurado<sup>19</sup>. Dicha sentencia es y ha sido una de las contribuciones más relevantes en el análisis de la selectividad de las normas fiscales desde la perspectiva de las ayudas de Estado. Se trata de una resolución que es un hito y su alcance y significado ha sido objeto de discusión hasta fechas recientes como lo demuestra la sentencia de 21 de diciembre de 2016<sup>20</sup>.

#### **4. Asuntos institucionales**

En este campo hay que destacar que España presentó un recurso de incumplimiento contra el Reino Unido<sup>21</sup> por la forma en que se regulaban las elecciones europeas en relación con ciertos ciudadanos residentes en dicho territorio tras la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Mathews. España consideraba que la European Parliament (Representation) Act 2003 (Ley relativa a la representación en el Parlamento Europeo de 2003) reconocía el derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo a personas que no eran nacionales de un Estado miembro (a saber, los ciudadanos de la Commonwealth residentes en Gibraltar) y, por tanto, que no tenían el estatuto de ciudadanos de la Unión. En opinión del Reino de España, existía una relación clara entre la ciudadanía de la Unión y el derecho de sufragio

---

<sup>16</sup> Sentencia de 30 de abril de 2002, Government of Gibraltar/Comisión, T-195/01 y T-207/01, ECLI:EU:T:2002:111.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (actual Tribunal General) de 18 de diciembre de 2008, Government of Gibraltar y Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte contra Comisión, T-211/04 y T-212/04, ECLI:EU:T:2008:595.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido, C-106/09 P y C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732.

<sup>19</sup> Apartados 85 a 110 de la sentencia.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, Comisión Europea contra World Duty Free Group SA y otros, C-20/15 P y C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, apartados 76 a 86.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2006, España/Reino Unido, C-145/04, ECLI:EU:C:2006:543.

activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo que no permitía que se aplicara una normativa como la que existía en Gibraltar. En consecuencia, la normativa discutida infringía diversos preceptos de los Tratados. Como trasfondo conviene señalar que no es nada habitual que los Estados miembros presenten recursos de incumplimiento contra otro Estado miembro y que estos se cuentan en una decena desde los años cincuenta. De nuevo lo político y lo jurídico se unían en Luxemburgo.

El Abogado General Sr. Tizzano propuso la estimación del recurso interpuesto por España<sup>22</sup>. Consideró que el Reino Unido incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del anexo II de la Decisión 76/787/CECA, CEE, Euratom de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 20 de septiembre de 1976, por la que se aprueba el “Acto relativo a la elección de los representantes en el Parlamento Europeo por sufragio universal directo”, al reconocer a personas, como los Qualifying Commonwealth Citizens, que no tienen la nacionalidad del Reino Unido ni de otro Estado miembro de la Unión, el derecho a votar en las elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar [artículo 16, apartados 1 y 5, de la European Parliament (Representation) Act 2003]. Sin embargo, el Tribunal de Justicia en la sentencia de 12 de septiembre de 2006 acordó desestimar el recurso. En esencia, tal y como se indica en el apartado 78 de la resolución, el Tribunal de Luxemburgo consideró que en el estado del Derecho europeo al tiempo de resolver el asunto, la determinación de los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo era competencia de cada Estado miembro y los Tratados no se oponían a que los Estados miembros reconocieran ese derecho de sufragio activo y pasivo a determinadas personas que tuvieran un estrecho vínculo con ellos y que no fueran sus propios nacionales o los ciudadanos de la Unión residentes en su territorio.

## **5. Medio ambiente**

Más recientemente, el Tribunal de Justicia ha conocido una nueva área contenciosa. Se trata de la relativa a la protección del medio ambiente. En este caso, España no acudió al Tribunal de Justicia a iniciativa propia sino como reacción a diversas acciones interpuestas por el Reino Unido y Gibraltar. Tras la aprobación por la Comisión Europea mediante la correspondiente decisión del lugar de interés comunitario propuesto por España relativo al Estrecho Oriental, el Reino Unido y Gibraltar presentaron dos recursos de anulación contra la misma (asuntos T-176/09<sup>23</sup> y T-115/10<sup>24</sup>). Al ser desestimados

---

<sup>22</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Tizzano de 6 de abril de 2006, C-145/04, ECLI:EU:C:2006:231.

<sup>23</sup> Auto del Tribunal General de 24 de mayo de 2011. Government of Gibraltar contra Comisión Europea., T-176/09, ECLI:EU:T:2011:239.

<sup>24</sup> Auto del Tribunal General de 24 de mayo de 2011, Reino Unido contra Comisión, T-115/10, ECLI:EU:T:2011:242.

los recursos, se presentaron dos recursos de casación contra las resoluciones que desestimaban los recursos en la primera instancia (asuntos C-407/11 P<sup>25</sup> y C-416/11 P<sup>26</sup>) que fueron igualmente desestimados. Los asuntos eran esencialmente técnicos y, desde un punto de vista jurídico, era difícil que los jueces de la Unión estimaran las pretensiones británicas y gibraltareñas. En cualquier caso, su interposición parecía una reacción más bien política; por otra parte un elemento habitual como resulta de las presentes reflexiones. De hecho, el recurso de anulación y el de casación de Gibraltar fueron resueltos mediante auto. Hay que recordar que el Tribunal General reserva esta forma de resolver a ciertos asuntos que no tienen especial recorrido.

### III. ELEMENTOS JURÍDICOS OBJETO DE DISCUSIÓN

Una vez vistas las áreas en las que se puede clasificar el contencioso en el que España ha participado en Luxemburgo en relación con Gibraltar parece conveniente destacar cuáles han sido las cuestiones debatidas en los procedimientos.

Con independencia de los elementos políticos que subyacen a los procedimientos y a las discusiones sobre el estatuto jurídico de Gibraltar en la Unión Europea se puede observar que España ha sido coherente en sus posiciones y, en este sentido, ha planteado siempre en los asuntos en los que ha intervenido una serie de elementos comunes. Al margen de estos elementos comunes en los diferentes procedimientos se ha procedido a dar su opinión sobre los aspectos jurídicos concretos de la controversia.

En cuanto a los elementos comunes en la mayoría de procedimientos se puede observar que en los recursos u observaciones que ha formulado ante el Tribunal, España ha planteado, con carácter previo a la cuestión concreta que constituye el elemento esencial de la cuestión prejudicial o del recurso directo, cuatro elementos comunes. Esos elementos comunes son a) el estatuto jurídico de Gibraltar b) el estatuto de Gibraltar desde la perspectiva del Derecho Internacional Público c) el estatuto de Gibraltar en el Derecho británico y 4) el estatuto de Gibraltar en el Derecho de la Unión. En relación con este punto, la postura española se ha centrado en identificar cómo debe interpretarse el actual artículo 355, apartado 3 TFUE (o antiguo artículo 299, apartado 4 TCE). En este aspecto destaca el hecho que el Tribunal de Justicia haya reconocido la existencia de una controversia sobre la soberanía que puede afectar al ámbito territorial de las normas de la Unión. Además, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2017 vuelve a reiterar en el apartado 5 que Gibraltar es una colonia que no forma parte

---

<sup>25</sup> Auto del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2012, Government of Gibraltar/Comisión, ECLI:EU:C:2012:464.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de noviembre de 2012, Reino Unido/Comisión, C-416/11 P, ECLI:EU:C:2012:761.

del Reino Unido. Igualmente, en diversos puntos, como ya se ha avanzado, el Tribunal considera que el artículo 355, apartado 3 TFUE es el punto de conexión para aplicar el Derecho de la Unión a Gibraltar ya que es ese precepto el que establece el vínculo entre el territorio de Gibraltar y el Reino Unido.

#### **IV. REFLEXIONES FINALES**

A la vista del conjunto de asuntos en los que ha intervenido España podemos preguntarnos qué reflexiones podemos sacar para intentar dar respuesta a las preguntas que suscita el título de las conferencias.

Lo cierto es que se puede decir que existen un conjunto de asuntos actualmente pendientes que afectan a aspectos esenciales de la economía de Gibraltar. Efectivamente, así lo demuestran los asuntos sobre el impuesto británico al juego *online* que afectan a las empresas establecidas o que prestan servicios desde Gibraltar (asuntos C- 591/15 y C-193/16). Otros asuntos se refieren al sistema de acuerdos fiscales que otorga Gibraltar de forma no especialmente clara a resultas de la decisión de incoación adoptada por la Comisión (asunto T-783/16).

El segundo elemento relevante es que el vínculo del Derecho de la Unión con Gibraltar resulta del artículo 355, apartado 3 TFUE. Esto se ha determinado de manera clara y en varias ocasiones por el Tribunal de Justicia. De forma más o menos directa, se ha indicado en los asuntos resueltos por Luxemburgo. Sin embargo, en el asunto C-591/15, la reciente sentencia lo ha dicho, a nuestro juicio, de forma mucho más evidente. El Abogado General Sr. Spuznar dijo que el artículo 355, apartado 3 TFUE es clave para entender la relación de Gibraltar con el Derecho europeo y lo hizo con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ese elemento. Ahora la sentencia de 13 de junio de 2017 reitera lo dicho por el Abogado General en el apartado 42 y, además, indica que la aplicación del Derecho europeo resulta del vínculo entre el territorio y el Reino Unido a que se refiere el Derecho primario. Esta interpretación del artículo del Tratado es relevante ya que es la base para entender cómo pueden ser las relaciones futuras del Gibraltar con la Unión salvo que se modifiquen los Tratados. El propio Tribunal, en los apartados 48 y siguientes, niega que el Derecho constitucional interno o el Derecho internacional afecten a este elemento. Por ello, en el estado actual del Derecho de la Unión, es preciso que un Estado miembro asuma las relaciones exteriores del territorio de Gibraltar para que pueda aplicarse el Derecho de los Tratados.

El tercer aspecto destacable es que el Tribunal de Justicia no ha reconocido a Gibraltar el estatuto de actor privilegiado como es el caso de un Estado miembro ni tampoco lo ha considerado como un ente especial a efectos de interposición de recursos. Por el contrario, en sus pronunciamientos, incluido el más reciente, el Tribunal ha afirmado que se trata de una colonia británica que no forma parte del

Reino Unido y ha reconocido que existe una controversia territorial de soberanía como afirmó en relación con los recursos sobre la aplicación de las Directivas de transporte aéreo al aeropuerto.

Por consiguiente, se puede considerar que del contencioso de Gibraltar en el Tribunal de Justicia existen importantes elementos que nos permiten aventurar jurídicamente algunos de los puntos de la relación del territorio de Gibraltar con la Unión en el marco del *Brexit*. En definitiva, la experiencia y la jurisprudencia resultante del contencioso en Luxemburgo nos puede ayudar a navegar en unas aguas no siempre claras e igual de revueltas que las del Estrecho.



# LA PROPUESTA ESPAÑOLA DE COSOBERANÍA PARA GIBRALTAR: UNA OFERTA CON FUTURO

**MARTÍN ORTEGA CARCELÉN**

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: I.—Introducción. II.—La contradicción en que se ha situado Gibraltar. III.—Contenido de la propuesta. IV.—Cinco ventajas de la propuesta. V.—Gibraltar debe declarar una mayoría de edad. VI.—Conclusión: una propuesta con futuro.

## I. INTRODUCCIÓN

Tras el referéndum sobre el *Brexit*, en octubre de 2016 España presentó a Reino Unido, ante la IV Comisión de Naciones Unidas, una propuesta de negociación sobre Gibraltar, en la que se plantea una soberanía conjunta, la doble nacionalidad para los gibraltareños y el respeto de su autonomía. El pronunciamiento casi unánime de los gibraltareños en aquel referéndum por la permanencia en la Unión Europea les sitúa en una posición dual con respecto al *Brexit*. Una primera opción es la salida de la Unión y la consiguiente pérdida de las libertades comunitarias. Gibraltar debe sopesar otra opción en línea con la propuesta española de cosoberanía. Dicha oferta contiene al menos cinco ventajas, que se consideran en esta contribución: 1) tiene en cuenta la voluntad de los gibraltareños; 2) el potencial económico positivo para los habitantes del Campo y para los gibraltareños es enorme; 3) el escenario contrario de aislamiento sería muy gravoso para

Gibraltar; 4) se pondría fin a una controversia colonial entre aliados y amigos; y 5) permitiría una integración específica pero definitiva de Gibraltar en la Unión Europea. Al final de las negociaciones comunitarias sobre el *Brexit*, los gibraltareños tendrán que tomar decisiones históricas acerca de su futuro, y la propuesta española ofrece un camino con beneficios para todos.

## II. LA CONTRADICCIÓN EN QUE SE HA SITUADO GIBRALTAR

El referéndum del día 23 de junio pasado demostró algo esencial para los gibraltareños: su identidad política es claramente distinta a la de los británicos. El resultado evidenció una brecha muy acusada entre la colonia y la metrópoli. En Gibraltar el 95,9% del voto (con una altísima participación del 83,6%) fue favorable a permanecer en la UE, una cifra que se sitúa a mucha distancia del resultado general del 48,1% en Reino Unido a favor de la permanencia. Las circunscripciones que también apoyaron continuar en la UE fueron Escocia, por un voto del 62%, Londres 59,9%, e Irlanda del Norte 55,7%, lo que evidencia la gran desviación típica del resultado en Gibraltar.

Tras el referéndum, el Ministro principal de Gibraltar, Fabian Picardo, realizó denodados esfuerzos para que las negociaciones permitieran un estatuto intermedio y propuso un *Brexit* “flexible”. Pero las sucesivas manifestaciones del Gobierno de Theresa May y el Informe publicado por la House of Lords el 1 de marzo sobre las consecuencias del *Brexit* para Gibraltar dejaron claro que el abandono de las libertades comunitarias por parte del Reino Unido se aplicaría también a Gibraltar<sup>1</sup>.

El día 29 de marzo el Reino Unido presentó en Bruselas la solicitud que activa el artículo 50 del TUE. Poco después, se produjo un rifirrafe verbal cuando algunas voces desde Londres (Michael Howard agitó las aguas) utilizaron el señuelo de Gibraltar para jalar los sentimientos nacionalistas más extremos. En realidad las negociaciones sobre el *Brexit* entre Reino Unido y la Unión Europea son de tal envergadura e incluyen a tantos actores, que Gibraltar aparece solo como un pequeño escollo al final del proceso. Este fleco deberá ser tratado de manera bilateral entre España y Reino Unido, como han reconocido las instituciones europeas. Esta fórmula es inevitable porque Gibraltar no constituye territorio británico, sino una cesión territorial de España, y porque Reino Unido sigue ostentando las relaciones exteriores de la colonia.

Teniendo en cuenta la enorme diferencia entre el *Brexit* como cuestión esencial y el problema accesorio de Gibraltar, la escalada retórica fue de mucho ruido y pocas nueces. La forma en que Gibraltar fue sacado a colación de manera extemporánea reflejó el deseo, por parte de algunos, de enardecer el campo del

---

<sup>1</sup> House of Lords (UK), *Brexit: Gibraltar*, informe del 1 de marzo de 2017, <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldcom/116/116.pdf>.

*Brexit*, y fue por tanto para uso interno en el momento de iniciar unas negociaciones difíciles, en un país que sigue dividido sobre una decisión histórica. Aquellas manifestaciones no fueron compartidas desde Gibraltar, y fueron recibidas con serenidad por las autoridades españolas, que siempre han mostrado una actitud constructiva hacia las negociaciones sobre la salida del Reino Unido de la UE.

En todo caso, ni aquella salida de tono ni el deseo de Theresa May de reforzar su Gobierno con la convocatoria de elecciones en junio podían esconder el hecho de que Gibraltar afronta una contradicción evidente. Por un lado, mantiene una voluntad confirmada de seguir vinculado a la Unión Europea; por otro, se resiste a aceptar la única forma para conseguir ese fin tras el *Brexit*, que es un acuerdo con España.

### III. CONTENIDO DE LA PROPUESTA

En los meses siguientes al plebiscito sobre el *Brexit*, la reacción de España fue rápida y proactiva. El 4 de octubre de 2016 España presentó ante la Cuarta Comisión de la Asamblea General de la ONU una propuesta de negociación con Reino Unido para alcanzar un acuerdo sobre un régimen de soberanía conjunta que permitiese la continuación de la aplicación de los Tratados de la UE a Gibraltar<sup>2</sup>. La propuesta incluía una cosoberanía hispano-británica sobre el territorio, una doble nacionalidad para los gibraltareños y un estatuto especial dentro de la Unión Europea, como ideas para iniciar la negociación.

Los puntos destacados por el Embajador de España en Naciones Unidas fueron los siguientes:

- El autogobierno de Gibraltar podría continuarse e insertarse fácilmente en el sistema constitucional español (el artículo 144 de la Constitución permite esa posibilidad).
- Los gibraltareños podrían conservar la nacionalidad británica y adquirir además la española si lo desean.
- El acceso de Gibraltar al mercado interior y a las demás libertades de la UE se vería asegurado, al tiempo que se mantendría un régimen fiscal particular y otras excepciones dentro del respeto al Derecho de la UE. España velaría para que Gibraltar se beneficie de las políticas de la Unión Europea y se respete su especificidad.
- La desaparición de la Verja, construida por Reino Unido en 1909, y de la frontera en el istmo supondría un relanzamiento de la economía de la región, que beneficiaría tanto al Campo y sus municipios como a Gibraltar.

---

<sup>2</sup> Intervención de España ante la IV Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre Gibraltar, 4 octubre 2016, [http://www.spainun.org/wp-content/uploads/2016/10/Intervenci%C3%B3n-Espa%C3%B1a-Item-58-71AG-versi%C3%B3n-compilada-ESP.ING\\_.pdf](http://www.spainun.org/wp-content/uploads/2016/10/Intervenci%C3%B3n-Espa%C3%B1a-Item-58-71AG-versi%C3%B3n-compilada-ESP.ING_.pdf).

- España y Reino Unido se ocuparían conjuntamente de las relaciones internacionales, la defensa, la seguridad y el control de las fronteras exteriores de Gibraltar.
- El Embajador también destacó que el nuevo régimen no interferiría en el modo de vida, las costumbres y las tradiciones gibraltareñas, porque sabría respetar la pluralidad de un territorio que tiene rasgos culturales británicos y andaluces.

La propuesta de negociación al Reino Unido, hecha en Naciones Unidas, está supeditada al marco más amplio de las negociaciones con la Unión Europea sobre el *Brexit*. Estas son multilaterales por definición y, por tanto, difíciles de llevar a cabo y de culminar<sup>3</sup>. Según estudios británicos, el *Brexit* tendrá consecuencias negativas para Reino Unido, pero otros países como España también necesitarán un proceso de adaptación debido a las intensas relaciones bilaterales en los planos comercial, de inversiones y a la presencia de numerosos nacionales en el otro Estado, como han subrayado estudios del Gobierno español a los que ha tenido acceso la prensa<sup>4</sup>. La cuestión de Gibraltar no estará en un primer plano al comienzo de las negociaciones europeas, y no puede saberse de antemano cuándo se abordará, ni el impacto que otros aspectos de la negociación general tendrán sobre el dossier gibraltareño. No obstante, en algún momento tendrá que afrontarse, y entonces aparecerán evidentes las grandes ventajas de la oferta española.

Hay que destacar que la propuesta es solo un punto de partida para negociar, pero sus parámetros están claros. Aunque fue concebida con un Gobierno en funciones en Madrid, posteriormente fue endosada por el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación del nuevo Gobierno, Alfonso Dastis, que la calificó de “generosa”. En efecto, España muestra una voluntad de afrontar la cuestión de la soberanía de manera gradual, y solo el tiempo dirá en qué medida el estatuto planteado conduce a otra situación final.

#### IV. CINCO VENTAJAS DE LA PROPUESTA

Un análisis objetivo de las ideas planteadas para negociar muestra las siguientes ventajas. En la propuesta inicial: 1) se tiene en cuenta la voluntad de los gibraltareños; 2) el potencial económico positivo para los habitantes del Campo y para los gibraltareños es enorme; 3) el escenario contrario de aislamiento sería muy gravoso, sobre todo para Gibraltar; 4) se pondría fin a una controversia colonial entre aliados y amigos; y *last but not least*, 5) permitiría una integración específica pero definitiva de Gibraltar en la Unión Europea.

<sup>3</sup> Las dificultades de la negociación tras la invocación del artículo 50 han sido subrayadas por MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, José, “*Brexit* and Gibraltar: the Spanish proposal for joint sovereignty”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol 20, 2016, pp. 305-320.

<sup>4</sup> “Un informe del Gobierno alerta del efecto negativo del *Brexit* en España”, *El País*, 10 marzo 2017, [http://politica.elpais.com/politica/2017/03/09/actualidad/1489089409\\_306320.html](http://politica.elpais.com/politica/2017/03/09/actualidad/1489089409_306320.html).

## 1. El respeto de la voluntad de los gibraltareños

La permanencia de Gibraltar en la Unión Europea respetaría los deseos democráticamente expresados de los gibraltareños. En el referéndum del 23 de junio manifestaron una voluntad casi unánime de continuar en la Unión. Los gibraltareños ven su futuro dentro de la UE, y una solución como la apuntada permitiría cumplir este objetivo, preservando al mismo tiempo la personalidad y la historia de Gibraltar. Si, al final, la voluntad de Reino Unido de salir de la UE se impone a los gibraltareños, esto sería contrario a la promesa del Gobierno británico de tener en cuenta sus deseos para alterar el estatus internacional.

El pronunciamiento de los gibraltareños fue tan contundente que se convierte en una declaración de identidad política, y supone un cambio en la historia reciente de Gibraltar. En dos ocasiones anteriormente los gibraltareños se pronunciaron por plebiscito sobre su estatus internacional. En 1967 apoyaron seguir bajo control británico, en un referéndum que Naciones Unidas juzgó contrario a sus resoluciones. Con esta votación, Gibraltar intentó la independencia, pretensión que fue rechazada por Naciones Unidas porque debían tenerse en cuenta la posición jurídica de España, que estaba en el origen de la cesión territorial. En un segundo referéndum que tuvo lugar en 2002, los gibraltareños rechazaron un plan de cosoberanía, aunque en aquel momento Reino Unido no se planteaba abandonar la Unión Europea, circunstancia que hoy ha cambiado. Las autoridades de Gibraltar y el Reino Unido sostuvieron entonces que al haber manifestado los gibraltareños su voluntad de seguir siendo un territorio bajo soberanía británica, no cabía ya un proceso de descolonización. Pero la ONU respondió categóricamente que es esta organización quien debe decidir cuándo concluye el proceso de descolonización.

Estos antecedentes demuestran que los dos intentos de independencia (en 1967) y de régimen dependiente del Reino Unido (Orden constitucional de 2006) no pueden poner fin a la situación colonial de Gibraltar. Ninguna de las vías puede ser definitiva, como ha subrayado Naciones Unidas, por la simple razón de que el origen de Gibraltar fue una cesión territorial de un Estado constituido, España, a otro, Gran Bretaña, con una cláusula de retrocesión. Cualquier cambio en el estatus jurídico de aquella cesión da lugar a un derecho de España para recuperar el territorio, según el Tratado de Utrecht en el que se basa la cesión territorial<sup>5</sup>. También Reino Unido reconoció en 2006 que la independencia sería imposible sin el acuerdo de España, como recuerda el profesor Antonio Remiro<sup>6</sup>. Con ocasión de la nueva Constitución, el Reino Unido declaró que “it is constrained by the Treaty of Utrecht, and therefore independence would only be an

---

<sup>5</sup> ORTEGA CARCELÉN, Martín, “Gibraltar y el Tratado de Utrecht”, *ARI número 19/2013*, Real Instituto Elcano, 2013.

<sup>6</sup> REMIRO BROTONS, Antonio, “Gibraltar”, en *Cuadernos de Gibraltar*, Universidad de Cádiz, 2015, <http://catedras.uca.es/jean-monnet/revistas/cuadernos-de-gibraltar/contenidos/01/cgib01-numero-completo-full.pdf>, pp. 13-24, en p. 18.

option with Spain's consent" (Declaración conjunta de los Gobiernos de Reino Unido y Gibraltar del 27 de marzo de 2006).

La imposibilidad de la independencia, certificada por la ONU, junto con el deseo democrático de seguir en la Unión son dos hechos incontestables que ponen a los gibraltareños ante un dilema. Si Gibraltar quiere seguir la dependencia de Reino Unido, tendrá que quedar fuera de la Unión. Si, por el contrario, Gibraltar quiere ser un territorio de la Unión Europea, donde puede disfrutar de un estatuto especial, tendrá que hacerlo de la mano de España. Si esta es la vía elegida, los gibraltareños deberían solicitar a Reino Unido la negociación con España de un régimen de cosoberanía que respete la personalidad de Gibraltar.

## **2. Beneficios económicos**

La propuesta española para negociar presenta en segundo lugar la perspectiva de grandes beneficios para la economía del Campo de Gibraltar y la del Peñón. En la actualidad, la interdependencia de las economías es reconocida por todos. Los municipios del Campo de Gibraltar se han beneficiado de diversos planes industriales y siguen teniendo un enorme potencial en sectores como la transformación de hidrocarburos y la logística. Diversos estudios de la Cámara de Comercio de Gibraltar subrayan que unos ocho mil trabajadores españoles tienen sus puestos de trabajo en el Peñón, y que los ingresos de la región circundante provenientes de Gibraltar son muy significativos. Pero esos informes reconocen también que los beneficios son mutuos. Tanto por lo que se refiere al comercio como al turismo y los intercambios humanos, Gibraltar obtiene grandes ventajas de la región circundante. El mismo Fabian Picardo ha subrayado esa interdependencia. Ante el Parlamento Europeo, Picardo dijo el 30 de enero que la relación entre Gibraltar y la comarca era "una historia de éxito europeo, de la que hay que estar orgulloso"<sup>7</sup>. Además, en esa misma sesión, con un tono conciliador, apuntó que "Gibraltar would consider any reasonable solution to safeguard border flows"<sup>8</sup>.

Si la interdependencia es fuerte en la actualidad, una integración plena de Gibraltar en la región aumentaría los beneficios para todos. La eliminación de la verja y el auge de la cooperación en diversos sectores facilitarían el desarrollo de la zona, con elementos de base como el bilingüismo o el acceso a una población muy numerosa que incluye las provincias de Cádiz y de Málaga. Esto permitiría a Gibraltar consolidarse como centro financiero y de servicios dentro de las normas de la Unión Europea, en beneficio del conjunto de la región. El uso conjunto del aeropuerto supondría un relanzamiento de las comunicaciones y del

---

<sup>7</sup> "Picardo afirma que 'hay que estar orgullosos' de la relación entre el Peñón y la comarca", *Radio Algeciras*, 31 enero 2017, [http://cadenaser.com/emisora/2017/01/31/radio\\_algeciras/1485845033\\_704849.html](http://cadenaser.com/emisora/2017/01/31/radio_algeciras/1485845033_704849.html).

<sup>8</sup> "EU Parliament hears contrasting views on Gibraltar and Brexit", *Gibraltar Chronicle*, 31 enero 2017, <http://chronicle.gi/2017/01/eu-parliament-hears-contrasting-views-on-gibraltar-and-Brexit/>.

turismo. El emplazamiento estratégico entre Mediterráneo y Atlántico y de punto de encuentro entre Europa y África se vería potenciado también. A la espera de estudios económicos que cuantifiquen las ventajas de la eliminación de la frontera, cabe prever que este paso redundaría en un crecimiento económico sostenido.

### **3. Evitar una situación de aislamiento**

En tercer lugar, la propuesta española intenta evitar una situación indeseable para Gibraltar y la región circundante. La salida de Reino Unido de la Unión Europea conllevará el abandono de la libre circulación de mercancías, trabajadores, servicios y capitales también para Gibraltar. Esto convertiría la actual línea en frontera exterior de la Unión, y justificaría un mayor control en los flujos de todo tipo. Igualmente, Gibraltar perdería acceso a las ayudas y a las políticas regionales europeas. El documento preparado por la House of Lords, publicado el 1 de marzo, ya citado, reconoce explícitamente en sus conclusiones que “any loss of access to the Single Market in services, or to its cross-border workforce, could significantly harm Gibraltar’s economy”. Evidentemente, la transformación de Gibraltar en espacio extracomunitario impactaría también negativamente en las regiones vecinas, pero este impacto sería menor que el que debería soportar el Peñón. A pesar de la previsible pérdida de puestos de trabajo, el Campo de Gibraltar tiene una población superior a 250.000 habitantes y un entramado industrial y de servicios considerable. En cambio, la imposibilidad de aprovechar las libertades comunitarias de libre circulación de servicios y capitales que ahora disfruta sería un duro golpe para la economía gibraltareña.

La salida de Gibraltar de la Unión Europea abriría de nuevo la cuestión del posible aislamiento territorial del Peñón, previsto en el Tratado de Utrecht para evitar el contrabando y los riesgos a la seguridad de España. Hay que recordar que el levantamiento de esa incomunicación se realizó en los años 1980 al hilo de la adhesión de España a las Comunidades Europeas. La historia de esa época demuestra que la decisión se tomó con la convicción de que los intercambios iban a facilitar las negociaciones sobre la soberanía. La Declaración de Bruselas de 27 de noviembre de 1984 estableció un vínculo expreso entre el libre tránsito y el inicio del proceso negociador, en vísperas de la entrada de España en el Mercado Común. El hecho de que Reino Unido decida salir de la Unión ahora ejerce un efecto de *rebus sic stantibus* a la apertura de la frontera por parte de España y a los demás acuerdos hechos en aquel contexto. Es decir, un cambio fundamental de circunstancias con respecto al pacto de Bruselas permitiría la vuelta a la situación anterior.

### **4. Mejores relaciones entre España y Reino Unido**

La propuesta para la negociación de una cosoberanía con Reino Unido presenta también la enorme ventaja de normalizar este aspecto de las relaciones entre dos países que son socios y aliados. Las relaciones entre España y Reino

Unido son excelentes, pero es obvio que Gibraltar las enturbia en ocasiones y plantea cuestiones espinosas. La presencia de submarinos nucleares, los incidentes entre guardacostas, el vertido de bloques en el mar, el uso del aeropuerto son solo algunos ejemplos de situaciones embarazosas que sería mejor dejar atrás. Los excesos retóricos de las dos partes también deben ser abandonados. La cesión territorial hecha hace 300 años con un fin militar no tiene sentido hoy entre aliados, sobre todo cuando Reino Unido podría seguir utilizando la base. La naturaleza colonial especial que se dio posteriormente a la posesión británica no justifica la independencia, según ha declarado Naciones Unidas. Por tanto, se trata de una situación irregular que importuna las relaciones bilaterales, y que podría resolverse con buena voluntad de manera negociada y pacífica. Un acuerdo entre España y Reino Unido no afectaría a los intereses británicos y salvaguardaría los deseos de los gibraltareños.

## **5. Una integración definitiva de Gibraltar en la UE**

Por último, las ideas para la negociación presentadas por España permiten una integración específica pero definitiva de Gibraltar en la Unión Europea. Desde la entrada del Reino Unido en las Comunidades en 1972, Gibraltar ha gozado de un régimen especial, pues no se le aplica el régimen aduanero común, lo que de facto significa que la libre circulación de mercancías se ve afectada. Tampoco se aplica el IVA, y el territorio no participa en Schengen. En cambio, salvo esas y otras excepciones, el conjunto de normas de la UE son aplicables, y Reino Unido es responsable de ello según corrobora el artículo 355(3) del Tratado de Funcionamiento de la UE.

Este régimen especial ha planteado un importante problema por lo que se refiere a la fiscalidad y el contrabando. Al no imponer el IVA y al no aplicarse el impuesto especial que recolecta la Unión como arancel aduanero común (*excise duties*) frente a productos como tabaco y alcohol, Gibraltar importa muchos de esos bienes que después se usan para el contrabando hacia España con perjuicio para la hacienda española y comunitaria. La Oficina Anti-Fraude de la UE, OLAF, estimó en 2014 que más de la mitad del tabaco que se había introducido en España de manera ilegal provenía de Gibraltar. Del mismo modo, se permite el aprovisionamiento de combustible a buques sin pagar esos impuestos indirectos, lo que equivale a una competencia desleal.

Por otro lado, por lo que se refiere a la fiscalidad directa, Gibraltar está obligado por las reglas de la UE, y por las normas comunitarias sobre compañías mercantiles y sobre prácticas financieras, a pesar de lo cual ha utilizado su posición especial para facilitar la elusión fiscal. En concreto, la Comisión Europea ha iniciado una investigación sobre los acuerdos con 165 compañías sobre exención de impuestos (*tax rulings*) entre 2011 y 2013, compañías que muchas

veces no tenían en Gibraltar más que una sede ficticia. La Comisión estima que esos pactos fiscales equivalen a ayudas estatales, prohibidas por los artículos 107 y siguientes del TFUE. La investigación no está terminada pero el informe de la Comisión es demoledor.<sup>9</sup> Igualmente, la exención de impuestos en el juego online realizado por compañías basadas en el Peñón ha abierto un caso entre Reino Unido y Gibraltar. Utilizando otra ficción, Gibraltar permitía a las empresas radicadas allí pagar ganancias de apuestas sin deducir impuestos, cuando los ciudadanos que ganaban esas apuestas tenían que pagar impuestos del 15% en Reino Unido y del 25% en España. Resulta interesante subrayar que esta cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE sea un litigio entre el propio fisco británico y la asociación de apuestas de Gibraltar (GBGA). En este caso, el Abogado General de la Unión Europea ha manifestado que Reino Unido y Gibraltar no pueden considerarse dos entidades separadas a la hora de cumplir normas sobre impuestos<sup>10</sup>. El 13 de junio de 2017, el Tribunal de Justicia de la UE falló, en efecto, que Gibraltar debe aceptar los impuestos sobre el juego *online*.

Las diversas prácticas de Gibraltar sobre impuestos descritas hasta aquí suponen un grave perjuicio para la hacienda española para la británica y para la de la propia Unión, que también deja de recaudar el arancel de los productos que vienen del exterior y que son destinados a contrabando. Es cierto que las autoridades de Gibraltar han hecho esfuerzos por cumplir los estándares introducidos en los últimos años sobre blanqueo de dinero y otras normas financieras. Sin embargo, estos esfuerzos no son suficientes, como demuestran los casos perdidos por Reino Unido en nombre de Gibraltar ante el Tribunal de Justicia de la UE, o las advertencias repetidas de la OCDE hacia el Peñón. La posición de Gibraltar entorpece otros aspectos de la cooperación comunitaria, como por ejemplo la declaración de Lugares de Importancia Comunitaria (LIC) en el mar, que afecta a la pesca y la protección del medio ambiente, una cuestión que dio lugar a una crisis continuada entre 2013 y 2015,<sup>11</sup> o también el avance de la legislación en asuntos de justicia e interior, o en la regulación de la aviación civil.

Si Gibraltar quiere seguir perteneciendo a la Unión Europea, como demostró claramente el referéndum, sus prácticas jurídicas y económicas deben respetar la legalidad europea. Gibraltar puede disfrutar de un régimen especial dentro de la UE. Puede convertirse en un centro financiero y de servicios de primer orden en

---

<sup>9</sup> Comisión Europea, Informe en el caso sobre ‘*United Kingdom - Gibraltar corporate tax regime*’, C(2014) 6851 final, 01 octubre 2014: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/250265/250265\\_1784365\\_398\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/250265/250265_1784365_398_2.pdf).

<sup>10</sup> Conclusiones del Abogado General de la UE, fechadas 19 enero 2017, en el asunto C-591/15 sobre impuestos en los juegos de azar (UK vs. Gibraltar), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186974&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=502462>.

<sup>11</sup> Alejandro del Valle habla de una verdadera situación de bloqueo en esos años: DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro, “Gibraltar, ‘año cero’: *Brexit*, cosoberanía y nuevas oportunidades de España”, *ARI número 75/2016, Real Instituto Elcano*, 2016.

el contexto de su región. Para todo ello debe definir un nuevo *modus operandi* acorde con su deseo de pertenecer a la Unión. La propuesta negociadora de España enfatiza que, a partir de una soberanía hispano-británica, Gibraltar seguiría “beneficiándose de la libre circulación de trabajadores y capitales y de la libre prestación de servicios... Además, España velará para que Gibraltar se beneficie de las políticas de la Unión Europea y propondrá a ésta que se establezcan las excepciones necesarias para tener en cuenta las especificidades de Gibraltar, siempre compatibles con el Derecho de la UE”.

## V. GIBRALTAR DEBE DECLARAR UNA MAYORÍA DE EDAD

El resultado del referéndum sobre el *Brexit* muestra que los gibraltareños están preparados para tomar decisiones importantes sobre su futuro. La perspectiva de la independencia ha sido negada repetidamente por Naciones Unidas. Los controles aduaneros de una frontera exterior harían que la economía de Gibraltar sufriera un fuerte descenso, y que los problemas jurídicos con España se multiplicasen. Frente a este escenario indeseable, los gibraltareños tienen la oportunidad de declarar una mayoría de edad con respecto al tutelaje británico y tomar un nuevo curso de acción. El 96% de la población que declaró su preferencia por permanecer en la Unión Europea puede solicitar a Reino Unido negociar con España para mantener su estatus europeo. La propuesta de cosoberanía tiene en cuenta los intereses de los gibraltareños y de toda la región. Es una propuesta abierta e inclusiva. En el momento actual, el antiguo dilema entre ser británicos o españoles ya no tiene sentido, porque los gibraltareños pueden disfrutar las dos nacionalidades a la vez. El verdadero dilema es entre ser ciudadanos europeos o guardar un estatus colonial anticuado y posiblemente aislado.

Por lo que se refiere a la economía, el actual modelo económico de Gibraltar no tiene recorrido en un escenario de salida de la Unión Europea. Un posible aislamiento impediría el acceso al territorio circundante y a los mercados europeos. La mayoría de edad de los gibraltareños también debe referirse a la viabilidad económica en el futuro. El deseo democrático de pertenecer a la Unión Europea ha de ser consistente con el cumplimiento de las normas comunitarias sobre actividades económicas, empresariales y financieras. Es el precio de participar en el primer polo económico mundial, con el mayor nivel de vida, de derechos y libertades.

El referéndum sobre el *Brexit* reveló que existe una brecha entre los intereses de Reino Unido, por un lado, y los intereses de Gibraltar por otro. Incluso aunque al final Reino Unido decidiese no terminar el proceso de separación de la UE (porque se produzca un vuelco en la opinión pública por ejemplo) el plebiscito del 23 de junio habría demostrado la enorme diferencia de intereses entre la colonia y la metrópoli. En estas circunstancias, los gibraltareños deberían tomar una decisión coherente sobre su futuro, sin abandonar sus características propias ni

su personalidad. El punto de partida de Gibraltar justifica un estatuto específico que debe consagrarse en el marco de la Unión Europea. La propuesta de negociación ofrecida por España es adecuada, ya que Gibraltar podría disfrutar de una gran autonomía, de acuerdo con el artículo 144 de la Constitución española, similar o superior a la que tiene actualmente, guardando su carácter británico y añadiendo un elemento español que, de hecho, ya existe por las intensas relaciones con su entorno.

Hoy en día, la posición de los gibraltareños sobre la propuesta de soberanía conjunta es reticente, aunque también se observan distancias con las posiciones de Reino Unido. Es posible que, con el paso del tiempo, las ventajas de dicha propuesta se hagan más evidentes. Incluso, comienzan a detectarse actitudes en Gibraltar que pueden abrir la puerta a futuros acuerdos. Ante el Parlamento Europeo, el 30 de enero de 2017, el Ministro Fabian Picardo afirmó: “Gibraltar has always had a different status in the EU to the UK and in so far as the remaining member states agree and Gibraltar wishes, we should be able to enjoy any opt in or make other realistically and geographically sensible arrangements”<sup>12</sup>. En Reino Unido comienzan a escucharse voces muy autorizadas que reclaman un nuevo estatuto para Gibraltar. El exministro para Europa Denis McShane ha subrayado que el *Brexit* plantea graves problemas para Gibraltar<sup>13</sup>. Peter Hain, que ocupó varios puestos en Gobiernos laboristas, ha escrito que Reino Unido debería compartir soberanía sobre Gibraltar con España<sup>14</sup>. Y el experto en cuestiones fiscales Oliver Bullough ha apuntado que Reino Unido debería estar más preocupado por evitar que Gibraltar siga siendo un paraíso fiscal que por cuestiones de soberanía<sup>15</sup>. Manifestaciones como estas están dando lugar a una corriente de opinión en el mismo Reino Unido que los gibraltareños deberían tomar en serio.

## VI. CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA CON FUTURO

El resultado del referéndum sobre el *Brexit* muestra una tensión entre los intereses británicos y los gibraltareños. La salida de Reino Unido de la Unión Europea significará muy probablemente una pérdida del acceso a las libertades comunitarias por parte de Gibraltar. Al convertirse en territorio extracomunita-

---

<sup>12</sup> “EU Parliament hears contrasting views on Gibraltar and *Brexit*”, *Gibraltar Chronicle*, 31 enero 2017: <http://chronicle.gi/2017/01/eu-parliament-hears-contrasting-views-on-gibraltar-and-Brexit/>.

<sup>13</sup> McSHANE, Denis, “Don’t mess with the Rock: An insider’s account of the last Gibraltar fire-storm” en el medio digital CITYAM, 6 abril 2017: <http://www.cityam.com/262448/dont-mess-rock-insiders-account-last-gibraltar-fire-storm>.

<sup>14</sup> HAIN, Peter, “Gibraltar once rejected a deal on its status. It will have to think again”, artículo de opinión en *The Guardian*, 6 abril 2017; y entrevista en *The Guardian* de la misma fecha: “Britain should ‘share sovereignty of Gibraltar with Spain’”: <https://www.theguardian.com/world/2017/apr/06/britain-should-share-sovereignty-of-gibraltar-with-spain-peter-hain>.

<sup>15</sup> BULLOUGH, Oliver, “Defend Gibraltar? Better condemn it as a dodgy tax haven”, en *The Guardian*, 9 abril 2017: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/apr/08/defend-gibraltar-condemn-it-as-dodgy-tax-haven>.

rio, los controles fronterizos deberán ser más exigentes, y la situación previa a la Declaración de Bruselas de 1984 puede restablecerse. Ante esta coyuntura, los ciudadanos de Gibraltar tendrán dos opciones: o bien deciden abandonar la Unión, como el Reino Unido, o bien apuestan por la permanencia a través de un acuerdo con España que respete su personalidad, su autonomía y tradiciones.

En octubre de 2016, España presentó una propuesta de nueva solución para Gibraltar, que incluía una cosoberanía hispano-británica sobre el territorio, una doble nacionalidad para los gibraltareños, una autonomía política, y un estatuto especial dentro de la Unión Europea, como ideas para iniciar las conversaciones. Es obvio que primero deben desarrollarse negociaciones multilaterales sobre el *Brexit*, y el caso de Gibraltar solo será tratado al final. Pero la propuesta española presenta claras ventajas y tiene en cuenta los intereses de todas las partes. Aunque corresponde al Reino Unido decidir sobre dicha propuesta, los ciudadanos de Gibraltar, que han manifestado casi unánimemente su voluntad de ser ciudadanos europeos, tienen en su mano reclamar un futuro acorde con su deseo de pertenecer a la Unión Europea.

Esta idea de asegurar un futuro estable es fundamental para Gibraltar, para España y para Reino Unido. La actual situación de Gibraltar es insostenible tras el *Brexit*. Un aislamiento de la colonia sería una fuente de dificultades para todos. En cambio, el acuerdo permitiría un relanzamiento económico de toda la región sostenible y conforme con las normas comunitarias. Resulta clave, pues, articular un encaje jurídico internacional y constitucional que permita una convivencia beneficiosa para Gibraltar y para España en el medio plazo.

# EL *BREXIT* Y GIBRALTAR: LA PERSPECTIVA DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS

**ALEGRÍA BORRÁS**

*Catedrática de Derecho Internacional privado.  
Profesora Emérita de la Universidad de Barcelona.  
Miembro del Institut de Droit International*

SUMARIO: I.—Introducción. II.—Elementos de hecho: 1. La entrada del Reino Unido en la Comunidad Europea; 2. Los efectos de la comunitarización del Derecho internacional privado; 3. El periodo transitorio; 4. La situación general. III.—La situación actual. IV.—¿Cuál es el futuro tras el *Brexit*?: 1. La determinación de la ley aplicable. 2. La competencia judicial internacional. 3. Reconocimiento y ejecución de resoluciones. V.—¿Hay otras opciones? VI.—Consideraciones finales.

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El *Brexit* puede ser examinado desde diferentes perspectivas, ya que sus consecuencias son perceptibles en los más diversos ámbitos<sup>2</sup>. El objeto de esta intervención es poner de relieve algunos de los aspectos relevantes relativos a la

---

<sup>1</sup> Este texto constituye la versión escrita de la intervención oral realizada en la Universidad de Málaga el 23 de febrero de 2017. Quiero aquí expresar mi agradecimiento por la invitación recibida de la Universidad de Málaga, la Escuela Diplomática y la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (en particular, en la persona de su jefe, el Prof. José Martín y Pérez de Nanclares) para pronunciar la conferencia de presentación de la mesa 3, dedicada al tema que figura en el título de este trabajo. Aprovecho esta ocasión, también, para recordar al que fue Catedrático de la Universidad de Málaga, Prof. Alejandro Rodríguez Carrión.

<sup>2</sup> Con carácter general, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La Unión Europea ante el desafío del *Brexit*: de la decisión de los Jefes de Estado y Gobierno a la activación del procedimiento de retirada”, *Actualidad Jurídica Uria-Menéndez*, 2016, pp. 7 ss.

incidencia que puede tener en la vida cotidiana de los ciudadanos y de las empresas. Sin duda, afectará a ciudadanos y empresas en Gibraltar y en el Campo de Gibraltar, pero además afectará a todos los europeos, sus empresas y los propios Estados miembros, preocupación presente en la reunión extraordinaria del Consejo Europeo de 29 de abril de 2017<sup>3</sup>.

Se trata de la primera vez que un Estado miembro abandona la Unión Europea y el art. 50 TUE no es fácil de aplicar y, menos aún, cuando tiene consecuencias para una situación compleja como es la de Gibraltar.

Se trata, por tanto, de abordar temas de Derecho internacional privado que resultan particularmente sensibles, tales como la cooperación de autoridades y reconocimiento y ejecución de sentencias, pero también los temas de competencia de autoridades y de ley aplicable. Y estas cuestiones afectan a las más diferentes materias, entre las que, sólo por poner algunos ejemplos, mencionaría la ejecución de sentencias de divorcio, temas de régimen económico matrimonial o sucesiones, régimen de sociedades, insolvencia, la amplia contratación internacional o los complicados temas de fiscalidad, de que se ocupa Antonio Pastor Ridruejo.

El tema de Gibraltar ha estado siempre presente en las negociaciones de los Convenios en materia de Derecho internacional privado y de los instrumentos comunitarios en esta misma materia. Puedo añadir en este punto que en mis más de treinta años de experiencia en las negociaciones en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y en el seno de la Unión Europea, el tema de Gibraltar ha estado siempre presente. Habiendo gozado habitualmente de una gran libertad en la parte técnica de las negociaciones, entre las instrucciones recibidas siempre se han encontrado las relativas a Gibraltar y, en consecuencia, nuestras relaciones con el Reino Unido. No es obvio recordar en este sentido que la adopción del denominado Convenio “Bruselas II” sobre asuntos matrimoniales y protección de los hijos comunes tuvo lugar el 28 de mayo de 1998, bajo presidencia británica del Consejo<sup>4</sup>. Cabe ahí subrayar que constituye el primer texto comunitario en el ámbito del Derecho de familia y es el importante antecedente de los Reglamentos 1347/2000 (“Bruselas II”) y 2201/2003 (“Bruselas II bis”).

Como final de esta introducción no puede dejar de destacarse algo en que inciden diversos intervinientes en este Jornada, cual es que en Gibraltar se votó ampliamente contra el *Brexit*, con la aplastante mayoría del 95,9% y una alta participación, que alcanzó el 84% de la población. Es un dato importante a tomar en

---

<sup>3</sup> Las conclusiones del Consejo pueden verse en el documento EUCO XT 2004/17, de 29 de abril de 2017. Sobre la posición en el Reino Unido en relación a Gibraltar, YTURRIAGA, J.A. de, "La larga marcha de Gran Bretaña hacia ninguna parte", La Ley Unión Europea, nº 47, 28 de abril de 2017.

<sup>4</sup> Publicado, juntamente con el Informe explicativo redactado por A. BORRÁS, en el *DO C* 221, de 16 de julio de 1998, El Grupo de trabajo en ese último periodo estuvo presidido por el escocés Peter Beaton y la delegación inglesa estuvo encabezada por Oliver Parker, del Departamento de Asuntos Constitucionales del Reino Unido. En el mismo sentido, en el apartado 2 de las Conclusiones del Consejo Europeo de 29 de abril de 2017.

consideración, ya que muchas de las preocupaciones tomadas en consideración por los gibraltareños pertenecen al bloque en que se incluye esta intervención, es decir, lo consideran altamente perjudicial. Sobre esta cuestión volveremos al final para tratar de ver cómo puede abordarse la situación.

## II. ELEMENTOS DE HECHO

Para tratar de aproximarse a la situación actual y su problemática, es preciso tomar en consideración algunos elementos fácticos.

### 1. La entrada del Reino Unido en la Comunidad Europea

Cuando el Reino Unido entró en la Comunidad Europea en 1972, España no era miembro y no tuvo, por tanto, ni voz ni voto en la negociación que llevó al ingreso del Reino Unido, con los detalles que al respecto nos ha proporcionado la Prof. Cristina Izquierdo. El significado de la incorporación del Reino Unido a las entonces Comunidades Europeas para Gibraltar fue en su condición de territorio europeo “cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro” (art. 79 Tratado CECA, art. 227.4 Tratado CEE (actual art. 355.3 TFUE) y art. 198 Tratado CEEA), sin que corresponda aquí entrar en cual fuera la exacta razón para la introducción de estas reglas<sup>5</sup>. Lo que sí está claro es que el ingreso del Reino Unido en las Comunidades Europeas significó claras ventajas económicas (y jurídicas, en lo que aquí nos afecta) para Gibraltar. En la perspectiva del Derecho internacional privado ya existía el Convenio de 1968 (“Bruselas I”) sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil y en 1980 se adoptó el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”). Fue sólo la entrada de España en las Comunidades lo que dio lugar a que se vieran problemas relativos a Gibraltar que no se habían planteado antes.

Las intervenciones de Manuel López Escudero y de Miguel Sampol han puesto el acento en los asuntos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que hacen referencia a Gibraltar y a la intervención española en tales casos y, aunque sólo indirectamente afecten al tema ahora tratado, ofrecen un excelente resumen de la situación de Gibraltar en la Unión Europea las conclusiones del Abogado General Sr. Machej Szpuner presentadas el 19 de enero de 2017 en el asunto *The Gibraltar Betting and Gaming Association*, en relación a una medida fiscal que se aplica a Gibraltar por tratarse de una situación puramente interna. La sentencia de 13 de junio de 2017 no puede ser más corta ni taxativa: "El artículo 355

---

<sup>5</sup> Sobre este tema, ANDRÉS, P., “La nueva propuesta española de soberanía conjunta: Gibraltar en la encrucijada *postBrexít*”, *Revista General de Derecho Europeo*, 41 (2017); ANTÓN, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, Valencia, 2011; IZQUIERDO, C., *Gibraltar en la Comunidad Europea: consecuencias sobre el contencioso hispano-británico y el proceso de construcción europea*, Madrid, 1996. En el mismo sentido, en el apartado 2 de las Conclusiones del Consejo Europeo de 29 de abril de 2017.

TFUE, apartado 3, en relación con el artículo 56 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que la prestación de servicios por operadores establecidos en Gibraltar a personas establecidas en el Reino Unido constituye, a efectos del Derecho de la Unión, una situación en la que todos los elementos se circunscriben al interior de un único Estado miembro" <sup>6</sup>.

## **2. Los efectos de la comunitarización del Derecho internacional privado**

La comunitarización o europeización del Derecho internacional privado ha tenido lugar mucho después y en ella España ha tenido siempre una posición activa. En cambio, el Reino Unido ha tenido siempre una posición diferente derivada de su particular participación en el espacio de libertad, seguridad y justicia, que ha influido de diversas formas en los instrumentos de la Unión Europea, aspecto general que no nos corresponde aquí examinar<sup>7</sup>. Pero, a los efectos que aquí interesan en relación a la vinculación del Reino Unido y los efectos para Gibraltar debe resaltarse algunos aspectos. Todo ello tiene trascendencia para Gibraltar, sin olvidar, además, que los gibraltareños son ciudadanos de la Unión Europea. Se trata de algunas cuestiones generales, sin destacar el régimen de sociedades y su trascendencia particular, de las que se ocupará el Prof. Juan José Álvarez.

### **a) La particularidad de la participación del Reino Unido en los instrumentos relativos a la cooperación civil**

La unidad y uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario constituye un principio al que se acude con carácter general y, en particular, la Comisión en relación a la cooperación judicial en materia civil. Pero esta uniformidad en la aplicación de los actos adoptados en materia de cooperación civil es sólo relativa, ya que se admitió una excepción para tres Estados miembros, Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Estos Estados se rigen por sus protocolos particulares, que definen su posición. Esta solución particular para estos Estados contradice el principio de uniformidad por razones de orden político y ha sido calificado como «el precio a pagar por la introducción, sin debates previos entre los Estados miembros, de una novedad en el Derecho comunitario como la incluida en el Título IV»<sup>8</sup>. Por lo que se refiere al Reino Unido, el Protocolo n.º 4<sup>9</sup> al Tratado de Ámsterdam, aunque

---

<sup>6</sup> Asunto C-591/15, *The Gibraltar Betting and Gaming Association*, Conclusiones en documento ECLI:EU:C:2017:32, y sentencia en documento ECLI:EU:C:2017:449.

<sup>7</sup> De forma general, BORRÁS, A., "Cooperación judicial civil", en BENEYTO, J.M. (dir.), MAILLO, J. y BECERRILL, B. (coords), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, tomo VIII: *Ciudadanía Europea y Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2016, pp. 445-518.

<sup>8</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé. Cours général, *Recueil des Cours*, La Haya, tome 287 (2000), p. 130.

<sup>9</sup> El Protocolo se refiere también a Irlanda pero, el objeto de este trabajo, hace excluirlo. Otro régimen diverso existe también para Dinamarca en el Protocolo n.º 5.

excluía en principio que participase « en la adopción por el Consejo de medidas propuestas en virtud del Título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea » (art. 1), sin embargo les permitía ejercitar la facultad que se denomina de *opting-in*, que ha venido ejerciendo bastante ampliamente. Así ha sido, esencialmente, en el ámbito patrimonial, por ejemplo, el Reglamento 44/2001 (“Bruselas I”) y su sucesor el Reglamento 1215/2012, en materia de competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias o, dada la amplia litigiosidad en materia concursal, el Reglamento 1346/2000 y su sucesor, el Reglamento 2015/848, que se aplica a partir de 26 de junio de 2017. Igualmente, en materia de ley aplicable, participa en el Reglamento 593/2008 (“Roma I”) en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales y en el Reglamento 864/2007 (“Roma II”) en materia de ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

### *b) Las particularidades del Derecho de familia*

Como regla general, los instrumentos en que se incluyan las medidas de cooperación en materia civil se adoptan con arreglo al procedimiento legislativo ordinario con excepción de las medidas relativas al Derecho de familia, para las cuales se utiliza el sistema de la unanimidad en el Consejo. Esto demuestra que se mantiene la sensibilidad de los Estados miembros respecto a los temas de Derecho de familia. La regla de la unanimidad ha planteado dificultades sea para la adopción de determinados textos, sea para la fijación de su contenido ya que ha significado tratar de encontrar soluciones aceptables para todos, incluso aunque no sean las mejores.

De ahí las dificultades y las limitaciones que acompañaron la adopción del Convenio de 1998 antes citado en materia de crisis matrimoniales y sus sucesores, el Reglamento Bruselas II y Bruselas II bis, aunque han participado todos los Estados miembros, incluido el Reino Unido. Las dificultades llegan, incluso, a que en el proceso ahora abierto de revisión con la propuesta de la Comisión de 2016, los cambios sean muy mesurados y no se toque en absoluto la materia matrimonial<sup>10</sup>.

En cambio, no ha sido igual la participación británica en materia de alimentos. El Reglamento 4/2009 quería avanzar en el camino de la supresión del exequátur en materia de alimentos. Pero esta supresión va vinculada a la cuestión de determinar la ley aplicable, pues la supresión del exequátur sólo es posible si todos los Estados aplican la misma ley. De acuerdo con el art. 15 del Reglamento, la ley aplicable se determinará por el Protocolo de La Haya<sup>11</sup>, teniendo

---

<sup>10</sup> BORRÁS, A., “What about matrimonial matters?”, *Recasting the Brussels IIa Regulation*, European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens’ rights and constitutional affairs, legal affairs, 2016, pp. 73-80, , también accesible en <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses> .

<sup>11</sup> Lo que se hizo en virtud de la Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley

en cuenta, además, que el Protocolo tiene efecto universal o *erga omnes* (art. 2), lo que significa que se aplica incluso si la ley aplicable es la de un Estado no contratante. Aunque la mayoría de los Estados miembros estaban dispuestos a seguir esta camino, no lo estuvo el Reino Unido y Dinamarca que quedan fuera del Protocolo. En efecto, mientras Irlanda ejerció el *opting-in* desde el principio y participó absolutamente en el Reglamento, el Reino Unido, de acuerdo con el protocolo relativo a su posición, aceptó con posterioridad a su adopción la aplicación del Reglamento, pero no del Protocolo<sup>12</sup>.

### c) *La irrupción de la denominada cooperación reforzada*

Relacionado con lo anterior, se encuentra la irrupción de la cooperación reforzada. Este procedimiento se utiliza para permitir el avance de la integración en supuestos en que no todos los Estados miembros se encuentren en condiciones de avanzar al mismo paso. Mediante este procedimiento, en supuestos en que no resulte posible adoptar una medida por el procedimiento ordinario, un grupo de Estados que lo deseen y cumplan los requisitos previstos para ello en el Tratado, podrán avanzar más rápidamente. El art. 20.2 TUE claramente dice que la cooperación reforzada solo puede emplearse “como último recurso, cuando haya llegado a la conclusión de que los objetivos perseguidos no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto y a condición de que participen en ella al menos nueve Estados miembros”. Esta disposición remite a lo dispuesto en los arts. 326 a 334 del TFUE, que regulan en detalle el funcionamiento de las cooperaciones reforzadas. No obstante, la utilización de este procedimiento tiene carácter excepcional y su regulación no es particularmente clara<sup>13</sup>. No deja de ser significativo que, hasta la fecha, sólo haya sido utilizado en dos ocasiones, debiendo subrayar en este caso el Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III)<sup>14</sup> y en el que el Reino Unido no participa<sup>15</sup>.

---

aplicable a las obligaciones alimenticias, DO L 331, de 16 de diciembre de 2009. Piénsese que el art. 76 del Reglamento condicionaba la aplicación del Reglamento a la entrada en vigor del Protocolo. De ahí que en la decisión estableciera la aplicación provisional del Protocolo, cuya entrada en vigor se produjo el 1.º de agosto de 2013.

<sup>12</sup> Decisión de la Comisión de 8 de junio de 2009, relativa a la intención del Reino Unido de aceptar el Reglamento 4/2009, DO L 149, de 12 de junio de 2009.

<sup>13</sup> Al respecto, URREA, M., *La cooperación reforzada en la UE. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Madrid, 2002. También, X. Pons, “Las potencialidades de las cooperaciones reforzadas en la Unión”, *El Tratado de Lisboa: La salida de la crisis constitucional* (J. Martín y Pérez de Nanclares, coord.), Madrid (Ed. Iustel), 2008, pp.627-660 y, del mismo autor, “Unificación, armonización y flexibilidad: Algunas reflexiones en torno a la primera cooperación reforzada establecida en el marco de la Unión Europea, *Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegria Borrás*, Madrid, 2013, pp. 749 ss..

<sup>14</sup> DO L 343, de 29 de diciembre de 2010.

<sup>15</sup> Considerando 6 del Reglamento.

### **3. El periodo transitorio**

Una dificultad práctica nueva va a presentarse como consecuencia del *Brexit* en relación con el periodo transitorio. En efecto, hasta el momento presente ningún Estado miembro había salido de la Unión y, en cambio, son varios los Estados que se han convertido en miembros de la Unión o los supuestos en que un instrumento anterior es sustituido por uno posterior. Como ejemplo del primer supuesto, baste señalar la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 2017<sup>16</sup>, en que la primera cuestión se refiere a la aplicación temporal del Reglamento 1215/2012, teniendo en cuenta que la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea se produjo el 1.º de julio de 2013 y los hechos a que se refiere el caso se produjeron en 2010. La respuesta es que, de conformidad con el art. 66, apartado 1, del Reglamento éste se aplica a las acciones ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015 y, en el presente caso, el litigio se planteó ante el tribunal remitente el 21 de abril de 2015, siendo esta la única fecha relevante. Como ejemplo del segundo supuesto sirve el apartado 2 del art. 66 del mismo Reglamento, que establece que el Reglamento 44/2001 se continuará aplicando a las resoluciones dictadas a raíz de acciones ejercitadas antes de dicha fecha.

Quizás ahí deba señalarse una diferencia importante entre los Convenios internacionales y los instrumentos de la Unión Europea: En los Convenios internacionales hay siempre la posibilidad de denuncia con plazos y términos previstos y bajo el paraguas general del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados y, específicamente, en sus arts. 54 y siguientes. Si se menciona el caso concreto de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, un ejemplo puede constituirlo el art. 64 del Convenio de 2007 en materia de obligaciones alimenticias, que prevé la denuncia del Convenio y sus condiciones.

Hay dificultades prácticas para el momento actual que fácilmente pueden verse: en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado se ha tendido a pensar que hay que preparar un periodo transitorio para participar en el instrumento de que se trate hasta la plena incorporación. Va a ser nuevo negociar las condiciones de la salida. No va a ser fácil y va a ser muy sensible negociar esta nueva situación.

### **4. La situación general**

Aunque de forma breve, no puede dejar de mencionarse un último elemento, sin que ello signifique que tenga una menor importancia. Como ya se ha dicho, se produce la salida del Reino Unido después de 45 años de “unión con desamor”<sup>17</sup>, con todas las particularidades que se han puesto de relieve. Pero no

---

<sup>16</sup> Sentencia de 9 de marzo de 2017, asunto C-551/15, Pula Parking d.o.o. c. Sven Klaus Tederahn, ECLI:EU::2017:193, nota en *Revista Jurídica de Catalunya*, en prensa.

<sup>17</sup> MANGAS, A., “¿Brexit? Escenarios internacionales y Gibraltar”, *Documento de trabajo* 9/2016, de 17 de junio de 2016, Real Instituto Elcano, p. 4.

puede decirse que se vuelva al punto de partida. Ha cambiado la Unión Europea y ha cambiado el Reino Unido. También ha cambiado la posición de España, que actualmente es miembro activo y muy participativo de la Unión Europea. Y, desde la perspectiva que aquí más interesa, ha cambiado la situación de Gibraltar y sus relaciones con España.

### III. LA SITUACIÓN ACTUAL

Los problemas que aquí nos ocupan se enmarca en la aplicación de la normativa comunitaria en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Debe tenerse en cuenta esta situación actual en relación a los cambios que puedan producirse en el futuro. Pero no todos los ámbitos del Derecho internacional privado son iguales ni presentan las mismas dificultades.

Aunque después señalaremos algunas posibles dificultades, no cabe duda que el ámbito de la ley aplicable puede resultar el más simple, ya que los Reglamentos de la UE incluyen lo que se denomina “aplicación universal o *erga omnes*” y, por tanto, la ley designada se aplica tanto si es la de un Estado miembro como la de un Estado no miembro. De ahí que en España se seguirán aplicando las normas incluidas en instrumentos comunitarios, aunque la ley designada sea la del Reino Unido, precisamente por esa característica de su aplicación universal. Otra cosa distinta es que tales instrumentos dejarán de aplicarse en el Reino Unido y, por tanto, en Gibraltar. La única posibilidad es utilizar su incorporación al ordenamiento interno británico para continuar su aplicación.

Más complejos resultan todos aquellos sectores que implican una cooperación de autoridades y ahí, puede incluirse la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones y todos los sectores de cooperación judicial (notificaciones y obtención de pruebas, en particular) y todo ello afectando tanto a los ámbitos comerciales como a los de familia y sucesiones. Se trata del problema de la imposibilidad, por parte de España, de aceptar cualquier tipo de relación directa con las autoridades de Gibraltar, sino en su condición de territorio no autónomo dependiente del Reino Unido.

Las dificultades señaladas al principio y que aparecen en toda negociación como consecuencia del Tratado de Utrecht, encontraron su salida en el régimen acordado (*arrangements*) notificado en el documento del Consejo 7998/00, de 19 de abril de 2000, que establece que cuando las decisiones de un Tribunal de Gibraltar hayan de ejecutarse directamente por un Tribunal u otra autoridad con poder para hacerlo de otro Estado miembro según las disposiciones pertinentes del instrumento en cuestión, los documentos en que consten esas decisiones del Tribunal de Gibraltar serán certificados como auténticos por *The United Kingdom Government/Gibraltar Liaison Unit for EU Affairs of the Foreign and Commonwealth Office* (“La Unidad”) con sede en Londres, en las condiciones previstas en el intercambio de

notas recogido en la Resolución de 20 de febrero de 2001 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores<sup>18</sup>. Como se dice en el propio texto, el detonante fue la adhesión de España al Convenio de Bruselas de 1968, pero, como consta en el apartado 5 del Anexo, el régimen establecido “se aplicará entre los Estados miembros de la Unión Europea” a otros instrumentos posteriores de la Unión Europea. Debe destacarse que indica, además, que el régimen acordado se aplicará a “los siguientes tratados relacionados con instrumentos de la Unión Europea”, que de forma lógica por su vinculación con el Convenio de Bruselas de 1968 son el Convenio de La Haya de 1965 en materia de notificaciones, el Convenio de La Haya de 1970 en materia de obtención de pruebas en el extranjero y, de forma bastante más sorprendente, el Convenio de La Haya de 1980 en materia de aspectos civiles de la sustracción internacional de menores que, en aquella fecha, aún no se había extendido a Gibraltar precisamente por la necesidad de colaboración de autoridades y aunque nada tenía que ver con el Convenio de Bruselas de 1968.

No quiere decir que con ello terminaran los problemas y, así, el retraso en la ratificación por España y el Reino Unido del Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de niños se atribuyó, en un cierto momento, al problema de Gibraltar. Debe recordarse al respecto que el del Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de niños no tiene cláusula de adhesión para las Organizaciones Regionales de Integración Económica (ORIE o, más comúnmente, REIO, por su denominación inglesa). El proceso que ha llevado a su entrada en vigor en los Estados miembros ha sido complejo, pero hay un dato que debe subrayarse: en este caso no se discutió que había competencia comunitario y que, por tanto, los Estados miembros debían firmar y ratificar el Convenio en nombre propio y de la Unión Europea. Por esta razón, los entonces Estados miembros, salvo Holanda que lo había hecho antes, firmaron conjuntamente el Convenio el 1.º de abril de 2003 y formularon la declaración prevista en la Decisión del Consejo 2003/93/CE, de 19 de diciembre de 2002, en virtud de la cual las resoluciones dictadas en los Estados miembros incluidas también en el Reglamento 2201/2003 se reconocerán en los demás Estados miembros según las normas de dicho Reglamento. La situación del Convenio resulta más complicada si se tiene en cuenta que algunos de los nuevos Estados miembros habían ratificado el Convenio con anterioridad a su entrada en la Unión Europea. En un intento de clarificar, uniformizar y evitar la fragmentación el Consejo adoptó la decisión 2008/431/CE<sup>19</sup> para que, a ser posi-

---

<sup>18</sup> Resolución de 20 de febrero de 2001, de la Secretaría General Técnica, sobre el Convenio relativo a la Adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, con las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión de la República Helénica, hecho en Donostia (San Sebastián) el 28 de mayo de 1989 (publicado en el Boletín Oficial del Estado número 24, de 28 de enero de 1991), *BOE* de 8 de marzo de 2001.

<sup>19</sup> *DO L* 151, de 11 de junio de 2008.

ble, los Estados miembros concluyeran los procedimientos internos de ratificación en un plazo de dos años, que permitiera depositar simultáneamente los instrumentos de ratificación o adhesión antes de 5 de junio de 2010 y, los que no lo hubieran hecho, formularan la citada declaración. Pero no todos los Estados miembros lo consiguieron, con la consecuencia de que se aceptara que cada Estado Miembro lo fuera haciendo cuando pudiera. A los efectos que aquí interesan, debe decirse que el último Estado miembro en depositar la ratificación fue Italia, para quien entró en vigor el 1.º de enero de 2016.

Desde la perspectiva que aquí interesa, fue en el seno del Consejo donde la presidencia finlandesa entonces de turno (2.º semestre 2006) preguntó por el problema de la ratificación por España y por el Reino Unido en relación al problema de Gibraltar. En el seno de la Conferencia de La Haya en la Comisión Especial sobre aplicación del Convenio de 1980 y situación del Convenio de protección de niños, que tuvo lugar entre los días 30 de octubre a 9 de noviembre de 2006<sup>20</sup>, intervinieron diversos Estados miembros de la Unión Europea y el representante del Consejo para manifestar su interés en el Convenio de 1996 y la intención de que todos los Estados miembros estuvieran en condiciones de ratificar el Convenio en el plazo más breve posible. De forma específica, fue Australia (por tanto, Estado no miembro de la Comunidad y que ya había ratificado el Convenio) quien interrogó por el problema de Gibraltar. Para tal caso, España y el Reino Unido realizaron una declaración conjunta, por primera vez en la Conferencia de La Haya, mostrando su intención de arreglar la cuestión de Gibraltar en relación al Convenio de 1996 en pocas semanas<sup>21</sup>. Como se ha indicado, al final no hemos sido los últimos en ratificar el Convenio.

Así se llegó al denominado “Régimen acordado relativo a las Autoridades de Gibraltar en el contexto de los Acuerdos mixtos (2007)”, aplicable a partir de 19 de diciembre de 2007, que extendió el régimen de 2000 a los “acuerdos mixtos”, entendiéndose por tales aquellos que contienen disposiciones en que algunos de sus elementos son competencia de la Comunidad y otros competencia de los Estados miembros y en los que son Partes la Comunidad (si el instrumento en cuestión lo permite) y los Estados miembros, como consecuencia de una decisión del Consejo.

---

<sup>20</sup> La Comisión Especial fue presidida por la Juez irlandesa Catherine McGuinness. Sobre la reunión, Borrás, A., « Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores (30 de octubre a 9 de noviembre de 2006) », *Revista Española de Derecho internacional*, 2006, 2, pp. 1110 ss.

<sup>21</sup> Manifestando los participantes su satisfacción por el avance de las negociaciones, como se recoge en las actas de la reunión. Nº 9, de 3 de noviembre de 2006. Como anécdota puede añadirse que en la reunión en La Haya, John Stannley, observador del *International Centre for Missing & Exploited Children* y miembro de la *House of Commons* por el Partido conservador criticó duramente la tardanza en la adopción de los acuerdos y el poco interés en la protección de los niños. Tanto el representante del Reino Unido como de España reaccionamos fuertemente, subrayando que era la primera vez que habíamos llegado a hacer una declaración conjunta. Puedo añadir, que al día siguiente vino a excusarse y decir que su queja no era contra España, sino contra el Gobierno británico, por la lentitud con que llevaba un proceso que había prometido muy rápido.

Como consecuencia de todo lo anterior, baste ver la declaración de España al ratificar el Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de niños 22, en la que, en lo que aquí afecta, se dice:

“1. Gibraltar es un territorio no autónomo de cuyas relaciones exteriores es responsable el Reino Unido y que está sometido a un proceso de descolonización de acuerdo con las decisiones y resoluciones pertinentes de la Asamblea General de Naciones Unidas.

2. Las autoridades de Gibraltar tienen un carácter local y ejercen competencias exclusivamente internas que tienen su origen y fundamento en la distribución y atribución de competencias efectuadas por el Reino Unido, de conformidad con lo previsto en su legislación interna, en su condición de Estado soberano del que depende el citado territorio no autónomo.

3. En consecuencia, la eventual participación de las autoridades gibraltareñas en la aplicación del presente Convenio se entenderá realizada exclusivamente en el marco de las competencias internas de Gibraltar y no podrá considerarse que produce cambio alguno respecto de lo previsto en los dos párrafos precedentes.

4. El procedimiento previsto en el Régimen relativo a las autoridades de Gibraltar en el contexto de ciertos Tratados internacionales (2007) acordado por España y el Reino Unido el 19 de diciembre de 2007, se aplica al presente Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.”

Vinculado al anterior Convenio puede considerarse el Convenio de La Haya de 2000 sobre protección de adultos, ratificado por el Reino Unido sólo para Escocia, algo que permite el art. 55 del propio Convenio<sup>23</sup>. La realidad social nos muestra que un número muy considerable de nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea se trasladan a España tras llegar a su jubilación, donde adquieren una vivienda y residen bien de forma permanente o durante la mayor parte del año. Ello ha dado lugar a un incremento de los problemas relativos a las personas mayores, antes o con posterioridad a su fallecimiento. Este dato social es determinante para destacar la conveniencia de firmar y ratificar el Convenio de La Haya de 2000, pues baste reparar, de un lado, en que su art. 5 atribuye competencia a las autoridades del Estado de la residencia para adoptar medidas de protección de las personas y bienes del adulto, sin perjuicio de las previsiones particulares de los arts. 7 y 8. Y, de otro lado, permite al Estado donde están situados los bienes que adopte medidas de protección en relación con éstos. De suerte que ambos criterios convergen en las autoridades españolas en atención a la residencia o a los bienes de dichas personas en España, determinándose, además, que aquellas aplicarán su propia ley, esto es, la española (art. 13.1). No me corresponde entrar aquí en mayor profundidad en el interés que

---

<sup>22</sup> BOE 2 de diciembre de 2010.

<sup>23</sup> No es difícil imaginar que fue el interés que en el tema puso el Presidente de la Comisión que elaboró y aprobó el Convenio en la Sesión Diplomática fue el escocés Eric Clive lo que condujo a esta ratificación.

tendría para España y para el Reino Unido que el Convenio se aplicara en las relaciones mutuas. El *Brexit* debe tenerse también en cuenta en este contexto. Todo ello es particularmente pertinente en el contexto de esta Jornada, celebrada en la Costa del Sol y a ello se referirá sin duda la Prof. Maite Echezarreta<sup>24</sup>.

#### IV. ¿CUÁL ES EL FUTURO TRAS EL BREXIT?

Como ya se ha indicado, hasta ahora, todos los esfuerzos se centraban en ver en qué condiciones la normativa comunitaria podría aplicarse a Gibraltar, teniendo en cuenta su posición como colonia británica. Y no es lo mismo entrar que salir. Frente a todas las ventajas que Gibraltar (y también España y el Campo de Gibraltar, en particular) obtuvieron como consecuencia del ingreso en las Comunidades Europeas, la retirada del Reino Unido de la Unión Europea puede tener consecuencias muy negativas. Desde la perspectiva general del Derecho internacional privado (después los otros intervinientes en esta mesa tratan de algunos sectores específicos) voy a señalar algunos aspectos que son más relevantes<sup>25</sup>. Puede imaginarse, además de lo que se dice en los apartados siguientes, que no es imposible imaginar que el Reino Unido modifique de forma unilateral sus reglas internas, para mantener una regulación similar a la existente en los Reglamentos comunitarios.

No corresponde en este lugar entrar a la consideración de cuestiones particulares, aunque sean de gran importancia, como es el régimen de la patente europea con efecto unitario, que regulan los Reglamentos 1257/2012 y 1260/2012 y el Acuerdo sobre el Tribunal Unificado de Patentes<sup>26</sup> y teniendo en cuenta la posición española en esta materia.

---

<sup>24</sup> En la actualidad, son parte en el Convenio de 2000 Alemania, Austria, Estonia, Finlandia, Francia, Mónaco, Reino Unido (sólo para Escocia), República Checa y Suiza. Además, ha sido firmado pero aún no ratificado por Bélgica, Chipre, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia, Letonia, Luxemburgo y Polonia. En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo de 1 de junio de 2017 contiene recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de adultos vulnerables y, además de reiterar el valor del Convenio de La Haya y la conveniencia de ser parte en el mismo, se pide a la Comisión que haga una propuesta de acto de la Unión Europea sobre protección de adultos antes de 31 de marzo de 2018, tomando como modelo el citado Convenio de La Haya.

<sup>25</sup> Sobre estos temas, en general, ARENAS, R., “*Brexit* y Derecho internacional privado”, *Diario La Ley*, n.º 8797, 6 de julio de 2016; MIGUEL, A. de, “*Brexit* y litigios internacionales: primeras reflexiones”, *Diario La Ley*, n.º 8791, de 27 de junio de 2016. En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo de 1 de junio de 2017 contiene recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de adultos vulnerables y, además de reiterar el valor del Convenio de La Haya y la conveniencia de ser parte en el mismo, se pide a la Comisión que haga una propuesta de acto de la Unión Europea sobre protección de adultos antes de 31 de marzo de 2018, tomando como modelo el citado Convenio de La Haya.

<sup>26</sup> Reglamento 1257/2012, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente (*DO* L 361, de 31 de diciembre de 2012; Reglamento 1260/2012, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción (*DO* L 361, de 31 de diciembre de 2012); Acuerdo sobre el TUP de 19 de febrero de 2013 (*DO* C 175, de 20 de junio de 2013). Sobre este tema, en general, GANDÍA, M. A., “Las consecuencias de un eventual *Brexit* en el sistema de la patente unitaria”, *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 3.

## **1. La determinación de la ley aplicable**

Antes ya he indicado que el sector más simple es el de la ley aplicable, pues las autoridades españolas seguirán aplicando las normas de conflicto de los instrumentos de la Unión, que les remiten a cualquier legislación, de un Estado miembro o no miembro. Ello implicará, por tanto, la aplicación, en su caso, del Derecho del Reino Unido, aunque no sea ya miembro de la Unión Europea. Así pues, ello ocurrirá en materia de contratos (art. 2 del Reglamento 539/2008), en materia de obligaciones extracontractuales (art. 3 del Reglamento 864/2007, en materia de separación y divorcio (art. 4 del Reglamento 1259/2010), alimentos (art. 15 del Reglamento 650/2012, que remite al art. 2 del Protocolo de La Haya de 2007), sucesiones (art. 20 del Reglamento 650/2012) o regímenes matrimoniales (art. 20 del Reglamento 2016/1103, que se aplicará a partir de 29 de enero de 2019).

Esta sencillez, no obstante, puede verse empañada en algunos casos. Uno, sería en los supuestos en que, por ej., en un contrato se designase la ley inglesa como aplicable y pudiera resultar contraria a normas imperativas del foro, como pueden ser las normas comunitarias en materia de libre competencia. Otro caso sería aquel en que la norma de conflicto exige una cierta vinculación con un Estado miembro, como es el caso del art. 7 del Reglamento Roma I en relación a la ley aplicable a los contratos de seguro, que exige que se cubran riesgos localizados en el territorio de un Estado miembro.

## **2. La competencia judicial internacional**

En lo que se refiere a la competencia judicial internacional, el Reglamento 1215/2012, sucesor del Reglamento Bruselas I y del Convenio de Bruselas de 1968 (recordemos que es el que desencadenó el acuerdo y la creación de *The Unity*) se aplica sólo si el demandado se encuentra domiciliado en un Estado miembro (art. 6), salvo los supuestos de competencia exclusiva (art. 24), acuerdos de elección de foro a favor de los tribunales de un Estado miembro (art. 25), contratos concluidos por consumidores (art. 18) o contratos individuales de trabajo (art. 21). De ahí que, con carácter general, se aplicarían las normas de los arts. 22 a 22 nonies LOPJ, sin que entremos aquí a considerar lo acertado o no de estas normas.

Ya se ha apuntado si habría alternativas a esta posibilidad. Evidentemente, no cabe resucitar el Convenio de Bruselas de 1968, pero cabría pensar si el Reino Unido estaría dispuesto a participar en el Convenio de Lugano, asumiendo compromisos similares a los de Suiza, Islandia o Noruega y lo aplicara a Gibraltar. Esta solución no es fácil y, además, el Convenio de Lugano de 2007 difiere del Reglamento Bruselas I bis, sin olvidar también que incluye los alimentos, frente a lo que ocurre en la Unión y el Reglamento 4/2009, a que ya se ha hecho referencia. No puede dejar de mencionarse, en este sentido,

que ya en su momento se cuestionó si el “régimen acordado” se aceptaba en relación al Convenio de Lugano, algo que tanto España como Reino Unido respondieron afirmativamente en la reunión del Comité Permanente del Convenio de Lugano, que tuvo lugar en 2001<sup>27</sup>, posición que no se ha modificado en relación al nuevo Convenio de Lugano de 2007.

Una cuestión particular en este ámbito es que el Reino Unido, como los demás Estados miembros, está vinculado por el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 en materia de acuerdos de elección de foro<sup>28</sup>. En este caso, cabe plantearse si el Reino Unido estaría dispuesto a participar en este texto a título individual y, por supuesto, a aplicarlo a Gibraltar. Pero, en todo caso, se trata de un ámbito muy limitado, que no cubre el gran vacío que dejaría la aplicación del Reglamento Bruselas I y de su sucesor Bruselas I bis.

Si pasamos al ámbito del Derecho de familia, el Reglamento Bruselas II bis no requiere con carácter previo el domicilio del demandado en un Estado miembro, pero los criterios de competencia en materia de divorcio se basan esencialmente en la residencia habitual en un Estado miembro o en la nacionalidad de un Estado miembro (art. 3 del Reglamento 2201/2003) y, en el caso de responsabilidad parental, en la residencia del menor (art. 8 del mismo Reglamento). La situación cambiaría notablemente en estos casos tras el *Brexit*. En el caso del divorcio, ya no servirían las soluciones de Bruselas II ni, incluso, soluciones como el Auto del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2003 en el supuesto de un divorcio dictado en Gibraltar<sup>29</sup>. En el caso de la responsabilidad parental, la participación en el Convenio de La Haya de 1996 proporcionaría una cierta solución, si el Reino Unido decide continuar siendo parte en el Convenio y modifica adecuadamente su declaración, aunque las modificaciones en curso de Bruselas II bis no podrían beneficiar a las relaciones bilaterales.

---

<sup>27</sup> BORRÁS, A., “La reunión del Comité Permanente del Convenio de Lugano (St. Gallen, 10-11 septiembre 2001)”, *Revista Española de Derecho internacional*, 2001, 1 y 2, pp. 726 ss. Es oportuno en este caso señalar que la última reunión de este Comité tuvo lugar en 2013 (al respecto, Borrás, A., “Reunión del Comité de expertos del Convenio de Lugano [Prangins (Suiza) 9-10 de septiembre de 2013]”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2014.1, pp. 341 ss.) precisamente por ausencia de voluntad de la Comisión. Ha sido ahora cuando Suiza ha tomado la iniciativa de convocar una nueva reunión en octubre, en la que, evidentemente, el *Brexit* tendrá un lugar importante.

<sup>28</sup> La Unión Europea firmó el Convenio el 1º de abril de 2009, de conformidad con la Decisión 2009/397/CE del Consejo (DO L 133, de 29 de mayo de 2009). Mediante Decisión 2014/887/UE del Consejo (DO L 353, de 10 de diciembre de 2014) la Unión se comprometió a depositar el instrumento de aprobación del Convenio en el plazo de un mes a partir del 5 de junio de 2015. Por lo tanto, de acuerdo con su art. 31, el Convenio entró en vigor entre México y la Unión Europea el 1 de octubre de 2015, habiéndose incorporado al Convenio posteriormente Singapur. Debe tomarse en cuenta particularmente la declaración que la Unión Europea formuló en relación al art. 21 del Convenio en materia de seguros.

<sup>29</sup> En este caso, se otorga el exequátur por el régimen de condiciones previsto en el art. 954 de la LEC de 1881, basándose en que va certificada por la Unidad de Enlace (*the Unity*) “y sin perder de vista la asunción del Reino Unido de las responsabilidades internacionales del territorio de Gibraltar a la luz del régimen concordado”.

Una importante cuestión, común a todas las materias, es la que se refiere a la litispendencia y conexidad o acciones dependientes. Al dejarse de aplicar la normativa comunitaria, en España se debería acudir a los arts. 37 a 40 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, con la desventaja que significa respecto a la normativa comunitaria ahora en vigor.

### **3. Reconocimiento y ejecución de resoluciones**

Como una consecuencia lógica de todo lo anterior resulta que, en lo que se refiere a reconocimiento y ejecución de resoluciones, se dejarían igualmente de aplicar los Reglamentos de la Unión Europea (Bruselas I bis en materia civil y comercial, Bruselas II bis en materia de matrimonio y responsabilidad parental, el Reglamento 4/2009 en materia de alimentos o en materia de insolvencia). En España se pasaría a la aplicación de las normas sobre reconocimiento y ejecución previstas en la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil, a no ser que exista algún régimen especial en el propio ordenamiento español, como en la Ley concursal (arts. 220 y ss). De ello deriva, por tanto, que las sentencias dictadas en Gibraltar no podrían beneficiarse de ningún régimen particular, a no ser que se utilizara alguna de las vías antes señaladas en relación al Convenio de Lugano o al Convenio de La Haya de acuerdos de elección de foro.

## **V. ¿HAY OTRAS OPCIONES?**

Con lo que de forma muy breve se acaba de exponer, se demuestra que el *Brexit* significa un enorme paso atrás en las relaciones entre España y el Reino Unido, en general, y, en consecuencia, entre España y Gibraltar en el ámbito del Derecho internacional privado y, por tanto, en la vida cotidiana de personas físicas y sociedades, en España y en Gibraltar. La recuperación por España de la facultad de controlar el paso por la Verja y las restricciones que España puede imponer a la residencia y actividades de los gibraltareños en España significa, sin duda, un paso atrás excesivamente costoso y doloroso. Igual puede calificarse la situación de los españoles, preferentemente de Campo de Gibraltar, que trabajan en Gibraltar. La adhesión de España en 1986 significó la libre circulación de personas, servicios y capitales y todas las consecuencias positivas que de ello se han derivado.

En este contexto, era impensable hace unos años imaginar que se avanzara tanto en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil<sup>30</sup>, que ha facilitado notablemente la vida de los ciudadanos y de las sociedades. Hay, además, principios generales que no pueden olvidarse y, como dijo en su intervención José Martín y Pérez de Nanclares, habrá que respetar los derechos adquiridos, de acuerdo con el

---

<sup>30</sup> En este sentido, CORERA, M., “*Brexit*: la gran oportunidad. ‘Nuestros británicos’”, *Diario La Ley*, nº 8914, de 3 de febrero de 2017.

art. 70, 1, b) del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados. Pero, al mismo tiempo, deberá regularse la situación cara al futuro, considerando los intereses de España y la actuación de Gibraltar, en particular, en materia de sociedades y de fiscalidad.

Como otro elemento que no puede olvidarse pues es fundamental es que, a diferencia de lo que ocurría en 1972, ahora sí que está España como miembro de la Unión Europea y puede vetar fórmulas que se propongan, pero también dentro de unos límites: si en los sectores del Derecho internacional privado a que afecta la comunitarización se quiere concluir un acuerdo con el Reino Unido, no lo hará España, puesto que la comunitarización y su proyección externa implicará que sea la Unión Europea y no España quien deba, en su caso, concluir un Convenio con el Reino Unido como Estado tercero. Constituye, sin duda, una excelente noticia que la Unión Europea se comprometa a tratar, en todo caso, con España las cuestiones relativas a Gibraltar, en general y, en nuestro caso, en relación a los temas de Derecho internacional privado. Si la regla general en las Conclusiones del Consejo del 29 de abril es (apartado 2) que "no habrá negociaciones por separado entre Estados miembros individuales y el Reino Unido sobre asuntos relativos a su retirada de la Unión", una regla específica se contiene en el apartado 24 en relación a Gibraltar: "Ningún acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido podrá aplicarse al territorio de Gibraltar sin acuerdo entre el Reino de España y el Reino Unido".

¿Cabría un estatuto global diferenciado para Gibraltar?<sup>31</sup> La propuesta de España para una soberanía conjunta hecha por el Ministro García-Margallo parece una salida favorable para todos los implicados y de la que todos sacarían ventajas de esa doble condición<sup>32</sup>. Como se decía al principio, los años transcurridos juntos en la Unión Europea no han caído en balde y la situación no es la misma ahora, ni los vínculos, de negocios y personales, creados entre España y Gibraltar. El Ministro Dastis, en una reciente intervención en las Cortes decía, en general, que es necesario un acuerdo entre el Reino Unido y España<sup>33</sup>. En todo ello subyace el tema de que Gibraltar no es un micro-estado, sino un territorio colonial y su régimen no puede equipararse al de Andorra, al de San Marino o al de Mónaco ni, por supuesto, al de Groenlandia. Por tanto, la posición de Gibraltar no puede ser independiente, sino vinculada a la salida del Reino Unido y a sus condiciones.

---

<sup>31</sup> ANDRÉS, P., "La nueva propuesta española de soberanía conjunta: Gibraltar en la encrucijada postBrexit", *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 41, 2017.

<sup>32</sup> Sobre el tema, una completa aproximación en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., "Brexit and Gibraltar: the Spanish proposal for joint sovereignty", *Spanish Yearbook of International Law*, 2016, pp. 305 ss.

<sup>33</sup> Textualmente afirmó que "hemos dejado claro en las instancias pertinentes que cualquier disposición que en el proceso del Brexit pudiera afectar a Gibraltar en su relación con la Unión Europea ha de ser objeto de acuerdo entre España y el Reino Unido", Cortes Generales, *DSCD*, Comisiones, XII Legislatura, 2016, n.º 84, p. 5.

Se ha hecho antes referencia al denominado “régimen acordado sobre las autoridades de Gibraltar”, en cuanto significó una fórmula en un determinado contexto, cual es el que significa que tanto España como el Reino Unido eran, en aquel momento, miembros de la Unión Europea y cabe ahora preguntarse si el régimen sigue siendo útil o, por el contrario, debe establecerse un nuevo régimen más acorde con las nuevas circunstancias<sup>34</sup>.

Finalmente, debe tomarse en consideración que, dentro de este tema, se aborda la cuestión de adquisición de la nacionalidad española por los gibraltareños de forma más simple y en un periodo breve, así como sin necesidad de renunciar a la nacionalidad británica. Pero, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, ello no sería en sí mismo y con carácter general una solución, dada la amplia utilización de la conexión a la residencia habitual. Cada materia necesitaría soluciones particulares y no siempre fáciles, por lo que es un tema que debería ser objeto de gran atención.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

En el tema que nos ocupa, el *Brexit* crea problemas de diverso tipo para España en general, para el Campo de Gibraltar en particular y para Gibraltar y entre ellos no ocupan un lugar menor los de Derecho internacional privado, en cuanto afectan a la situación de las personas físicas y las sociedades. La condición de Gibraltar como territorio no autónomo crea una problemática particular y condiciona lo que pueda ser el contenido de las reglas que se adopten en el futuro. Lo que resulta indudable es que debe alcanzarse una salida acordada a los problemas de la vida cotidiana que resultan de lo que ha sido la normalidad en los últimos años, que ya no son tan pocos y, por tanto, han entrado en los hábitos de las personas y las sociedades involucradas.

---

<sup>34</sup> Al respecto, ESCOBAR, C., “*Brexit*: algunas reflexiones desde el Derecho internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2016.2, p.22.



# **BREXIT Y GIBRALTAR: LA PERSPECTIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. INCIDENCIA SOBRE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

**JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO**

*Catedrático Derecho Internacional Privado. UPV/EHU.*

*Consejero-Abogado CUATRECASAS.*

SUMARIO: I.—Consideraciones preliminares. II.—Cinco cuestiones problemáticas vinculadas al *Brexit* y las personas jurídicas. III.—Sociedades mercantiles y libertad de establecimiento: la trascendencia del Pasaporte Europeo. Incidencia del *Brexit* en el sector financiero. IV.—El *Brexit* y Gibraltar: su proyección sobre el ámbito del Derecho de sociedades. V.—El *Brexit* y su incidencia sobre las reestructuras financieras. VI.—Conclusión.

## **I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

El proceso de ruptura inglés plantea muchísimas más incógnitas que certezas, inaugura un período de incertidumbre política y económica sin precedentes y dos años, el plazo fijado para que las negociaciones culminen en un nuevo Acuerdo o Tratado entre la Unión Europea (en adelante, UE) y el Reino Unido (en adelante, RU), se antoja demasiado breve como para poder concretar todos los complejísimos términos del nuevo estatus británico derivado de la ruptura, todo un proceso que requerirá metodológicamente en realidad dos Acuerdos que no podrán materializarse de forma sincrónica: uno que fije los términos de su salida y otro que establezca el marco de las futuras relaciones entre la UE y el RU.

Desde una dimensión jurídico-técnica, el *Brexit* simboliza el “reino” del Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr.), porque la fragmentación de regímenes jurídicos que se abrirán tras las negociaciones para fijar en los diferentes y atomizados sectores las relaciones UE-RU va a requerir del recurso a sofisticadas técnicas de reglamentación adscritas a la disciplina del DIPr., desde la dimensión de derecho transitorio hasta el ámbito material y por supuesto la vertiente procesal y las técnicas de reglamentación conflictuales (todo ello, en particular, en el marco de los negocios, los contratos mercantiles y la regulación societaria y financiera) y también en el ámbito normativo material o sustantivo, procesal y conflictual del Derecho concursal; en efecto, el DIPr. proyecta especial relevancia sobre el ámbito regulatorio de las situaciones empresariales de insolvencia y sobre las reestructuraciones financieras, que van a experimentar cambios catárticos tras el *Brexit* e influirá sensiblemente en la *vis atractiva* que gracias a su flexible regulación ejercían hasta el momento los tribunales (*forum*) británicos y la legislación (*Ius*) inglesa.

Junto a todo ello jugará seguro un papel protagonista la normativa transitoria, porque la dimensión temporal, es decir, cuándo cobre vigencia efectiva y sea de plena aplicación el futuro Convenio o Tratado bilateral que prevea los términos y condiciones de salida de la UE por parte del RU será una cuestión determinante en clave de seguridad jurídica.

La propia naturaleza jurídica, la *calificación jurídico-técnica* que deba otorgarse al hecho jurídico y político de la salida del RU conlleva derivadas legales muy importantes; así, en primer lugar, parece fuera de toda duda que tras cuarenta y cuatro años de pertenencia a la actual UE el grado de integración y de interacción entre lo estatal y lo supranacional es tan intenso que no resulta factible hablar de *Restitutio in integrum*.

En efecto, la imbricación recíproca es tal que cuestiona el propio juego de la regla del artículo 70 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, norma prevista para articular una respuesta acerca de las consecuencias derivadas de la terminación de los Tratados conforme a la cual los derechos, obligaciones y situaciones jurídicas creadas bajo la vigencia de un Tratado no perderán su validez jurídica tras su terminación.

Conforme a la tesis derivada de la aplicación del citado art.70 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados la salida británica, el abandono del Tratado no perjudicaría a las relaciones anteriores surgidas y creadas de buena fe constando Tratado, y, por ejemplo, y en la derivada respecto a particulares-personas físicas, si se hubiera adquirido-ejercitado el derecho de residencia o establecimiento constando Tratado tal derecho debería mantener su vigencia tras haberse materializado la «salida» del Tratado, en este caso el *Brexit*.

¿Es aplicable *per se* esta teoría de «derechos adquiridos constando Tratado» al caso ahora planteado con la salida del RU? no, no es extrapolable de forma

ni mimética ni automática, porque en puridad no estamos ante una denuncia del Tratado por parte del RU, sino ante el uso (art.50 Tratado de Lisboa) de las previsiones del propio Tratado para materializar el Derecho a su abandono contemplado en el mismo.

El RU ha sido, sin duda, y desde 1973, un socio europeo cualificado y muy especial al que hemos permitido un estatus singular y privilegiado; ¿cómo valorar su voluntaria marcha, con la enorme pérdida de beneficios que le supondrá una salida impulsada por la emocional, irracional e infundada reivindicación del viejo Imperio y de la independencia «real»? Ambas partes pierden, sí, pero si miramos con perspectiva, quien se va pierde mucho más.

RU supone menos de un quinto de la economía europea y sus 65 millones de consumidores contrastan con los 440 millones de europeos; Londres tendrá que renegociar, uno a uno, los más de 60 tratados comerciales que la UE tiene suscritos con terceros Estados, Tratados que para las empresas europeas, y entre ellas las españolas, suponen la apertura de nuevos mercados. Deberá, además, resolver el grave problema interno de Escocia y de Irlanda del Norte y otra compleja derivada de la negociación de su salida es que se pondrá término al «paraíso» fiscal y de desregulación gibraltareño: se acabaron las excepciones y tratos de favor porque lo negociado en 1973 decaerá con su salida de la UE.

La marcha del RU de la UE le coloca en una situación menos favorable que la de un Estado miembro. No debe haber castigo punitivo ni represalias; se trata simplemente de exigir al RU el cumplimiento de los compromisos suscritos; no se paga ningún precio por salir pero los británicos deberán abonar antes de irse sus compromisos, que en una inicial estimación de la Comisión Europea se elevan a 60.000 millones de euros.

No es posible, ni para el RU ni para ningún otro Estado, el mercado único a la carta: para la UE las cuatro libertades de circulación (personas, servicios, mercancías y capitales) a las que se añadió la trascendental «quinta» libertad de circulación, la vinculada al reconocimiento y/o ejecución de decisiones judiciales en el seno de la UE, libertad que nadie mejor que RU ha sabido rentabilizar en beneficio de su «industria jurídico-societaria», tal y como posteriormente será analizado.

En definitiva, ese núcleo de las cuatro libertades citadas, elemento troncal del mercado interior único, integra un «todo» innegociable e inseparable; no cabe, como pretende Theresa May, permanecer en el Mercado Único con sus enormes ventajas financieras, societarias y de intercambios comerciales y no aceptar al mismo tiempo la movilidad laboral y profesional dentro de la UE.

Las reflexiones que contiene esta aportación a la publicación de la «Jornada de estudio sobre el *Brexit* y Gibraltar. Un reto con oportunidades conjuntas», coorganizada por el Ministerio de Asuntos Exteriores, la Escuela Diplomática y

la Universidad de Málaga se centran en la dimensión de las personas jurídicas, de los negocios, de la libertad de establecimiento y de la prestación de servicios. Y en este sector las reglas del mercado impondrán su ley: ¿Podrá RU mantener su competitividad como economía y evitar la descapitalización que va experimentar tan solo con la anunciada medida de reducción a la mitad de su Impuesto de sociedades?; la respuesta es negativa, porque la clave no radica en convertirse en una especie de Singapur en Europa.

Las inversiones radicadas en RU en sectores como el financiero, el bancario, el de seguros, el juego de apuestas *on line* o todas las derivadas de las sociedades mercantiles radicadas allí perderán los beneficios inherentes a su todavía condición de entidades europeas hasta marzo de 2019: de ahí en adelante no tendrán ni ficha bancaria europea, ni licencia europea, ni personalidad jurídica europea que les permita ejercer en todo el territorio europeo las libertades de establecimiento y de prestación de servicios de las que ahora disfrutan.

El capital no conoce de patrias ni de banderas ni de lealtades identitarias. Busca la seguridad jurídica, huye de la incertidumbre y se localiza donde mayor beneficio de explotación puede obtener. Los ingleses siempre han sido excelentes negociadores. Es cierto. Pero no hablamos ahora de tácticas negociadoras sino de que por todas esas razones objetivas antes expuestas esa pléyade de inversiones se acabará trasladando desde el RU a territorio europeo salvo que el *Brexit* que se negocie no sea en realidad tal y se garantice el respeto a las reglas del Mercado Único; Noruega o Suiza, ambos Estados europeos no pertenecientes a la UE representan ejemplos de aplicación desde fuera de la UE de sus normas de mercado único y recíprocamente disfrutaban de los beneficios de tal mercado.

¿Qué modelo decidirá seguir el RU? Cabe adelantar ya que un bilateral Tratado de libre Comercio entre la UE y el RU no bastará para retener en territorio británico las ingentes inversiones societarias que ahora atesora.

## **II. CINCO CUESTIONES PROBLEMÁTICAS VINCULADAS AL BREXIT Y LAS PERSONAS JURÍDICAS**

1. Una de las consecuencias más relevantes del *Brexit* es la acusada atomización de respuestas jurídicas derivadas a su vez del factor de heterogeneidad de los múltiples sectores y problemas planteados. Esa fragmentación de regímenes jurídicos que va a generar el proceso de salida ya iniciado el pasado 29 de marzo obliga al recurso a técnicas adscritas al ámbito del DIPr.; en particular todo el sector vinculado a los negocios, a los contratos mercantiles y societarios, a la regulación económica, a las sociedades, al ámbito financiero o al sector de las insolvencias van a experimentar cambios de naturaleza catártica y que deberán tratar de encauzarse a través del Tratado bilateral UE/RU que regule los términos del nuevo estatus británico.

Lo que en ningún caso cabrá es una bilateralización de relaciones del RU con cada uno de los Estados miembros. Esta metodología negociadora iría en contra del sistema competencial de la propia UE, además de que debilitaría su poder negociador. Se trata, por tanto, de un escenario excluido. Cualquier futuro Convenio que pueda celebrarse con el RU en las materias en que existe normativa de la UE deberá serlo por la propia UE; no cabe concluir, en definitiva, convenios bilaterales por parte de los Estados de la UE con el RU.

2. Siendo ésta una realidad jurídica incontrovertida, el estatus de Gibraltar post- *Brexit* sí va a implicar necesariamente una negociación en la que España será actor protagonista, papel negociador del que carecimos en 1973 al no formar parte entonces de la CEE, y que concluyó en su momento con un estatus especial que ahora deberá necesariamente ser renegociado.

Gibraltar desea mantener a toda costa el acceso o su participación en el mercado interior; pero la evidencia jurídica sobre la que cabe tejer la prospección legal es que Gibraltar dejará de estar sujeto a la normativa de la UE en materia de sociedades, que apenas cumple, y también dejará de estar en vigor su privilegiado régimen fiscal y su régimen especial aduanero. Todo ello, y desde una vertiente negocial, deviene en una extraordinaria oportunidad para España que debemos saber gobernar en defensa de nuestro interés general.

La sentencia del TJUE (Gran sala) de 13 de junio de 2017, en el asunto C-159/156 (*The Gibraltar Betting and Gaming Association*) deviene clave en esta labor de prospección jurídica que cabe realizar: Gibraltar va a abandonar la UE y pasará a convertirse con el *Brexit* en territorio de un tercer país a efectos europeos.

En efecto, el asunto tiene su origen en el marco de un litigio entre *The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited* («GBGA»), por una parte, y los *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs* (Administración tributaria y aduanera, Reino Unido) y *Her Majesty's Treasury* (Hacienda Pública, Reino Unido), por otra, relativo a la legalidad de un régimen fiscal por el que se establecen impuestos sobre los juegos de azar. La GBGA es una asociación sectorial cuyos miembros son fundamentalmente proveedores de juegos de azar establecidos en Gibraltar que prestan servicios de juegos de azar a distancia a clientes en el Reino Unido y otros países. El 17 de julio de 2014, entró en vigor en el Reino Unido un régimen fiscal para determinados impuestos sobre juegos de azar, establecido por la *Finance Act 2014* y completado por las comunicaciones y directrices adoptadas por la Administración tributaria y aduanera. La GBGA interpuso ante el tribunal remitente un recurso mediante el que solicita el control de la legalidad del nuevo régimen fiscal a la luz del Derecho de la Unión. En este contexto, sostiene que los impuestos que deben pagarse en virtud de este régimen son extraterritoriales, que constituyen un obstáculo a la libre prestación de servicios y que discriminan a los proveedores de servicios establecidos fuera

del Reino Unido. Añade que tales impuestos no se justifican por los objetivos, esencialmente económicos, alegados por el Reino Unido. En consecuencia, considera que el nuevo régimen fiscal es incompatible con el artículo 56 TFUE.

La High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) planteó al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales, de las que aquí nos interesan las primeras:

"1. A efectos del artículo 56 TFUE y habida cuenta de la relación constitucional existente entre Gibraltar y el Reino Unido:

1.1. ¿Gibraltar y el Reino Unido deben tratarse como si fueran partes de un solo Estado miembro a efectos del Derecho de la Unión, de modo que el artículo 56 TFUE no es aplicable, salvo en la medida en que pueda aplicarse a medidas internas?

1.2. ¿O bien, a la luz del artículo 355 TFUE, apartado 3, Gibraltar tiene el estatuto constitucional de un territorio distinto del Reino Unido en el interior de la Unión, de modo que la prestación de servicios entre Gibraltar y el Reino Unido debe tratarse como un comercio intracomunitario a los efectos del artículo 56 TFUE?

1.3. ¿O bien Gibraltar debe tratarse como un país o territorio tercero, de modo que el Derecho de la Unión únicamente es aplicable al comercio entre ambos en los supuestos en que el Derecho de la Unión surte efectos entre un Estado miembro y un Estado no miembro?

1.4. ¿O bien la relación constitucional entre Gibraltar y el Reino Unido debe tratarse de algún otro modo a efectos del artículo 56 TFUE?"

La respuesta que ha dado el TJUE es clara y contundente:

"El artículo 355 TFUE, apartado 3, en relación con el artículo 56 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que la prestación de servicios por operadores establecidos en Gibraltar a personas establecidas en el Reino Unido constituye, a efectos del Derecho de la Unión, una situación en la que todos los elementos se circunscriben al interior de un único Estado miembro."

3. Entre las implicaciones más significativas derivadas del *Brexit* debe subrayarse la que se concreta en que para los Estados miembros decaerá la obligación de reconocimiento de aquellas sociedades constituidas en RU; tales sociedades dejarán de ser titulares del derecho o libertad de establecimiento (art.54 TFUE) e igualmente quedarán desprovistas de la titularidad del derecho o libertad de prestación de servicios (art.62 TFUE).

La construcción de un auténtico «Espacio de libre circulación de sociedades», consagrado en los Tratados pero sobre todo desarrollado por la jurisprudencia del TJUE desde 1988, con toda una serie de sentencias claves, de las que más de la mitad tenían su origen en sociedades radicadas en territorio británico.

La pérdida de ambas libertades para las sociedades británicas y la derivada legal tras el *Brexit* del no reconocimiento de la personalidad jurídica de tales sociedades conllevará sin duda la apertura durante el periodo transitorio previo a la

materialización de la salida de RU de numerosas operaciones de reestructuración empresarial.

4. En el marco estrictamente financiero la posible pérdida del *pasaporte financiero* está ya *de facto* retrasando decisiones de inversión y permite prever futuras deslocalizaciones; para las entidades y operadores radicados en RU que deseen seguir operando con los beneficios inherentes al mercado interior no hay más alternativa que el traslado a territorio europeo; «o *traslado o Tratado*», es decir, o se deslocalizan societariamente o las disposiciones del Tratado les dan cobertura para mantener su actual estatus, algo inviable caso de que la opción británica pase por consolidar el denominado *Brexit* duro.

Este sector de los servicios financieros tiene un impacto trascendental en la economía inglesa y es a su vez tractor de otra serie de operadores de gran relevancia local. Solo en Londres tienen su sede y operan desde ahí (y vía sucursales en el resto de Europa) doscientos cincuenta bancos extranjeros, extracomunitarios, que ocupan a cerca de 160.000 empleados.

Otro claro ejemplo puede apreciarse en el denominado *passporting* que brinda como mecanismo a las aseguradoras y cautivas la posibilidad de prestar sus servicios financieros a proveedores ubicados o radicados en otra «jurisdicción» de la UE sin necesidad de una nueva autorización en ese segundo o sucesivos territorios de la UE donde pasen a desplegar sus servicios y donde operan a través de sucursales o agentes. La pérdida de esta flexibilidad para extender territorialmente su marco de negocio tendrá un impacto considerable en la toma de decisiones empresariales y societarias y la opción de mantenerse en suelo británico sin poder desde ahí desplegar su negocio con la proyección territorial precedente y que comprendía toda la UE parece descartada.

En este sector la singularidad gibraltareña es patente: las empresas radicadas en Gibraltar que despliegan su actividad de servicios financieros están reguladas por la Comisión de servicios financieros de Gibraltar; la pretensión de «bilateralidad» anunciada por Gibraltar respecto a la continuidad de este sector no debe ser admitida y se abre de nuevo una oportunidad importante para los operadores españoles porque el *Brexit* es un claro evento de riesgo para el sector, y en particular para las aseguradoras, que solo contemplan dos alternativas: a) o que otra aseguradora radicada en territorio UE se haga cargo de sus pólizas, o b) trasladar su domicilio, es decir, una «redomiciliación» instalándose en suelo europeo y desde ahí continuar operando vía sucursales en el resto de Estados de la UE.

5. En el ámbito del Derecho de insolvencias o del también denominado Derecho concursal la previsibilidad en la aplicación de las reglas juega un papel fundamental a la hora de la toma de posiciones y de decisiones por los operadores empresariales. En este sector el derecho inglés representa un activo fundamental para la industria financiera que tiene su sede en el RU; la denominada «batalla por el derecho» se juega sobre la base de estándares de confianza y de previsibilidad.

¿Qué ocurrirá tras el *Brexit*? que tales factores de «competitividad normativa» británica decaerán, porque ni el Reglamento 1346/2000 ni su sustituto, el Reglamento 2015/848, en vigor desde el 26 de junio de 2017, serán de aplicación en RU; ¿cabría colmar tal laguna por la vía de un Convenio UE-RU? parece improbable tal posibilidad cuando la misma se ha negado, para esta materia concursal, a Dinamarca, Estado miembro de la UE. Y la derivada de tal ausencia de regulación normativa europea y de Convenio será la vigencia de las respectivas legislaciones nacionales (en nuestro caso, la Ley concursal de 2003).

Ello tiene enorme trascendencia: no se garantiza, respecto de un concurso o insolvencia abierta en RU ni el reconocimiento ni la inmunidad de las garantías reales constituidas o radicadas en otros Estados, factores determinantes para la necesaria cobertura de seguridad jurídica que los operadores empresariales y jurídicos ansían ante procesos de esta naturaleza.

A todo esto se añade la compleja situación a que queda abocada una de las instituciones estrellas de la normativa societaria británica; los «*Scheme of Arrangement*», porque su libre circulación y reconocimiento y/o ejecución fuera de territorio británico, hoy ya objeto de debate jurídico, quedará definitivamente frenada por el *Brexit*; toda la pléyade de multinacionales (entre ellas importantes empresas españolas) que han acudido a territorio británico buscando las ventajas y la flexibilidad de un procedimiento que permite una reestructuración de las deudas de un modo ágil dejarán de radicar o ubicar en territorio británico ese proceso de reestructuración de deuda. De nuevo emerge la oportunidad para competir en buena lid por un mercado importantísimo.

### **III. SOCIEDADES MERCANTILES Y LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: LA TRASCENDENCIA DEL PASAPORTE EUROPEO. INCIDENCIA DEL *BREXIT* EN EL SECTOR FINANCIERO**

Este sector va a resultar clave y estratégico en el marco de las negociaciones de salida ya iniciadas porque la descapitalización que para el RU y en particular para Gibraltar representará la «deslocalización» hacia territorio europeo, es decir, el traslado de sede que una pléyade de sociedades iniciarán si el Acuerdo no prevé la continuidad de las ventajas derivadas del Mercado interior será catártica para su economía y para su sistema financiero.

Gibraltar desea mantener a toda costa el acceso o la participación al menos en el mercado interior que permanecerá activo hasta marzo de 2019. Cabe recordar que Gibraltar quedó excluido de la Unión Aduanera y de la armonización fiscal debido al Estatuto especial que el Reino Unido pactó en 1973. El fin de ese régimen regulatorio para Gibraltar, tan singular como perjudicial para España, representa una oportunidad para nuestro país. Gibraltar dejará de estar sujeto a

la normativa de la UE en materia de sociedades, que apenas cumple, decaerá su régimen fiscal privilegiado y será sustituido por el que emerja tras las negociaciones enmarcadas en el *Brexit*.

El *Brexit* afectará, sin duda, a todos los sectores de la economía, tanto fuera como dentro del Reino Unido, y la decisión (políticamente hablando, otra cuestión será la inercia que marque la fuerza de los mercados) del RU de llevar a cabo un *Brexit* “duro” lo complica aún más. Los ámbitos afectados desde la dimensión del DIPr. son tan numerosos como heterogéneos (desde libertad de circulación de personas, temas fiscales o inmigración, a sectores más relacionados con el mundo mercantil), y esta reflexión se centrará, como ha sido indicado, en el ámbito de las personas jurídicas y en particular de las sociedades mercantiles, en cuanto agentes y actores protagonistas del ejercicio de tres de las cuatro libertades en que se fundamenta el mercado único europeo.

El denominado *Libro Blanco del Brexit*<sup>1</sup> alude de forma expresa al interés del RU en mantener el libre comercio con la UE, y por lo tanto, huir así de los temidos aranceles que se le aplicarán al RU en ausencia del acceso al mercado único; “(...) RU no tiene aranceles a la hora de importar o exportar bienes a la UE y el Gobierno podría buscar un acuerdo que permita una cierta continuidad para las empresas en este sentido. No tendría sentido empezar de cero», concluye gráficamente el documento. Nada que objetar, pero cabe tan solo recordar que tener aspiraciones no equivale a tener derechos.

Para conseguir dicho acceso al libre comercio y no perder las ventajas inherentes al mercado único el RU pretendía negociar bilateralmente acuerdos con los respectivos Estados miembros, algo inviable ante el reparto competencial instaurado en el seno de la UE: sólo con que ésta, con la UE, será posible articular el Acuerdo o Tratado que ahorme jurídicamente el nuevo estatus relacional derivado del *Brexit*.

Y en este contexto los operadores jurídicos europeos e ingleses están subrayando lo evidente: uno de los mayores y más catárticos efectos en el sector societario a causa del *Brexit* será la pérdida de la libertad de establecimiento, derecho que se recoge en el artículo 54º del TFUE y que ha sido desarrollado de forma muy expansiva por la jurisprudencia del TJUE. Conforme al tenor del citado artículo 54º TFUE,

“Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

---

<sup>1</sup> The United Kingdom’s exit from and new partnership with the European Union, Presented to Parliament by the Prime Minister by Command of Her Majesty, February 2017, disponible en [www.gov.uk/government/publications](http://www.gov.uk/government/publications).

Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.”

En lo relativo a la jurisprudencia del TJUE cabe destacar que jurisprudencialmente se ha construido un auténtico espacio para la libre circulación de sociedades dentro de la Unión, habiendo jugado el RU un papel fundamental en su construcción y desarrollo al haber sido el principal beneficiario de tal libertad. En efecto, ha sido una práctica común en la UE constituir en el RU sociedades que se radicaban económicamente fuera de allí. Algo que ha ocurrido en gran medida por lo beneficioso que es el sistema legal inglés para las sociedades, como sistema completo y por ser Londres el epicentro de muchos sectores punteros (finanzas, aseguradoras y cautivas o transporte, entre otros, como posteriormente será analizado).

Actualmente las sociedades domiciliadas en RU operan en toda Europa mediante su red de filiales disfrutando así de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios. La pérdida de dicha libertad de establecimiento y de prestación de servicios tras el *Brexit* privará a las sociedades constituidas en RU de la facultad de operar en los términos actualmente previstos en el derecho de la UE; en definitiva, tal derivada conducirá a que no podrán ya imponer a los Estados miembros el régimen del que ahora disfrutaban las filiales de sus sociedades domiciliadas en el RU.

Tras el *Brexit* tales sociedades dejarán de ver reconocida su personalidad jurídica en el resto de Europa lo que generará un altísimo número de reestructuraciones empresariales: o bien se procederá a escindir las sucursales radicadas en otros Estados miembros o bien se trasladará la sede de la sociedad ahora radicada en RU al Estado donde desarrolle su actividad económica<sup>2</sup>.

Es previsible que respecto a las sociedades británicas el futuro acuerdo prevea o contenga una regulación que *de facto* instaure un sistema similar al previsto para el establecimiento de sociedades extranjeras (extracomunitarias) en territorio de la UE.

En efecto, la salida de la Unión implicará la pérdida de tal beneficio y la lógica y obligada sumisión a las normas internas de cada Estado para poder contar con sucursales o filiales en distintos Estados o para fijar su domicilio y obtener así personalidad jurídica propia, algo que sucedía automáticamente en el contexto de la UE. También es importante apuntar que la salida implicará directamente la pérdida de cualquier libertad de establecimiento y prestación en la Unión, teniendo en cuenta que la realización de dichas actividades quedará vinculada a las normas internas de cada Estado, además de verse sujetas a la posible derivación

---

<sup>2</sup> En tal sentido, ARENAS GARCÍA, R., “*Brexit* y Derecho Internacional Privado”, *Diario La Ley*, nº8797, de 6 de julio de 2016.

de responsabilidad personal a los socios caso de que, como resulta previsible, se niegue personalidad jurídica propia a sociedades constituidas en RU pero cuya administración central o su sede real radique en un Estado de la UE.

De nuevo la derivada societaria es clara para toda esa pléyade de sociedades instaladas en el Reino Unido: *o Tratado o traslado*; es decir, para que no se produzca la caótica y complejísima situación de que sobrevenidamente carezcan de personalidad jurídica y pueda incluso reclamarse personalmente a sus socios por derivación de responsabilidad no hay otra alternativa que o prever en el Tratado de salida una aceptación *in toto* de las reglas del mercado único o el traslado de sede: así, por ejemplo, la sociedad «alemana», cuyo centro de actividad principal radica en este Estado pero que ha sido constituida en y domiciliada en RU e instala una filial o sucursal en Alemania dejará, tras el *Brexit*, de ver reconocida su personalidad jurídica, al radicar su sede en territorio no europeo y se verá obligada a cambiar su sede y, en el ejemplo propuesto, «reinstalarse» en Alemania y quedar sujeta al derecho alemán y deberá además realizar temporalmente tal operación societaria de cambio de sede con anterioridad a la materialización del *Brexit*.

Por tanto, la salida traerá como derivada legal que todas esas sociedades establecidas tendrán que buscar soluciones para conservar su personalidad jurídica, siendo según muchos expertos las mejores opciones o bien la escisión para la creación de una filial que tenga personalidad jurídica según el ordenamiento del Estado en el que se constituya o bien trasladar el domicilio de las sociedades a Estados miembros para conservar el estatus que la situación normativa de la Unión aporta<sup>3</sup>.

Otro aspecto en el que el *Brexit* afectará de una manera directa a las sociedades mercantiles inglesas será la pérdida del denominado societariamente *pasaporte europeo*, que hasta el momento trae aparejada la plena libertad de establecimiento es el marco societario de las adquisiciones y fusiones. Hoy día, gracias al acervo normativo europeo en materia societaria tales operaciones se realizan de una manera rápida y relativamente fácil sin necesidad de permisos especiales. La pérdida de la libertad de establecimiento implicará la necesidad de autorizaciones de los Estados en los que se encuentran las sociedades que se deseen adquirir o fusionar, encareciendo el proceso y prolongándolo en el tiempo.

Tampoco aquí cabe, tras el *Brexit*, exigir jurídicamente simetrías o reciprocidades normativas o de derechos; es decir, por mucho que RU desee mantener una situación normativa similar a la que tenía cuando su estatus era el de miembro de pleno Derecho de la UE o trate incluso de diseñar una normativa similar

---

<sup>3</sup> En tal sentido, vid. el excelente estudio de ARENAS GARCÍA, R., “El legislador europeo y el DIPR de sociedades en la UE”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.69/1, enero-junio 2017, Madrid, pp.49-73.

no podrá bajo ningún concepto exigir al resto de Estados que éstos acepten *per se* la misma<sup>4</sup>.

Dentro de la acusada sectorialización que impone el análisis de las derivadas jurídicas y económicas del *Brexit* el sector financiero merece ser estudiado detenidamente y de un modo independiente, al igual que el antes citado *Libro Blanco del Brexit* le reserva un capítulo específico. El motivo de este análisis independiente es que se trata sin duda del sector que más afectado se verá por la salida del RU de la Unión, tanto por su volumen como por su importancia, ya que supone un diez por cien del PIB británico y tiene una gran presencia en la City con la participación de agentes de otros muchos Estados.

¿Qué sectores engloba esta dimensión financiera? Este ámbito abarca ámbitos tan estratégicos y potentes como la banca, seguros, *asset management*, crédito, medios de pago y tarjetas de crédito, derivados, financiaciones, mercados de capitales, instituciones de inversión colectiva, depositaria, sistemas de compensación y liquidación, agencias de calificación, mediadores, distribuidores y comercializadores, sin olvidar las nuevas *Fintech* y canales alternativos<sup>5</sup>.

Este específico sector ha sido analizado de forma detallada por la Comisión Europea, que ha emitido un documento de trabajo en el que recoge como prospección futura, *post-Brexit*, el endurecimiento de los requisitos para que las «jurisdicciones» bancarias de terceros Estados puedan operar en el seno de la UE.

En efecto, la pérdida automática, salvo previsión expresa en tal sentido en el futuro Tratado de salida, de la libre prestación de servicios y establecimiento tratará de ser reemplazada por parte del Reino Unido por un *régimen de equivalencia*, algo que solo sería factible si se previera una armonización sustantiva de los estándares regulatorios y de supervisión británicos, lo cual podría permitir eliminar algunas de las principales barreras para que los bancos con sede en el RU ofreciesen sus servicios a los veintisiete Estados.

Se trata de una evidencia jurídica más de que la complejidad de la mera salida o ruptura del estatus preexistente será importante, pero mucho mayor será articular la negociación relativa a las relaciones posteriores a la salida de RU de la Unión, en especial en lo relativo a este ámbito de actividad económica. ¿Puede permitirse RU renunciar a este sector, y cómo impedirá que las empresas se relocalicen en otros Estados de la Unión?; ¿Cómo compensará la descapitalización brutal que tal fuga societario/financiera representará?

---

<sup>4</sup> “(...) Es previsible que, en todo caso, el Reino Unido contemple un régimen de establecimiento de las sociedades extranjeras relativamente similar al vigente. Sin embargo, el Reino Unido no podrá imponer a los Estados miembros de la Unión el régimen que actualmente disfrutaban tanto las filiales como las sucursales de sociedades domiciliadas en Reino Unido(...)”. Así lo expresan MACHUCA, J.C. Y SARMIENTO, D., “*Brexit*: Consecuencias jurídicas y empresariales del referéndum”, *Diario La Ley*, de 16 de junio de 2016, N.º 8784, p.3.

<sup>5</sup> En tal sentido vid. “Claves legales y tributarias sobre el *Brexit*”, Tax Alert, julio 2016, KPMG.

Desde la vertiente del acervo normativo europeo en el sector la salida de la UE implicará la no aplicación del mismo en suelo británico ni la extensión a las empresas radicadas en territorio británico de los beneficios derivados del mercado único; en particular, y a modo ejemplificativo, cabe citar la inaplicación de las normas UCITS y AIFMD, que funcionan como paraguas para la comercialización de ciertos productos financieros.

Nada impedirá que el RU decida unilateralmente desarrollar su regulación de un modo acorde con el de la UE y logre así conservar ciertos aspectos que faciliten el establecimiento y comercialización de empresas europeas en RU, pero esa decisión no vincula a la Unión y ésta podrá articular y desarrollar sus relaciones con RU como considere oportuno. Es decir, esta solución no implica que los Estados de la Unión otorguen a las matrices o a las prestadoras de servicios británicos establecidos en su territorio un trato como el dispensado actualmente por el Derecho de la Unión.

Un claro ejemplo de lo anterior sería la inaplicación del *Single Rule Book*, ya que aunque el nivel de supervisión que exige el Banco de Inglaterra no difiere del que éste requiere, el Banco Central Europeo dispondrá de mucho más poder para exigir requisitos, como puede ser la sede o el denominar las operaciones en euros, que dificultarán la situación de las empresas provenientes del RU<sup>6</sup>.

Otro claro ejemplo derivado de la normativa de la Unión Europea son las directivas MiFID (Directiva Sobre Mercados de Valores Financieros). MiFID I ha sido la aplicable mientras el RU ha sido un Estado miembro, pero el 18 de enero de 2018 entrará en vigor MiFID II, por lo que no llegará a aplicársele al RU, pasando así las entidades de RU a ser, en los términos utilizados por dicha directiva, «entidades de terceros países».

Y la nueva directiva endurece los requisitos para la prestación de servicios a minoristas (será necesario tener una sucursal en el Estado en el que se va a prestar el servicio), aunque el régimen sea diferente para prestar servicios a clientes profesionales. “(...) La MiFID II establecerá dos regímenes diferentes, teniendo distintas disposiciones para los clientes minoristas y los clientes profesionales. En la mayoría de los casos una entidad bancaria domiciliada en un tercer país sólo podrá llevar a cabo un negocio de inversión con un cliente minorista en un Estado miembro si el banco ha establecido una sucursal en dicho Estado miembro (...)”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Sobre el particular, vid. MACHUCA, J.C. y SARMIENTO, D., “*Brexit*: Consecuencias jurídicas y empresariales del referéndum”, *Diario La Ley*, de 16 de junio de 2016, N° 8784, p.4 y ss., “(...) El Banco Central Europeo y otras Instituciones de la Unión dispondrían de mayores poderes para exigir requisitos (...) que, hasta el momento, ha logrado evitar gracias a la pertenencia del Reino Unido en la Unión (...)”.

<sup>7</sup> En tal sentido, vid. MENDOZA LOSANA, A.I. y ALMARCHA JAIME, J., “La afectación multisectorial del *Brexit*: ¿cuáles son las consecuencias jurídicas?”, *Análisis GA&P*, Junio 2016, pp. 1-7.; sobre el particular vid. igualmente, LUTZ, G., “Ready por *Brexit*? - What companies should expect? July-2016, Client Update, p.1-10.

El *Brexit* tendrá así un doble impacto ya que por una parte será más complicado abrir una sucursal en un Estado miembro (por la pérdida de la libertad de establecimiento), y además esta sucursal será necesaria para prestar servicios de inversión bancaria a clientes minoristas. Por todo ello este nuevo escenario *post-Brexit* afectará de un modo innegable al sector financiero, sector fundamental de la economía inglesa.

#### **IV. EL BREXIT Y GIBRALTAR: SU PROYECCIÓN SOBRE EL ÁMBITO DEL DERECHO DE SOCIEDADES.**

Toda la afección negativa que el *Brexit* puede proyectar sobre la economía británica queda acentuada en el caso de Gibraltar. Por un lado, y gracias a su régimen fiscal ventajoso Gibraltar funciona *de facto* como paraíso fiscal dentro de la UE y sirve como sede de una pléyade de empresas, especialmente las del sector de juego *online*: la combinación de un régimen fiscal extremadamente competitivo con los beneficios que le confiere poder hacer uso del pasaporte europeo convierte en especialmente atractivo el territorio gibraltareño como sede las mismas.

En efecto, Gibraltar con su «vacío legal» o de desregulación estratégica, representa una suerte de *Meca del juego* dentro de Europa, desplegada con éxito empresarial en su modalidad *on line*, y se trata de otro sector en el que es previsible augurar una «migración», un traslado masivo de la sede de tales empresas, radicadas en su práctica totalidad en Gibraltar, hacia otro territorio europeo desde el que poder, tras el *Brexit*, seguir disfrutando de licencias de juego que ya no podrán ser de Gibraltar si se quiere ofertar tal servicio a clientes radicados en suelo o territorio europeo. Decaerá la licencia o permiso europeo que ostenta Gibraltar y de nuevo la solución solo puede venir o del traslado o del Tratado (es decir, que lo negociado entre la UE y el RU previera tal posibilidad, algo inviable sino se acuerda la continuidad de las obligaciones y derechos inherentes al mercado interior).

En el momento de redactar estas reflexiones no está todavía dictada la esperada resolución del TJUE vinculada a un debate «interno» entre el propio RU y Gibraltar y en relación a este sector del juego; las Conclusiones del Abogado general han sido claras: a los efectos de la libre prestación de servicios RU y Gibraltar son uno; es decir, no cabe dar cobertura legal a un régimen singular como el gibraltareño al margen del RU, consecuencia jurídica obvia pero no por esperable importante para hacer prospección en torno al futuro *post-Brexit*.

Siguiendo con el sector del juego *online*, que es probablemente el que más afectado se verá con el *Brexit*, desde que en 1999 Victor Chandler estableció en Gibraltar su empresa de juego *online*, ahora mismo acumula un 60% del mercado de dicho sector, que da empleo directamente a más de 3000 personas y reporta

unos beneficios brutos de 30.000 millones de euros. En efecto, más de 30 empresas gibraltareñas controlan el 60% del mercado mundial del ‘gambling’, generan 3.252 empleos directos y unos beneficios brutos estimados en 30.000 millones de euros, según la consultora H2 Capital.

El motivo para el establecimiento en Gibraltar, aparte del ya mencionado régimen fiscal ventajoso en general, es también el hecho de que estas empresas solo pagan el 1% de lo jugado o *win*, algo mínimo comparado con el 25% que se pide en Estados como España. Sumándole a esto su buena situación y entorno financiero fuerte hacen de Gibraltar un atractivo lugar para el establecimiento de dichas sociedades. El atractivo del Peñón es indudable: buenas comunicaciones en un entorno financiero fuerte, en el que la tributación general de las sociedades es del 10%. A eso hay que sumar el 1% que estas empresas de juego pagan en Gibraltar sobre el importe jugado o *win*.

Por todo ello resulta evidente que el *Brexit* supone una gran amenaza para dicho sector en su acusada «territorialización» gibraltareña, ya que para empezar implicaría la necesidad de licencias para poder operar en muchos Estados miembros cuando sus ordenamientos así lo requieran, todo ello por la pérdida de la libertad de establecimiento que el *Brexit* acarrearía. Su permiso decaerá y el resultado sería similar en otros países europeos que tengan una legislación similar. Si quieren seguir operando en estos Estados tendrían que trasladar su domicilio.

La duda es si estas empresas considerarán realmente el trasladar su domicilio a Estados miembros (Malta está comenzando a recibir parte de estas sobrevenidas «deslocalizaciones» obligadas por la de otro modo inevitable pérdida de los beneficios derivados de su licencia europea) para poder continuar haciendo uso de la libertad de establecimiento que la Unión les proporciona, o si preferirán seguir en Gibraltar por las ventajas que dicho *Overseas Territory* les proporciona.

Todo ello dependerá de la cuota de mercado que dichas empresas estén dispuestas a perder, siempre considerando que existen otros Estados que siguen siendo parte de la Unión con regímenes fiscales que pueden resultar también atractivos (por ejemplo, Malta), y que además por ser Estados miembros siguen disfrutando de la libertad de establecimiento y del pasaporte europeo.

Si España estuviera interesada en ser un atractivo lugar de establecimiento para las empresas de juego online que huyen de los efectos del *Brexit* sería necesaria una total reforma de la regulación española, un marco normativo mucho más atractivo que el actual para dicho sector, imposible con las trabas actuales para conseguir licencias y un impuesto que carga el 25% del *win*.

Los intereses de Gibraltar están especialmente enfocados en conseguir mantener la libertad de establecimiento y seguir siendo parte del mercado único, algo que también es uno de los objetivos principales del RU, y que haría que Gibraltar

conservara el atractivo del que ahora dispone pero que decaerá tras el *Brexit*.

Al tratarse de parte de RU, Gibraltar no cuenta con la opción de negociar por su parte con la Unión Europea o con los Estados miembros, por lo que las complicaciones son dobles en este sentido. Por una parte, porque son negociaciones complejas y con difíciles resultados positivos, y por otra, porque el Gibraltar no podrá tomar parte en estas de una manera directa.

Además, tampoco es conocido aun si RU tendrá realmente en consideración los intereses de Gibraltar a la hora de negociar su situación post- *Brexit* o si lo incluirá en el proceso de negociaciones, teniendo en cuenta que será uno de los mayores afectados con la inminente salida del RU de la Unión Europea. Es aquí donde cobran especial importancia las negociaciones de RU con España, en las que Gibraltar tiene un interés especial, por su cercanía geográfica y sus relaciones, especialmente en lo relativo a la frontera.

Por todo lo expuesto, cabe subrayar la situación de especial vulnerabilidad de Gibraltar ante el *Brexit*, por una parte, por su posición de *Overseas Territory* que le impide tomar parte activa en las decisiones que RU tome, y por otra parte, por lo unida que esta su actividad empresarial, en especial, el sector del juego online con el resto de Estados miembros de la Unión europea y a la libertad de establecimiento.

## **V. EL BREXIT Y SU INCIDENCIA SOBRE LAS REESTRUCTURACIONES FINANCIERAS**

Otro sector especialmente vinculado al Derecho societario y que ejerce una suerte de *vis atractiva* sobre las sociedades mercantiles es el de las reestructuraciones financieras, y en particular los procesos de insolvencia o concursales. ¿Cómo afectará el *Brexit* a este sector y a su normativa aplicable y qué efectos tendrá en las prácticas de las empresas y de los operadores jurídicos europeos e ingleses?.

Como antes se ha indicado, más aun que en cualquier otro sector éste reclama por parte de los operadores societarios y jurídicos previsibilidad y seguridad jurídica en la aplicación de las normas; existe además una imbricación estrechísima entre regulación financiera, regulación concursal y sus efectos sobre los contratos financieros y mercantiles, todo un haz de relaciones en las que hasta ahora el Derecho británico ha representado un activo fundamental para la propia industria financiera que tiene su sede en el RU.

Tal y como se expondrá a continuación, la era *post-Brexit* implicará la inaplicación de la normativa europea, y en particular los Reglamentos sobre insolvencia; de esta forma, y como ejemplo, si un concurso presentado en RU después del 29 de marzo de 2019 debe ser objeto de reconocimiento en España tal proceso se

articulará conforme a nuestra normativa interna española, que establece mayores restricciones a tal reconocimiento que la regulación prevista en los Reglamentos europeos.

La incertidumbre que abre la etapa *post- Brexit* proyecta su efectos sobre cuestiones troncales en este delicado sector de insolvencias, cuestiones tales como la oponibilidad-reconocimiento extraterritorial de las resoluciones dictadas en RU en relación a estas cuestiones, su incidencia sobre activos que estén situados en Estados de la UE o el régimen de garantías reales, entre otras cuestiones.

Todo ello desincentivará conductas empresariales y estrategias jurídicas muy frecuentes hoy día; en efecto, tras el *Brexit* la apertura de un procedimiento de insolvencia principal en RU respecto a sociedades que tengan activos en Estados de la UE perderá todo interés al no gozar las resoluciones dictadas en el marco de tal proceso de insolvencia del reconocimiento automático que hoy día otorgan los Reglamentos Europeos. Su incidencia será especialmente importante en el frecuente caso de grupos de sociedades y quiebras. Todo el sector de las denominadas «insolvencias transfronterizas» experimentará una mutación de hábitos jurídicos como consecuencia del impacto del *Brexit* en el estratégico y clave factor de seguridad jurídica y es muy probable que numerosas multinacionales trasladarán su sede u oficinas centrales europeas a territorio de un Estado miembro si tiene dificultades financieras, un traslado del COMI en sentido inverso al que hoy día tiene lugar, «reinstalándose» así en suelo europeo y dejando territorio británico ante la incertidumbre jurídica planteada por la nueva situación *post- Brexit*.

En efecto, conocido es que hoy día y en lo relativo a las Insolvencias en territorio europeo es aplicable el Reglamento 1346/2000 de la Unión Europea (de aquí en adelante “Insolvencias I”), aunque se verá inminentemente sustituido por el Reglamento 848/2015 (en adelante “Insolvencias II”) nueva norma que contiene una mayor regulación relativa a la competencia judicial, ley aplicable, coordinación entre procedimientos concursales y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras.

La mayor consecuencia derivada de la sobrevenida (tras la materialización del *Brexit*) inaplicación de tales normas en el RU será la pérdida de la posibilidad de ejecución automática con la que contaban las resoluciones judiciales, incluidas las aperturas de procesos, dadas por los Estados en los que las empresas insolventes tenían su COMI (*Centre of Main Interest*).

Este nuevo escenario sobrevenido provocará distorsiones que solo por la vía convencional podrían solventarse. Y esta vía parece de momento poco factible, más aun si tenemos en cuenta que la propia UE ha negado la posibilidad, con Dinamarca, de suscribir un Convenio bilateral en la materia. Por tanto, y en ausencia de normativa europea y de Convenio aplicable la solución remite a las

respectivas legislaciones nacionales, mediante los procesos de reconocimiento/ejecución que recogen las legislaciones de cada Estado (en el caso de España el exequátur previsto entre los artículos 220 y 226 de la Ley Concursal).

De este modo, y aparte de los sobrecostes económicos que pueda suponer, se prolongarán mucho en el tiempo estos procesos, con la especial importancia que este factor temporal tiene en el ámbito del derecho concursal.

Así, y en relación aun hipotético proceso a seguir en España para conseguir dicho reconocimiento, en el caso español se reconocerán mediante las normas contempladas en los artículos 220-226 de la Ley Concursal, que, a diferencia del Reglamento Europeo exige el reconocimiento a título principal de la declaración de apertura extranjera. Es decir, se precisa para el eventual reconocimiento y ejecución la previa tramitación de un procedimiento de exequátur, con los consiguientes retrasos, complicaciones y costes añadidos.

La inaplicación de dichos Reglamentos también afectará directamente a otros procedimientos como puede ser la denominada *pre-pack administration* o *el Company Voluntary Agreement (CVA)*. Estos también dejarán de gozar del reconocimiento automático que les proporcionaba ambos Reglamentos Europeos, por lo que en el caso de España también necesitarán de un proceso de exequátur para su reconocimiento y ejecución. A falta de otra regulación, habrán de regirse por las normas de reconocimiento de decisiones extranjeras contempladas en la legislación interna de cada Estado miembro.

Otro procedimiento que ha ganado muchísimo peso en los últimos años y también se verá directísimamente afectado por el *Brexit* es el denominado *Scheme of Agreement (SoA)*. Estos procedimientos se recogieron por primera vez en la parte 26º del Companies Act de 2006 de RU, y se trata de procedimientos que sirven para la solución de situaciones de bloqueo en las que una minoría se niega a alcanzar un acuerdo en cuanto a reestructuración. Concretamente así podría definirse: El SoA ofrece una solución a las sociedades de capital en aquellas situaciones en las que existe una mayoría que quiere imponer un acuerdo a la minoría cuando dicha circunstancia no viene permitida por el principio de relatividad de los contratos. Fundamentalmente, por lo tanto, el SoA es una figura que se usa para evitar situaciones de bloqueo (o en terminología anglosajona, “hold outs”)<sup>8</sup>.

Se trata de procesos con una gran relevancia e interés para las empresas por su flexibilidad, agilidad y rapidez, y requieren de dos resoluciones posteriores a la petición del deudor o acreedores: a) una resolución por la que se convoca a los

---

<sup>8</sup> En tal sentido, vid. BUIL ALDANA, I. y VALENCIA GARCÍA, F., “El *Brexit* y sus consecuencias jurídicas en el ámbito de las reestructuraciones e insolvencias: una primera aproximación”, *Diario La Ley*, nº8821, septiembre 2016, pp. 1-8.; sobre el particular vid. igualmente MIGUEL ASENSIO, p. a. de, «*Brexit* y litigios internacionales: primeras reflexiones», *Diario La Ley*, nº8791, 27 de junio de 2016, pp. 1-4.

acreedores afectados a la junta mediante una notificación personal, y b) otra resolución por la que el juez de forma discrecional sanciona el acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos tanto a aquellos acreedores que votaron a favor como aquellos acreedores que votaron en contra del citado acuerdo.

Muchas reestructuraciones en toda Europa se han llevado a cabo “localizándose” en el RU mediante este procedimiento, aunque las sociedades tuvieran su COMI en otro Estado miembro. Esto se debe a que los órganos ingleses tienen la competencia atribuida de para conocer de cualquier SoA, si concurren dos condiciones: a) que exista conexión suficiente (“*sufficient connection*”) con Inglaterra y b) que el SoA sea objeto de reconocimiento y despliegue sus efectos en aquellos Estados en los que el SoA deba ser eficaz, generalmente será el Estado en el que esté domiciliada la sociedad que se someta al SoA o tenga la mayor parte de sus activos.

El problema es el siguiente: las resoluciones dictadas en estos procedimientos siempre han despertado dudas en cuanto a qué norma se les aplica para su reconocimiento, ya que ninguno de los dos Reglamentos Europeos sobre insolvencias recogen esta modalidad de acuerdo en sus anexos habiéndose planteado siempre la duda de si son reconocibles mediante los procesos generales recogidos en el Reglamento 1215/2012 (Bruselas I-bis).

Ahora, con la salida de RU, creándose ese vacío normativo del que tanto hemos hablado, el reconocimiento de resoluciones relativas a procedimientos de SoA será aún más complicado y quedará regulado por las respectivas legislaciones nacionales.

Otro aspecto relevante a subrayar en relación a la incidencia del *Brexit* sobre este sector es el de las denominadas reestructuraciones transfronterizas, procedimientos que han cogido muchísima importancia en los últimos años. Y así, con mucha frecuencia, y en los supuestos en los que un grupo de sociedades quisiera declararse en concurso de acreedores, lo materializaba en RU (alegando que el COMI de todas ellas estaba en el RU), y conseguía que dicha declaración de concurso fuese reconocida en el resto de Estados miembros de un modo automático gracias o mediante el recurso a las previsiones del Reglamento de Insolvencias.

Esta generalizada práctica, posible gracias al reconocimiento automático recogido por Insolvencias I, ha posibilitado que muchos procesos de reestructuración se realicen de una manera más eficiente, evitando que se reestructure cada sociedad del grupo independientemente en su respectivo Estado miembro. La técnica se ha visto tan utilizada que se ha recogido dicha práctica en Insolvencias II.

Y de nuevo, como cabe apreciar que sucederá también en otros sectores, la salida del Reino Unido de la Unión traerá como consecuencia que no será posible

el reconocimiento automático de dichas resoluciones, con la derivada inevitable de que el RU perderá su atractivo como COMI de muchos grupos de sociedades en Europa que previsiblemente trasladarán el mismo a un Estado miembro para no perder los umbrales de libre circulación y de seguridad jurídica. Además, dificultando mucho las reestructuraciones transfronterizas para grupos de sociedades que tienen ahora su COMI en el RU.

Por todo lo analizado, es innegable el muy negativo impacto que para el “mercado” jurídico y de servicios tendrá el *Brexit* también en lo relativo a las reestructuraciones y procesos de insolvencia en general, ya que la inaplicación de los Reglamentos Europeos traerá un serio problema de ejecución y reconocimiento de resoluciones, en un sector en el que la rapidez en el reconocimiento y ejecución de las resoluciones tiene una importancia mayor que en muchos otros.

## VI. CONCLUSIÓN

Es el momento de trazar una estrategia de competitividad como país que englobe una actuación normativa audaz y a la vez sensata para que nuestro ordenamiento aporte elementos de flexibilidad, de seguridad jurídica y de adaptabilidad a un contexto societario, financiero y de negocios que va experimentar con ocasión del *Brexit* un cambio de dimensión tectónicas y que debemos saber aprovechar; el ejemplo de la reforma de la ley Concursal (Disposición Adicional 4.ª de la ley concursal de 2003) en materia de acuerdos de refinanciación posibilitando una novación de créditos en materia de plazos, quitas y otros aspectos es un paso en la buena dirección que debe extenderse a otros sectores para aportar un factor que juegue como atractivo, que incentive la mirada y la prospección de los operadores jurídicos y empresariales hacia nuestro sistema normativo y nuestras instituciones.

¿Qué debería hacer en particular España en este tiempo de transición y en relación a todas las cuestiones abordadas en esta reflexión? trasladar el criterio de competitividad al escaparate de los ordenamientos jurídicos; es decir, y como muchos expertos ya han expuesto, España debería iniciar un proceso de adaptación normativa en varios sentidos para captar toda esa potencial «inversión» latente tras la deslocalización territorial británica que va a representar el *Brexit*.

# **INCIDENCIA DEL *BREXIT* EN LA MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA DE JUBILADOS BRITÁNICOS. ALGUNAS COINCIDENCIAS CON LAS RELACIONES HISPANO GIBRALTAREÑAS**

**MAYTE ECHEZARRETA FERRER**

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Málaga*

SUMARIO: I.—Introducción. II.—Jubilados británicos en España; uno de cada tres extranjeros empadronados mayores de 65 años, lo son. III.—De cómo mantener el estatus quo de ciudadano europeo. IV.—¿Les preocupan a los británicos los derechos derivados de la ciudadanía europea? V.—¿Qué derechos preocupan más a los ciudadanos conectados al Reino Unido? VI.—Conclusiones a modo de reflexiones.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Estas reflexiones traen causa de la inquietud mostrada por parte de los gerontoinmigrantes (GI) o jubilados extranjeros<sup>1</sup>, en este caso de origen británico (GIB), residentes en España, ante la salida del Reino Unido de la UE (en ade-

---

<sup>1</sup> El espacio de observación en el que baso estas reflexiones es el de la gerontomigración o movilidad transfronteriza de jubilados, cuyo observatorio (OEG) coordino desde 2001 en colaboración con investigadores de diferentes disciplinas y cuyo seguimiento se realiza a través de la web <http://www.gerontomigracion.uma.es/>.

lante *Brexit*<sup>2</sup>) y la consecuente pérdida de la ciudadanía europea<sup>3</sup>. Derechos de propiedad, de circulación y residencia y, principalmente, derechos económicos, sociales y sanitarios preocupan a un colectivo de personas que han trasladado su residencia, temporal o permanente a España para pasar la última etapa de su vida y cuya principal expectativa, quizás la única, es el descanso en un escenario de buenas condiciones climatológicas, culturales y asistenciales, y con el aval de un destino cuya seguridad jurídica les compensaba el elevado riesgo de su decisión.

Los resultados de dicha observación he tratado de ir comparándolos a la luz de las consecuencias del *Brexit* desde la perspectiva de las relaciones hispano-gibraltareñas, tema nuclear de esta monografía, comprobando de un lado, que los británicos de Gibraltar en general y los jubilados británicos del litoral mediterráneo español coinciden en un claro posicionamiento favorable al *bremain*<sup>4</sup>, aunque no por las mismas razones. De otro, que las inquietudes de los GIB de las que parto, son las mismas que las de los jubilados españoles, actuales o futuros, trabajadores en empresas gibraltareñas, al coincidir en todos ellos su condición de acreedores de Cajas Nacionales de Sanidad y de Pensiones británicas como veremos posteriormente, por lo que el asunto de la ciudadanía europea resulta ser secundario. Y, finalmente, que ni a los gibraltareños ni a los GIB les interesa la adquisición de la nacionalidad española, ni para la totalidad de sus intereses, o, al menos de los que más les importan, ni por sus sentimientos identitarios.

En junio de 2016 irrumpió el *Brexit* en la vida de todos los ciudadanos conectados de un modo u otro con el Reino Unido y, lo hizo en contra de la voluntad de muchos británicos<sup>5</sup>, los que pudieron votar a los que me referiré posteriormente. A partir de dicho momento, se han sucedido numerosas manifestaciones de estos colectivos a favor de conservar la ciudadanía europea de la que, al parecer, se

---

<sup>2</sup> Recojo el término en minúscula y cursiva según recomendación de Fundeu <http://www.fundeu.es/recomendacion/grexit-Brexit-bremain/>

<sup>3</sup> Esta ciudadanía fue introducida en el Tratado de Maastricht de 1993 y se define en el artículo 20 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), originalmente denominado “Tratado de Roma” y firmado el 25 de marzo de 1957.

<sup>4</sup> Respecto a los gibraltareños el 96% de los votantes optaron por la permanencia. <http://www.parliament.gi/referendum/votespie/>. Vid. la puesta en marcha en Gibraltar de la iniciativa Stronger in Europe, de la abogada gibraltareña Gemma Vásquez defendiendo la idoneidad de seguir en el proyecto europeo. En total, un 95,1% de los gibraltareños defendió esta opción. Frente a esos 19.322 votos que apoyaron la permanencia en la UE, tan solo 823 votos, un 4,09% prefirió abandonar la UE. Pero no fue suficiente para el sí, ante la preocupación y el miedo de los gibraltareños que ven ahora peligrar sus privilegios y temen un cierre de la frontera con España.

<sup>5</sup> Vid el mapa del referendo en [http://internacional.elpais.com/internacional/2016/06/27/actualidad/1467045208\\_265698.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/06/27/actualidad/1467045208_265698.html). Sin embargo, británicos como Philip Smalley, que lleva una década viviendo en la localidad de la Viñuela (Málaga-Axarquía) de donde es concejal por Ciudadanos, votó por la salida de la Unión Europea con el fundamento de la corrupción. De otro lado, Maura Hillen, presidenta de la asociación Abusos Urbanísticos Almanzora No (AUAN) de Almería manifiesta: “Quienes hemos votado en contra lo hemos hecho porque el impacto para nosotros es más duro, especialmente, en nuestras pensiones”. Ella cifra en 15.000 los británicos que residen en esta provincia. Quien ha votado irse -dice- lo ha hecho con el corazón, no con la cabeza.

sienten orgullosos<sup>6</sup>, a través de diferentes iniciativas que veremos posteriormente. Y ello, porque cualquier modificación del estatus quo conlleva una serie de consecuencias jurídicas en cascada que suponen un alto grado de inestabilidad para los ciudadanos en general y en particular, para un colectivo de una edad avanzada no siempre aptos ni con mucho tiempo por delante, para adaptarse a los cambios ni para encajar incertidumbres. Hoy, se encuentran desconcertados, sin saber si tienen derechos adquiridos<sup>7</sup> y con la duda de si deshacen el camino andado o consolidan su proyecto de jubilación en España, decisiones que no solo afectan al proyecto personal de cada uno, sino a los lugares de destino como España que encuentran en estos colectivos un potencial de inversión y consumo relevante. Esta incertidumbre es común para todos los trabajadores dependientes de empresas británicas y, por supuesto, extensibles a los trabajadores españoles en Gibraltar.

## II. JUBILADOS BRITÁNICOS EN ESPAÑA; UNO DE CADA TRES EXTRANJEROS EMPADRONADOS MAYORES DE 65 AÑOS, LO SON.

La relevancia de los GIB residentes en España, sigue siendo de momento una realidad. Según el estudio de Antonio Abellán<sup>8</sup>, ocho de cada diez extranjeros mayores son europeos, y fundamentalmente de la Unión Europea (72,2% de

---

<sup>6</sup> Vid. el “Informe de 2017 sobre la Ciudadanía de la UE: La Comisión promueve los derechos, los valores y la democracia”. Cuatro de cada cinco europeos valoran especialmente la libertad de circulación que les permite residir, trabajar, estudiar y emprender un negocio en cualquier lugar de la UE (Eurobarómetro de diciembre de 2016 file:///Users/mayte/Downloads/CitizenshipReport-Summary-ES.pdf). Sin embargo, la falta de información impide a veces que los ciudadanos de la UE ejerzan su derecho a votar en las elecciones locales y europeas o que tengan presente su derecho a recibir protección consular en las embajadas de otros Estados miembros. El Informe de 2017 sobre la Ciudadanía de la UE expone las prioridades de la Comisión para seguir divulgando estos derechos y facilitar su ejercicio en la práctica. Migrar con derechos [http://www.migrarconderechos.es/noticias/IP\\_17\\_118](http://www.migrarconderechos.es/noticias/IP_17_118)

<sup>7</sup> En palabras de Araceli Mangas: “En cuanto a las propiedades, negocios y derechos adquiridos por los gibraltareños (como el resto de británicos) en España al amparo de la aplicación de las normas de la UE hasta la terminación de la membresía británica, no se verán afectados por la retirada de la UE. En efecto, los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas creadas por la ejecución de un Tratado durante su vigencia deberán ser respetados (art. 70.1.b, Convenio de Viena citado y de conformidad con el principio de respeto a los derechos adquiridos). De nuevo, a reserva de lo que se negocie con el Reino Unido para la relación futura, España debería defender encarecidamente sus intereses y no hacer concesiones gratuitas sin compensaciones adecuadas; por ejemplo, poniendo límites a la transmisión futura –inter vivos y mortis causa– de las propiedades y negocios de personas y sociedades gibraltareñas localizados en España. Mangas Martín, Araceli: (2016), “¿Brexit? Escenarios internacionales y Gibraltar”, DT, n.º 9/2016, Real Instituto Elcano, 17/VI/2016, [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/dt9-2016-mangas-Brexit-escenarios-internacionales-gibraltar](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/dt9-2016-mangas-Brexit-escenarios-internacionales-gibraltar). Vid. El Informe presentado en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo y elaborado por Antonio Fernández Tomás y Diego López Garrido que concluye que los derechos de los que han gozado los ciudadanos de Reino Unido por tener la ciudadanía comunitaria no son “derechos adquiridos” y por tanto se extinguirán con la salida de su país de los tratados de la Unión Europea (UE). [http://www.efc.com/FicherosDocumentosEspeciales/informe\\_derechos\\_Brexit.pdf](http://www.efc.com/FicherosDocumentosEspeciales/informe_derechos_Brexit.pdf)

<sup>8</sup> Antonio Abellán García, Alba Ayala García. ¿Qué ha pasado con los extranjeros mayores en los años de crisis económica? Blog Envejecimiento [en-red], 22 de febrero, 2017. ISSN 2387-1512. Disponible en: <http://bit.ly/2IFGXO2>

todos ellos), cuya colonia alcanza 216.319 personas, siendo la más importante la de británicos (43,8% de todos los comunitarios), seguida de la de alemanes, franceses, italianos y holandeses. Noruegos y suizos destacan también entre las nacionalidades europeas no comunitarias, y marroquíes y colombianos entre el resto de países.

Para Rafael Durán<sup>9</sup>, España sigue siendo un lugar europeo de retiro para los extranjeros de 60 años o más según datos del padrón de 2016, aunque dichas cifras han descendido en relación al pico máximo alcanzado en 2013. Este descenso de cifras de empadronados no está suficientemente claro. En 2014 se publicaron datos alarmantes de huidas de británicos y alemanes de España que algunos expertos corrigieron y achacaron a la depuración de registros y no a un éxodo masivo de extranjeros lo que explica variaciones tan extraordinarias en tan solo un año<sup>10</sup>. Abellán explica que tras la crisis económica su cifra se ha reducido un 10% y se mantiene en torno a los 300.000 registrados, pero es el triple que a principio de siglo. El conjunto de extranjeros de todas las edades supone ahora aproximadamente un millón menos que en 2011, (5,75 millones), es decir, se han marchado uno de cada cinco, y sólo uno de cada diez en el caso de los extranjeros mayores de 65 años. Sin embargo, algo que cabe resaltar es el aumento de mayores de 65 años de determinados países y el descenso de los menores de dicha edad de esos mismos países: Rumanía (23% más de personas mayores desde 2011 y 17% menos de menores de 65 años); Marruecos (42% y 3% menos de menores de 65 años), Colombia (7% y 49% menos de menores de 65 años) cuyas razones podrían apuntar al envejecimiento de los inmigrantes laborales o a la reagrupación de los ascendientes de dichos trabajadores, razones que apunté en 2005 como germen de nuevos colectivos de GI<sup>11</sup>. Para el presidente de la Federación de Asociaciones de Residentes Extranjeros en la Costa del Sol “... el descenso en el número de empadronamientos respondería al auge de las dudas

---

<sup>9</sup> Durán, Rafael, “Residencia y vinculación de los retirados extranjeros. Una aproximación a los gerontoinmigrantes europeos en España”, en Mayte Echezarreta (coord.), La residencia de los gerontoinmigrantes. Derechos y obligaciones de los jubilados extranjeros en los lugares europeos de retiro (Valencia, Tirant lo Blanch, 2016), págs. 33-57, y “Sanidad en la España de retiro: De atractivo para la gerontomigración a preocupación y movilización política por el *Brexit*”, (en prensa).

<sup>10</sup> Amparo González Ferrer. Departamento de Población. CSIC. Blog Envejecimiento[en-red], 4: abril 2014. <https://envejecimientoenred.wordpress.com/2014/04/25/el-revuelo-del-padrón-y-el-exodo-de-los-extranjeros-ricos/>. La situación es muy fluctuante. Según información de los departamentos de extranjeros del mes de marzo de 2017, en Benalmádena, con algo más de 7000 residentes británicos, no ha habido incidencia alguna tras el *Brexit*. En Mijas ha subido en 187 empadronamientos desde inicio de año y 50 bajas por marchas o defunción, ascendiendo a 11.805 empadronados de este colectivo. Sin embargo, en Marbella, ha sufrido una pérdida de más de medio millar de residentes británicos, según datos del padrón municipal que contabiliza 4.259 ciudadanos nacidos en Reino Unido el 15 de febrero y a principios de abril, 3.754 (534 menos) <http://andaluciainformacion.es/malaga/666209/el-arranque-del-Brexit-desconcierta-a-los-padrones-de-la-costa-del-sol/>

<sup>11</sup> Echezarreta Ferrer, Mayte (Dir.) El Lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontomigración de los ciudadanos de la Unión Europea en Municipios españoles, 2005, Comares, Granada, pp. 7 y ss.

suscitadas en materia fiscal entre los británicos con mayor poder adquisitivo, mientras que las altas buscarían mantener la cobertura sanitaria entre aquellos residentes nacidos en el Reino Unido con menos recursos<sup>12</sup>.

De otro lado, el fenómeno no afecta por igual a todo el territorio español; se concentra principalmente en las comunidades autónomas de Valencia y en Andalucía. De los datos del estudio de Durán, extraemos que el 54% de los GI europeos de 55 años o más han fijado su residencia en dos regiones: Valencia y Andalucía, haciéndolo el 90,5% en las cinco Comunidades Autónomas del litoral mediterráneo, además de en las islas Canarias y en Madrid. Diez provincias, encabezadas por Alicante y Málaga, concentran el 80% del total de GI europeos de 55 años o más. Le siguen Madrid, Barcelona, las dos provincias canarias y las islas Baleares, Murcia, Almería y Valencia.

Otro dato de interés es la relevancia española del fenómeno respecto al resto de la UE que Durán fundamenta en las cifras de registro de pensionistas británicos en la seguridad social española, la más elevada respecto a la de cualquier otro EM de la UE según la información oficial obtenida por la BBC<sup>13</sup>, aunque este dato no siempre es determinante y debe ser puesto en relación con otros factores que condicionan la exportación de los derechos sanitarios de estos pensionistas. Según algunas fuentes, el número de británicos que residen en la UE asciende a 1,2 millones. Las principales comunidades se encuentran en España (309.000), Irlanda (255.000), Francia (185.000) y Alemania (103.000).

Los británicos de Gibraltar no aparecen entre los colectivos de GIB, por lo que no les son extensibles las preocupaciones que a ellos les son propias. Sin embargo, el fenómeno de la desconexión del Reino Unido afecta a un colectivo equivalente, que es el referido a los españoles cuya vida laboral la han desempeñado en Gibraltar y, sin embargo, quieren hacer valer sus pensiones y sus derechos sanitarios en España. Estamos hablando de unos siete mil españoles de entre los doce mil trabajadores transfronterizos, que están generando sus derechos ante la Administración británica y que, salvo acuerdos, quedarán congelados e inexportables a territorio español<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Andalucía Información, 02 | 04 | 2017. Sobre las causas del no empadronamiento, vid. Duran Rafael, "Residencia y vinculación de los retirados extranjeros...", op.cit., 3.

<sup>13</sup> Greenwood, George, «Retired British expats <outstrip European pensioners using NHS>», BBC, 11 de enero, 2017 (disponible en <http://www.bbc.com/news/38534958>). Durán, Rafael, "Sanidad en la España de retiro", op.cit.

<sup>14</sup> [http://andaluciainformacion.es/m/?a=628055&friendly\\_url=campo-de-gibraltar-cofrade&t=picardo-afirma-que-quien-crea-en-la-cosoberania-esta-en-las-nubes](http://andaluciainformacion.es/m/?a=628055&friendly_url=campo-de-gibraltar-cofrade&t=picardo-afirma-que-quien-crea-en-la-cosoberania-esta-en-las-nubes). Otras fuentes hablan de los 9000 trabajadores españoles que trabajan en Gibraltar y que podrían verse perjudicados por la desconexión, aunque no diferencia si son por cuenta de empresas gibraltareñas exclusivamente o también incluyen la españolas, vid. [http://internacional.elpais.com/internacional/2016/06/27/actualidad/1467045208\\_265698.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/06/27/actualidad/1467045208_265698.html)

### III DE CÓMO MANTENER EL ESTATUS QUO DE CIUDADANO EUROPEO

La desconexión del Reino Unido de la UE va a violentar el estatuto jurídico de millones de ciudadanos<sup>15</sup>. En unos casos, de ciudadanos de cualquier nacionalidad, siempre que sean acreedores de derechos económicos o sanitarios de las administraciones de los EEMM y quieran hacerlos valer en otro EM. En otros casos, siempre que sean nacionales de EEMM de la UE en cuanto acreedores en el territorio de la Unión, de los derechos de no discriminación por razón de nacionalidad y los derivados de la ciudadanía europea<sup>16</sup>. Esta distinción es de enorme relevancia a la hora de diseñar las mejores estrategias para conservar no solo los derechos de los que ya se disfrutaban sino también las expectativas de derechos creadas. Al primer grupo de ciudadanos, se vinculan las preocupaciones de los españoles, de los británicos y de cualquier ciudadano independientemente de su nacionalidad, que sean o hayan sido trabajadores de empresas británicas en Reino Unido o Gibraltar, que deseen trasladar su residencia a España y exportar sus pensiones y derechos sanitarios en el futuro o incluso que ya lo hayan hecho. Al segundo grupo de ciudadanos, pertenecen solo las preocupaciones de los nacionales de EEMM cosmopolitas<sup>17</sup> que quieran hacer valer sus derechos de ciudadanía en territorio europeo, ya que los británicos, incluidos los gibraltare-

<sup>15</sup> Unos 4,5 millones según algunas fuentes. La Oficina Nacional de Estadística ha actualizado las cifras de británicos residentes en la Unión Europea, y al revés. Unos 900.000 británicos andan esparcidos por la UE mientras que 3,1 millones de europeos residen en Reino Unido. España es el país de la UE en el que residen más británicos (308.805), no obstante, es el noveno en mandar ciudadanos hacia allí, detrás de Polonia, Irlanda, Rumanía, Portugal, Italia, Lituania, Francia y Alemania. Vid, <http://www.elmundo.es/internacional/2017/02/28/58b4570de2704ef1198b45d4.html>. Un total de 131.335 españoles figuran inscritos en los Consulados de España en Reino Unido (110.838 en el Consulado General de Londres, y 20.497 en el de Edimburgo), según los últimos datos del Ministerio de Asuntos Exteriores. No obstante, es probable que el número real sea mayor, pues es habitual que haya gente que no se inscriba en el Consulado, aunque viva de forma permanente en el país.

<sup>16</sup> Art. 18 (art.12 TCE): En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. (...) Art. 20 TFUE (art. 17 TCE): 1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes esta blecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua. Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos.

<sup>17</sup> Para L. Díez-Picazo, “Se corre el riesgo de que la ciudadanía europea sea vista como un atributo de los europeos ‘cosmopolitas’”, en cuanto contrapuestos a los europeos ‘provincianos’”. IE Working Paper / Derecho AJ8-101 10 / 04 / 2003 ([http://globalcampus.ie.edu/webes/servicios/ descarga\\_sgd\\_intranet/envia\\_doc.asp? id=685&nombre=685.pdf&clave=WPED03-01&clave2=AJ8-101](http://globalcampus.ie.edu/webes/servicios/ descarga_sgd_intranet/envia_doc.asp? id=685&nombre=685.pdf&clave=WPED03-01&clave2=AJ8-101))

ños, dejarán de ser nacionales de un EEMM por lo que en España serán tratados como nacionales de terceros Estados, y Reino Unido y Gibraltar dejará de ser territorio de la Unión, por lo que los españoles serán tratados allí como nacionales de tercer Estado. Este es el tablero de la negociación, con las personas como peones y cuyo destino dependerá de la clásica relación coste-beneficio que cada acuerdo suponga para los intereses de los Estados y de los lobbies de influencia. Asociaciones especialmente dedicadas a las reivindicaciones de los ciudadanos españoles y británicos frente al *Brexit* como EuroCitizens, y también Brexipats in Spain y Bremain, estudian diferentes fórmulas para conservar los derechos de los que son titulares, pero sus intereses se verán combinados con los de los Estados que en el caso de España están contaminados por la histórica reivindicación de Gibraltar que tanto Reino Unido como España podría usar como palanca<sup>18</sup>.

### **1. La adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro de la UE**

Las iniciativas para mantener el statu quo han sido varias. La adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro se presentó como una primera opción<sup>19</sup>, en particular la adquisición de la nacionalidad irlandesa<sup>20</sup> y también de la nacionalidad española, aunque en este caso menos identitaria y más instrumental<sup>21</sup>. A raíz de esta iniciativa, han surgido diferentes propuestas formativas para preparar a los británicos en las difíciles pruebas para muchos que se imponen para acceder a la nacionalidad española<sup>22</sup>. Sin embargo, según nuestras investigaciones, los GIB viven en España como ciudadanos europeos y así se sienten<sup>23</sup>. Tras el movimiento pro doble nacionalidad española-británica, se encuentran, en principio,

---

<sup>18</sup> Entrevista con la eurodiputada Julie Girling, ‘tory’ por Gibraltar, que reclama un estatus especial para Gibraltar tras el ‘*Brexit*’. (El Español, 2 de febrero, 2017, disponible en: [http://www.elespanol.com/mundo/europa/20170201/190481901\\_0.html](http://www.elespanol.com/mundo/europa/20170201/190481901_0.html))

<sup>19</sup> Algunas peticiones ante el Parlamento Europeo de peticionarios mal asesorados que desconocen las competencias de la Unión, pedían la ciudadanía de otro Estado miembro para los nacionales británicos que deseen conservar sus derechos asociados a la ciudadanía de la Unión (peticiones núms.1095/2016, 0816/2016, 0998/2016), competencia exclusivamente estatal. Otra de las peticiones (n.º 0839/2016), quizás mejor asesorado jurídicamente, el peticionario pide a las instituciones de la Unión que animen a los Estados miembros a ofrecer la ciudadanía acelerada a los residentes británicos que quieren seguir siendo ciudadanos de la Unión tras la salida del Reino Unido.

<sup>20</sup> Procedentes de solicitudes de Gran Bretaña, en 2015 se concedieron 46.242 pasaportes irlandeses; en 2016, la cifra fue de 64.996, con un aumento agudizado a partir del referéndum. <http://www.elmundo.es/internacional/2017/02/28/58b4570de2704ef1198b45d4.html>

<sup>21</sup> 19.546 firmas avalan la petición al Gobierno de España de 4/7/2016 realizada en la plataforma Change.org de una doble nacionalidad hispano-británica: “Seríamos unos 25,000 británicos nacidos en España o con más de diez años de residencia laboral con derecho de acogernos a la oferta. Queremos ser españoles, europeos y británicos”. En España, dos nombres encabezan esta iniciativa, Giles Tremlett y William Chislett.

<sup>22</sup> v.gr. Parnell Academy en la Cala de Mijas [http://www.elconfidencial.com/espana/andalu-cia/2016-08-31/Brexit-britanicos-costa-del-sol\\_1253161/](http://www.elconfidencial.com/espana/andalu-cia/2016-08-31/Brexit-britanicos-costa-del-sol_1253161/) o la iniciativa de la Mancomunidad de Municipios de la Axarquía <http://www.surinenglish.com/local/201704/17/free-spanish-classes-offered-20170417145203.html>

<sup>23</sup> Durán, Rafael, “Sanidad en la España de retiro...”, op.cit., y “Atractivo de España para los jubilados europeos: Del turismo a la gerontoinmigración”, Panorama Social, 2012, n.º 16, págs. 151-165.

los británicos residentes en España<sup>24</sup>, sin que se vea un movimiento semejante de los gibraltareños, más preocupados de seguir siendo británicos y ciudadanos de la Unión que de ser españoles<sup>25</sup>. Las cifras respaldan esta afirmación. En el referéndum de junio sobre el *Brexit*, la opción de permanecer en la Unión Europea arrasó en Gibraltar con un 96%, y, sin embargo, en 2006 los gibraltareños decidieron en referéndum quedarse en el Reino Unido por una mayoría abrumadora (98,4%)<sup>26</sup>. Sin embargo, de momento, solo es a los gibraltareños a los que se les oferta un estatuto privilegiado de dobles nacionales hispano-británicos a través de la propuesta de cosoberanía entre el Reino Unido y España<sup>27</sup>, sin que conozcamos más detalles de las vías de acceso a la nacionalidad española. No sabemos por tanto si se celebrará un convenio de los previstos en el art. 11 de la Constitución al considerar al Reino Unido como Estado especialmente vinculado, o se les concederá la nacionalidad por Carta de Naturaleza ante la dificultad de subsumirse dentro de los supuestos de adquisición por residencia. Ni sabemos tampoco si el derecho se extenderá a todos los británicos o solo a los gibraltareños. Lo que podemos imaginar es que, si la iniciativa prospera, se les brindará el privilegio de no renunciar a la nacionalidad de origen, lo que les supondrá la falsa idea de tener doble nacionalidad en España y por ende poder seguir siendo británicos en España, algo imposible según la normativa española vigente como veremos posteriormente.

Lo que no cabe la menor duda es que, para la mayoría de británicos y, en su caso de gibraltareños, la adquisición de la nacionalidad española es una vía instrumental para el disfrute de la ciudadanía europea y poco más, porque sus emociones y su compromiso político y personal están fuera de España<sup>28</sup>. Es por tanto una nacionalidad de conveniencia con poco o nada de sentimiento identitario ni de compromiso con las instituciones españolas. Si a ello añadimos las dificultades en el acceso y la escasa relevancia de los derechos que conlleva y que veremos posteriormente, podríamos concluir que no resulta ser la mejor la estrategia existiendo otras de igual alcance y de más fácil acceso.

---

<sup>24</sup> <http://www.williamchislett.com/2016/07/doble-nacionalidad-please/>

<sup>25</sup> Prefiero la salida a tener doble nacionalidad”, señala una farmacéutica. <http://www.elmundo.es/espana/2016/03/27/56f6e84de2704e2c018b45e2.html>. Recordemos que el 4,1% votaron la salida (823 votos), frente al 95,9 (19.332 votos) que votaron a favor de la permanencia.

<sup>26</sup> <http://lanuevaverdad.es/not/1138/rajoy-quiere-que-las-decisiones-que-afecten-a-gibraltar-por-el-Brexit-se-traten-entre-londres-y-madrid/>

<sup>27</sup> Intervención del Embajador Representante permanente de España ante NN.UU. Excmo. Sr. D. R. Oyarzun Marchesi, en la 71 Sesión de la Asamblea General, 4ª Comisión de Descolonización, el 04/X/2016 <http://www.spainun.org/wp-content/uploads/2016/10/Intervenci%C3%B3n-Espa%C3%B1a-Item-58-71AG-versi%C3%B3n-compilada-ESP.ING.pdf>. Vid. los capítulos de esta monografía sobre la propuesta de cosoberanía de José Pérez de Nanclares y la de doble corona de Del Valle Gálvez, Alejandro. De este último autor también “Gibraltar, “año cero”: *Brexit*, cosoberanía y nuevas oportunidades de España”. ARI 75/2016 - Real Instituto Elcano 20/10/2016.

<sup>28</sup> Según el INE, de 2004 a 2014 adquirieron la nacionalidad española por residencia una media de 52.5 británicos al año. De un total de 19.208 nacionales de la UE que adquirieron la nacionalidad española en dicha década, 525 eran británicos, el 2.7%.

Si hacemos un rápido repaso por la normativa vigente, para la gran mayoría de jubilados extranjeros residentes en España, salvo los que se hayan casado con español o española a los que la ley solo les exige solo un año de residencia, a los demás y a trazos gruesos, la ley les exige diez años de residencia en España (art. 22.1 CC), por encima de la media europea que está en seis<sup>29</sup>. Es por ello, que los británicos solicitan un tratamiento similar al de los ciudadanos especialmente vinculados como los iberoamericanos o los portugueses, a los que se les reduce a dos años la exigencia de residencia (art. 22.1 CC), estando España por encima de la media europea en nacionalizaciones y por tanto en la atribución de ciudadanías europeas<sup>30</sup>.

Las vinculaciones con España de los británicos son evidentes, por lo que no resultaría descabellado pensar en una futura reforma que contemplara la reducción de los plazos de residencia para los nacionales o ex nacionales de la UE<sup>31</sup>. Sobre todo, teniendo en cuenta que si el sistema de la nacionalidad se basa en el arraigo que genera la residencia continuada<sup>32</sup>, un GIB tendrá el mismo arraigo a los dos, a los cinco o a los diez años dadas sus condiciones endógenas de convivencia y asentamiento, tesis que lógicamente no es aplicable a ciudadanos británicos que han estudiado en España y que quizás van a desarrollar su vida profesional y familiar en nuestro país.

De otro lado, las condiciones de la adquisición de la nacionalidad española son estrictas y de difícil cumplimiento para los GIB. Se exige que, en primer lugar, la residencia sea legal, es decir documentada. Sin embargo, no todos los británicos residentes en España (sean residentes permanentes o simultaneen su residencia en el Reino Unido) están inscritos en el Registro de ciudadanos comunitarios ni tampoco están empadronados. El subregistro (entre un quinto y un tercio de los residentes)<sup>33</sup> se debe a determinadas circunstancias, entre ellas el interés por la invisibilidad a efectos fiscales y al objeto del cobro de las pensiones no contributivas condicionadas a la residencia en RU, el desconocimiento de la exigencia de inscripción, una conciencia viciada de la libertad de circulación y de residencia que consideran vinculada a la ausencia de control público, etc.

---

<sup>29</sup> Incluso con estas condiciones, en 2014, casi una de cada cuatro personas que obtuvieron la ciudadanía europea lo hizo a través de España, es decir, el 23% (205.900 personas), el doble que Alemania. Según ha publicado la Oficina Europea de Estadística (Eurostat), la mayoría procedían de Marruecos, Ecuador y Colombia. Alrededor de 890.000 personas adquirieron la ciudadanía de un Estado miembro de la UE, por debajo de las 981.000 en 2013. Vid. González Enríquez, Carmen “El precio de la ciudadanía española y europea”. Real Instituto Elcano | ARI 22/2013 | 14 de junio de 2013.

<sup>30</sup> “Parmi les cinq États membres qui ont le plus accordé la nationalité en 2015, le taux de naturalisation était supérieur à la moyenne de l’UE en Italie (3,6), aux alentours de la moyenne de l’UE en France (2,6), en Espagne (2,6)”. Vid. El comunicado de prensa de Eurostat 21 de abril de 2017. <http://ec.europa.eu/eurostat/news/news-releases>

<sup>31</sup> Apuntada por Espinar Vicente, José María, La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español. Madrid, Civitas, 1994, p. 121.

<sup>32</sup> Espinar Vicente, José María, La nacionalidad..., p. 121.

<sup>33</sup> Rafael Durán, “Residencia y vinculación de los retirados extranjeros...”, op.cit., 3.

En segundo lugar, se exige que la residencia sea continuada, otro requisito de difícil cumplimiento ya que gran número de ellos pasan unos periodos en España y otros en su país de origen donde muchos siguen manteniendo vínculos económicos, afectivos y familiares. Determinar la residencia de estos colectivos, no solo su acreditación documentada sino también la residencia habitual efectiva para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, es tarea complicada<sup>34</sup>.

El tercer requisito, es que la residencia sea inmediatamente anterior a la solicitud por lo que todos aquellos británicos que residieron en España, pero por enviudar, perder poder adquisitivo tras la bajada de la libra, subida de impuestos en España u otras circunstancias, se hubieran ido de España, no podrán solicitar la nacionalidad española.

Junto al requisito de la residencia, la Ley 19/2015 y su Reglamento <sup>35</sup>, exigen en su art. 6.1 la superación de los exámenes para la obtención del diploma de español como lengua extranjera (DELE), como mínimo de nivel A2<sup>36</sup>, y una prueba que acredite el conocimiento de los valores históricos, constitucionales y socioculturales de España (CCSE), derivados de la configuración de España como un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, y del conocimiento y respeto de los principios que conforman la convivencia en la sociedad española”. Este es otro problema para los GIB ya que en su mayoría desconocen la lengua española y carecen de interés, de necesidad y, en muchos casos, de aptitudes para aprenderla, y de otro lado, viven en pequeñas colonias de extranjeros, británicos en su mayoría, impermeables a la cultura española, la cual desconocen además de no interesarle a la gran mayoría.

Finalmente, tanto británicos como rumanos, interesados en la adquisición de la nacionalidad española solicitan una reforma legal para no tener que renunciar a su nacionalidad de origen<sup>37</sup>. El art. 23 CC exige un acto formal ante la autoridad española de juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes, inscripción en el Registro Civil y renuncia a su anterior nacionalidad. Creo que sería de interés modificar la redacción de este último requisito

---

<sup>34</sup> Echezarreta Ferrer, Mayte (dir.) La residencia de los gerontoinmigrantes. Derechos y obligaciones de los jubilados extranjeros en los lugares europeos de retiro (Tirant lo Blanch), 2016.

<sup>35</sup> Vid. disposición final séptima de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil de la que deriva el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

<sup>36</sup> Sobre las competencias lingüísticas como condición de la integración, vid. De Lucas, J. “Superar el vínculo...”cit. p. 42

<sup>37</sup> <https://www.change.org/p/doble-nacionalidad-rumano-esp%C3%B1ola-es-posible>; <https://www.change.org/p/gobierno-de-espa%C3%B1a-doble-nacionalidad-para-brit%C3%A1nicos-con-m%C3%A1s-de-diez-a%C3%B1os-de-residencia-en-espa%C3%B1a>.

por la confusión que le genera al ciudadano al que se le debe informar que el acto de renuncia es meramente formal y a efectos informativos<sup>38</sup>; se trata de llevar al ánimo del adquirente que desde ese momento y en sus relaciones con el Estado español y su ordenamiento jurídico, no podrá prevalerse de otra nacionalidad distinta a la española<sup>39</sup>. La renuncia no tiene por tanto ningún efecto de pérdida de la nacionalidad de origen, ya que dicho efecto solo puede derivar del ordenamiento extranjero sobre el que el Estado español no tiene competencia legislativa<sup>40</sup>. La supresión de la renuncia para los nacionales de la comunidad iberoamericana no tiene el más mínimo efecto ya que tanto ellos como los demás, solo son españoles en España<sup>41</sup>. Ahora bien, sería de interés una declaración conjunta por parte de los Estados miembros de la UE sobre los supuestos de pérdida de la nacionalidad de origen en caso de adquisición de una nacionalidad extranjera y, quizás mejor, una respuesta unificada respecto a la ausencia de pérdida de la nacionalidad de origen cuando se adquiriera una extranjera, si ambas son de la Unión Europea<sup>42</sup>. En el caso de los españoles que adquieran la nacionalidad británica, no perderán la española si dentro de los tres años siguientes a dicha adquisición, declaran su voluntad de conservar la nacionalidad española al encargado del Registro Civil. En el caso de la adquisición de la nacionalidad española por parte de los británicos, estos, en principio, no perderán dicha nacionalidad de origen<sup>43</sup>

## 2. Otras iniciativas

Ante el Parlamento Europeo se han sucedido también numerosas peticiones por parte de nacionales británicos respecto a la conservación de la ciudadanía europea<sup>44</sup>. Una de ellas (núm.1095/2016), propone la creación de una ciudada-

---

<sup>38</sup> Espinar Vicente, José María, *La nacionalidad...* p. 130.

<sup>39</sup> Espinar Vicente, José María, *La nacionalidad...* p. 130.

<sup>40</sup> Así lo ha declarado la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de junio de 1993 en cuanto a la ineludible exigencia de renuncia y la Resolución de 24 de septiembre de 1971 y 24 de mayo de 1993 en las que se manifiesta que la renuncia ante la autoridad española, es meramente formal, sin necesidad de que la pérdida se produzca de iure. Vid. Álvarez Rodríguez, Aurelia, *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, GPS, 2015, p. 131. ID. "La doble nacionalidad convencional: una institución en crisis", *Carta de España. Revista de emigración e inmigración*, núm. 504, abril 1996, p. 27.

<sup>41</sup> Espinar Vicente, José María, *La nacionalidad...* p. 131 y 342 y ss.

<sup>42</sup> Juárez, propone seguir el ejemplo del sistema convencional español. Juárez Pérez, Pilar (1998) *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*. Marcial Pons, Barcelona, p.349.

<sup>43</sup> Ley de nacionalidad, inmigración y asilo de 2002 que modifica la ley de nacionalidad británica de 1981. Sin embargo, España y Reino Unido son partes del Convenio del Consejo de Europa, sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre las obligaciones militares en caso de pluralidad de nacionalidades, hecho en Estrasburgo el 6 de mayo de 1963. [http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Convenio\\_06\\_05\\_1963](http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Convenio_06_05_1963). Sobre el Convenio, Vid. Fernández Rozas, José Carlos, *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 236.

<sup>44</sup> Peticiones núms. 0924/2016, 0879/2016, 0878/2016, 0844/2016, 0843/2016, 0838/2016, 0825/2016, 0815/2016, 0812/2016, 0808/2016, 0804/2016, 0803/2016, 0802/2016, 0800/2016, 0798/2016, 0790/2016...

nía asociada a la que pudieran acceder los nacionales de Estados que hubieran sido miembros de la UE. Como complemento, la petición n.º 0847/2016 solicita al Parlamento Europeo y a la Comisión que establezcan el derecho a solicitar la ciudadanía para los nacionales británicos que residen actualmente en otro Estado miembro. Ello se ha traducido en la propuesta de Charles Goerens de modificación de los Tratados de la UE para poder ofrecer a los británicos en el pos *Brexit* la ciudadanía de la Unión Europea. Propone la creación de una “Associate EU citizenship” a través de la Enmienda 882 al art.37a)<sup>45</sup> del borrador de informe de Guy Verhofstadt de 7 de julio de 2016<sup>46</sup> sobre «Possible evolutions of and adjustments to the current institutional set-up of the European Union (2014/2248(INI))», de 9 de noviembre de 2016: “Advocates to insert in the Treaties a European associate citizenship for those who feel and wish to be part of the European project but are nationals of a former Member State; offers these associate citizens the rights of freedom of movement and to reside on its territory as well as being represented in the Parliament through a vote in the European elections on the European lists”. La propuesta necesitaría el acuerdo de los 27 gobiernos y parlamentos respecto al cambio de los tratados y aunque es digna de estudio, suscita algunos temores insuperables por parte de algunos Estados que impedirían si quiera su debate. Aunque la propuesta ha sido acogida con cierta expectación, será difícil de explicar a gran parte de la ciudadanía europea y de convencer a la mayoría de los Estados<sup>47</sup>.

Ante la Comisión Europea se han aceptado dos de las tres iniciativas ciudadanas presentadas. Una registrada el 11 de enero de 2017, “Instrumento europeo para la libre circulación” (ECI(2017)000001) por la que se pide a la Comisión que establezca un sistema para conceder a todos los europeos en situación regular un instrumento permanente e identificativo de su estatuto y del derecho a circular libremente por toda la Unión, por medio de un documento unificado a modo de salvoconducto, como se dispone en el artículo 4 del Reglamento n.º 1417/2013<sup>48</sup>, del Consejo, o por cualquier otro método<sup>49</sup>. Otra iniciativa se re-

---

<sup>45</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-592.348+02+DOC+PDF+V0//EN&language=DE>.

<sup>46</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-585.741+01+DOC+PDF+V0//EN&language=DE>.

<sup>47</sup> El conservador MP Andrew Bridgen calificó la propuesta como “an attempt to divide the British people into two classes and undermine the result of the referendum” <http://www.euractiv.com/section/uk-europe/interview/charles-goerens-associate-citizenship-for-brits-is-an-offer-not-an-obligation/>

<sup>48</sup> <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/open/details/2017/000001>.

<sup>49</sup> <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/open/details/2017/000001>. <http://choos-freedom.eu/>. La Comisión ha registrado la iniciativa popular: The conditions for admissibility, as foreseen by the ECI Regulation, are that the proposed action does not manifestly fall outside the framework of the Commission’s powers to submit a proposal for a legal act, that it is not manifestly abusive, frivolous or vexatious and that it is not manifestly contrary to the values of the Union”, por lo que está en fase de obtención del millón de firmas mínimas de al menos siete EEMM hasta enero de 2018, para conseguir ser debatida. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-4436\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4436_en.htm).

gistró el 27 de marzo de 2017, «Ciudadanía de la UE para los europeos: Unidos en la diversidad a pesar del *ius soli* y del *ius sanguinis* (ECI (2017)000003)<sup>50</sup>. La propuesta, parte de la imposibilidad de disociar la nacionalidad de la ciudadanía<sup>51</sup>, por lo que resulta imposible solicitar la ciudadanía por parte de nacionales de Estados terceros, aunque hubieran sido Estados miembros con anterioridad. Sin embargo, sí resulta posible solicitar la adopción de un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados en el ámbito de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, incluidas las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros de la UE. Un acto jurídico de este tipo puede, por lo tanto, conferir determinados derechos similares a los que confiere la ciudadanía de la Unión a los ciudadanos de un Estado que se haya retirado de la Unión con arreglo al artículo 50 del TUE. De momento, la legislación de extranjería vigente, con la Directiva a la cabeza 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, incorpora ya diferentes supuestos que están muy cerca del estatuto de ciudadano de la UE<sup>52</sup>, sin que los requisitos entre ambos regímenes difieran en gran medida cuando nos referimos a los GIB, al exigirse en ambos casos, recursos económicos suficientes y un seguro público o privado de enfermedad<sup>53</sup>, pues recordemos, que el derecho de circulación y residencia derivado de la ciudadanía europea, no es un derecho ilimitado, sino condicionado a que el extranjero no suponga una carga económica al Estado de la residencia.<sup>54</sup> Entiendo, por tanto, que la vía de negociación a través del derecho de extranjería permitiría a la Unión Europea establecer los márgenes de la regulación a cada Estado miembro y a estos, trasponer la normativa europea según el caso concreto. Recordemos que los tableros de negociación del Reino Unido con cada Estado-UE, difieren en gran medida en cuanto a afecta a los derechos de los ciudadanos. España recibe a más británicos que españoles recibe el Reino Unido, y mientras estos últimos son ciudadanos en edad laboral, los primeros son jubilados en su gran mayoría, de aquí que el proceso transcurra por unos límites que deberán estar muy bien ponderados.

---

<sup>50</sup> Decisión (UE) 2017/599 de la Comisión de 22 de marzo de 2017. <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/ongoing/details/2017/000003?lg=es> DOUE 28.3.2017 L 81/18.

<sup>51</sup> Juárez define la ciudadanía creada en Maastricht como una noción dependiente, excluyente e incompleta. *Nacionalidad estatal* ..., p. 343.

<sup>52</sup> De Yturriaga Barberán, José Antonio "La larga marcha de Gran Bretaña hacia ninguna parte Embajador de España" *La Ley Unión Europea*, N.º 47, 28 de abril de 2017.

<sup>53</sup> Vid. las principales diferencias y similitudes entre ambos regímenes en los arts. 7, 9 bis, 2 y 3, 10 y 15 del RD 240/2007; en cuanto al régimen general, vid, arts. 46 d) y e), 148, 152 y 155 del RD 557/2011; 53, 57.5 b) y 57.10 de Ley Orgánica 4/2000.

<sup>54</sup> Vargas Urrutia, Marina, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España*. Normas de extranjería y problemas de derecho aplicable. Thomson. Aranzadi, Navarra, 2006, p. 89 y ss.

#### IV. ¿Les preocupan a los británicos residentes en España los derechos derivados de la ciudadanía europea?

Ellos creen que sí, de aquí las propuestas de mantenimiento de dicha ciudadanía europea mencionadas en el epígrafe anterior, pero lo cierto es que luego se les pregunta por sus inquietudes, y los derechos que derivan de la ciudadanía europea no están entre sus máximas preocupaciones. Así, por ejemplo, si consultamos el boletín de prensa del OEG<sup>55</sup> comprobamos que pocas veces aparece el derecho de circulación y residencia como amenazados, que es el derecho estrella de la ciudadanía europea. Es cierto que, en ausencia de acuerdo, tras el *Brexit* pasarían a ser tratados como nacionales de terceros Estados, pero los GIB, que recordemos son la mayoría de británicos residentes en España, son conscientes de que los controles de extranjería son un asunto de coste/beneficio<sup>56</sup> y ellos son pensionistas, inversores<sup>57</sup> y consumidores, alejados de la “aporofobia” que más preocupa a las leyes de extranjería y, además, el régimen general de extranjería prevé supuestos de casi plena equiparación a los españoles<sup>58</sup>. No ocurre igual con los españoles residentes en Reino Unido, trabajadores en su mayoría, ame-

<sup>55</sup> <http://www.gerontomigracion.uma.es/index.php?q=search/node/Brexit>

<sup>56</sup> Término con el que Adela Cortina denomina el temor y el odio a los pobres. Diario El País de, edición impresa de 7 de marzo de 2000.

<sup>57</sup> Una de las recientes aportaciones normativas que se ha conocido como “Golden Visa” privilegia a los inversores en España con un régimen laxo de residencia legal en España / opciones recogidas en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, también conocida como “Ley de emprendedores. Los compradores del Reino Unido, en particular los irlandeses e ingleses, siguen dominando el mercado, con el 64% de las compras de extranjeros y un importe de la inversión de media de 1.78 millones de euros por la adquisición. Siguen los compradores de origen chino, con el 10% de las ventas y una inversión promedio de 778,9 mil euros. En los países del norte de Europa, Francia se destaca con una inversión promedio de 1,40 millones de euros y el 13% de las ventas. Según la oficina de estadística del Colegio de Registradores, en Andalucía, el porcentaje de compras de británicos sobre el total de compras realizadas por extranjeros en el año 2016 fue del 26,82%, mientras que en 2015 fue del 28,45%, es decir, una reducción de 1,63 puntos porcentuales equivalentes a una reducción del 5,73% de su participación en el mercado de compraventas extranjeras. Si comparamos el primer semestre de 2016 con el segundo semestre del año se agudiza la tendencia: en el primer semestre fueron el 28,5% de las operaciones frente al segundo, con el 24,7% de operaciones. Es decir, una reducción por semestre de 3,8 puntos porcentuales equivalentes a una reducción del 13,3% de su participación en el mercado de compraventas extranjeras. Según el Diario Expansión, 110.373 viviendas pertenecen a británicos. Vid. <http://estaticos.expansion.com/assets/multimedia/imagenes/2017/03/07/14889024109123.jpg>. Vid. recientemente, Diario El País de 15 de abril de 2017 “El comprador extranjero impulsa el mercado de las segundas residencias”. Vid. <http://estaticos.expansion.com/assets/multimedia/imagenes/2017/03/07/14889024109123.jpg>.

<sup>58</sup> Vid. el derecho derivado del art. 79 del TFUE: “La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas”; Respecto a la ampliación de los beneficiarios del derecho a la libre circulación y residencia en la UE en el trabajo de Martín Martínez, Magdalena y Jiménez Sánchez, Carolina, “La libre circulación de los residentes en la UE: especial referencia a los gerontoinmigrantes de la Unión”, en Echezarreta Ferrer, Mayte (Coord.) Derechos y obligaciones de los jubilados extranjeros en los lugares europeos de retiro. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, pp. 63 y ss.

nazados constantemente por la imposición de políticas de extranjería británicas estrictas, incluso antes de la fecha final de consumación del *Brexit*, ante el temor de llegadas masivas de rumanos y búlgaros. Esta situación ha disparado las solicitudes de residencia permanente e incluso de la nacionalidad británica para conseguir blindar sus derechos<sup>59</sup>. De momento, se está solucionado parcialmente mediante la obtención de la residencia permanente que se ha disparado desde junio pasado. En el acuerdo sobre el plan negociador del *Brexit* alcanzado unánimemente por los 27 (La Declaración de Roma, de 25 de marzo de 2017)<sup>60</sup>, aparece, en primer lugar, el compromiso de trabajar por la libertad de circulación, lo que, de momento es uno de los puntos de conflicto con Londres, pues, aunque al parecer es prioridad para ambas partes, el resultado depende de las condiciones y del orden que ocupe en la negociación.

Respecto al derecho de sufragio en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo (PE), en defecto de acuerdo, lo podrían perder tras la desconexión. Ahora bien, tanto España como Reino Unido, permiten la participación de los extranjeros de terceros Estados en las elecciones municipales mediante acuerdos bilaterales. Incluso Reino Unido contempla la posibilidad de participación de los extranjeros en todos los sufragios (regionales, generales y al PE) siempre que se tratara de nacionales de Estados especialmente vinculados, donde de momento no están los españoles, pero podrían estarlo. Sin embargo, en el territorio de Gibraltar, Reino Unido no ha extendido el derecho a los extranjeros de la UE en las elecciones internas, pero sí al Parlamento Europeo<sup>61</sup>. Dicho esto, debemos decir

---

<sup>59</sup> Vid. al respecto, las reflexiones del Instituto para la Investigación de Políticas Públicas (IPPR, por sus siglas en inglés) <http://www.ippr.org/>.

<sup>60</sup> Vid. el texto completo en <http://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2017/Declaracio%CC%81n%20de%20Roma.pdf>.

<sup>61</sup> Aunque recordemos el interés que despertó el derecho de sufragio al PE en Gibraltar origen de la adopción por el Reino Unido de la European Parliament (Representation) Act 2003, en cumplimiento de la sentencia del TEDH (as. Matthews 1999) con el posterior recurso por incumplimiento del Derecho comunitario interpuesto por España contra el Reino Unido, que fundamentó: a) en primer lugar, en el modo en que el Reino Unido ha organizado las elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar, extendiendo el derecho de voto a nacionales de terceros países que no gozan de la ciudadanía de la Unión (los Qualifying Commonwealth Citizens que residen en Gibraltar) y que finalizó en la STJUE 12.09.2006, España/Reino Unido, C-145/04, en la que llegó a reconocer el TJCE que no resulta contraria al Derecho comunitario la decisión de dicho país de extrapolar a las elecciones al Parlamento Europeo, organizadas en Gibraltar, los requisitos establecidos en su normativa nacional para ser elector y elegible, en aquellas otras elecciones (las nacionales y de la Asamblea legislativa de Gibraltar)

Respecto a las elecciones de los españoles en Gibraltar no habrá ninguna modificación ya que en la actualidad RU no ha extendido el derecho de sufragio a los españoles. La elección del alcalde de Gibraltar es indirecta, lo eligen los miembros del Parlamento. Este último, el “Gibraltar Parliament” es el único órgano elegido mediante sufragio. Las últimas elecciones fueron en 2015 y de ahí salió elegido Picardo. Por tanto, las elecciones al “Gibraltar Parliament” no se le aplican las reglas de la Unión Europea para las elecciones locales (22.1 TFUE, 40 CDFUE y Directiva 94/80/CE) y la única excepción sería, Luxemburgo. Aun así, el “Parliament Act” en su “Part II” establece quienes son sujetos del derecho de sufragio activo. Los residentes tienen que cumplir tres condiciones: que hayan residido en Gibraltar al menos 6 meses, que tengan la intención de residir permanentemente o indefinidamente (vivienda propia, domicilio principal en Gibraltar si poseen varias viviendas y si residen en Gibraltar con el principal pro-

también que la pérdida del derecho de sufragio en las elecciones municipales y al PE, tampoco afectaría a una comunidad particularmente activa en el ejercicio de sus derechos políticos de ciudadanía. Como ha indicado Durán, “la participación en el espacio público, en la politeia local, no es una dimensión relevante del vínculo de los gerontoinmigrantes de la Unión con sus lugares de retiro”<sup>62</sup>, y tampoco está siendo la defensa del derecho de sufragio uno de los principales argumentos de los GIB en contra del *Brexit*<sup>63</sup>. Con todo, y más allá de que no puede relativizarse la importancia de un derecho en función del uso que del mismo hagan sus titulares, también es cierto que para los británicos que llevan más de quince años residiendo fuera del Reino Unido es la única posibilidad de participación electoral, ya que pierden el derecho de sufragio allí sin verlo reconocido en España<sup>64</sup>. Esta situación de invisibilidad ciudadana se ha denunciado ante el Parlamento Europeo solicitando que realice algún tipo de intervención al respecto (Petición núm. 0307/2016)<sup>65</sup>.

En cuanto se refiere al derecho de formular una petición al Parlamento Europeo el art. 227 del TFUE y el art. 44 de la CDFUE, garantiza el derecho a todo ciudadano de la Unión o residente en un Estado miembro, por lo que no resulta ser un derecho amenazado tras la desconexión del RU, del que podrán seguir haciendo uso como hasta ahora.

Queda el derecho de protección diplomática ante cualquier Estado miembro, derecho del que tienen escasa información los ciudadanos de la Unión y que en la actualidad entra dentro de las prioridades de la Comisión su difusión como vimos anteriormente<sup>66</sup>, por lo que tampoco se ha considerado un derecho amenazado por los británicos.

---

pósito de ejercer una actividad económica/profesional pero su cónyuge e hijos residen fuera de Gibraltar, se considera que no cuentan con esta intención de residencia permanente o indefinida) y que tengan la condición de “British citizens, British Overseas Territories citizens, British Overseas citizens, British Nationals (Overseas), British protected persons or British subjects under the British Nationality Act 1981, and are 18 years of age or over and are not subject to any legal incapacity to vote”. [http://www.parliament.gi/images/parliament\\_act\\_1950-15o.pdf](http://www.parliament.gi/images/parliament_act_1950-15o.pdf) )

<sup>62</sup> Rafael Durán, “Residencia y vinculación de los retirados extranjeros...”, op.cit., pp.46-47.

<sup>63</sup> Rafael Durán, “Sanidad en la España de retiro...”, op.cit. IV.1. Para un estudio de la movilización electoral de los GI en las municipales de 2015, vide Rafael Durán, “Foreign EU elderly citizens before the polls: The 2015 local elections in Spain”, comunicación en el congreso Migration, Diversity and the City (14th IMISCOE Annual Conference), International Migration, Integration and Social Cohesion in Europe (IMISCOE) network, Róterdam (Holanda), 28-30 de junio, 2017.

<sup>64</sup> Acabamos de publicar un número monográfico en que estudiamos los problemas que podían conllevar una apertura y consolidación del derecho de sufragio de los residentes extranjeros en este país. “La participación política de los extranjeros residentes” (monográfico de la Revista Europea de Derechos Fundamentales, nº 27, 2016), investigación resultante del proyecto «Reforma electoral y derechos de participación de los extranjeros residentes en España: El derecho de sufragio en las elecciones generales, europeas, autonómicas y locales» (Ministerio de Economía y Competitividad, código DER2012-34411)

<sup>65</sup> Vid. <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/20150201PVL00037/Peticiones>

<sup>66</sup> Vid. supra nota 6

## V. ¿QUÉ DERECHOS PREOCUPAN MÁS A LOS BRITÁNICOS RESIDENTES EN ESPAÑA?

Al margen de la devaluación de la libra que importa a todo aquél trabajador o pensionista, británico, gibraltareño, español o marroquí que cobre en dicha moneda, o el pago de impuestos por el cobro de pensiones o por los rendimientos y propiedades de bienes que tengan los GIB en España y en el extranjero, competencia exclusiva de cada Estado Miembro<sup>67</sup>, lo que más preocupa a los ciudadanos británicos desplazados tras la desconexión del Reino Unido y por lo que se están movilizando, son los derechos que no están vinculados a la nacionalidad ni por tanto a la ciudadanía europea y sí con la condición de acreedores de las Cajas públicas de los Estados donde han trabajado durante su vida laboral en el caso de los jubilados británicos residentes en España, o en el caso de los españoles trabajadores en Reino Unido o Gibraltar<sup>68</sup>. Me refiero a la exportación de las pensiones contributivas y de los derechos sanitarios cuando cambien su residencia a un Estado distinto al de la Caja británica deudora<sup>69</sup>. Son derechos que se generan en un determinado Estado y que cuando el ciudadano decide exportarlos, necesita un instrumento jurídico de coordinación, bien a nivel regional como son los actuales Reglamentos europeos o bien a nivel bilateral como por ejemplo el Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, de 1988<sup>70</sup>. En la actualidad, los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, modificados por el Reglamento (UE) 2017/492 y el 1231/2010 permiten la exportabilidad de las pensiones contributivas (jubilación, invalidez o viudedad) a cualquier Estado de la UE, del Espacio Económico Europeo o Suiza distinto del país deudor. Según la asociación EuroCitizens, en España son 107.980 británicos los que reciben la pensión del Reino Unido<sup>71</sup>. No ocurre igual con las prestaciones no contributivas, es decir aquellas vinculadas al contexto socio económico del interesado, como el hecho por ejemplo de tener alguna discapacidad, estas no son exportables si se altera la residencia, correspondiendo en exclusiva su concesión y pago

<sup>67</sup> García Calvente, Yolanda, “Residencia y tributación... p.217 y ss.

<sup>68</sup> Vid las reivindicaciones de los trabajadores españoles de Gibraltar en cuanto al cobro de las pensiones en la web de la asociación ASCTEG <http://www.guiaongs.org/directorio/ongs/ascteg-5-1-2950/>

<sup>69</sup> La realidad que viene reflejando la prensa sobre las preocupaciones de los británicos tras el *Brexit* (Vid. el boletín de prensa semanal del OEG <http://www.gerontomigracion.uma.es/>), está en total sintonía con algunas encuestas que están realizando en este momento y con otra miniencuesta que hemos realizado con ocasión de este seminario durante el mes de febrero de este año en Alcaucín, un pueblo de Málaga muy significativo respecto a la presencia de residentes, y todas coinciden en que la mayor preocupación de estos colectivos son los problemas de atención sanitaria.

<sup>70</sup> Canje de Notas de 14 de julio de 1988 y 22 de agosto de 1988, corrigiendo algunos errores contenidos en varios artículos del Convenio, y acuerdo Administrativo para la aplicación del citado Convenio de Seguridad Social, y anejos, firmado en Caracas el 5 de mayo de 1989. Dicho tratado bilateral contempla todos los Principios de coordinación de sistemas de seguridad social establecidos por el Derecho Internacional de Seguridad Social, principios que la Unión Europea no hace sino reproducir en los Reglamentos Comunitarios aplicables. El art. 5, por ejemplo, regula el principio de exportaciones de prestaciones.

<sup>71</sup> Diario Expansión, versión digital de 08/03/2017. <http://www.expansion.com/economia/politica/2017/03/08/58bed97822601dbf5a8b4581.html>

al Estado de la residencia del acreedor. En España se exige a cualquier ciudadano, nacional o extranjero, cinco años de residencia para la obtención de una pensión de invalidez no contributiva y diez para la pensión de jubilación no contributiva, el problema es que como la residencia de los ciudadanos, incluidos los de la Unión está supeditada al requisito de disponer de medios suficientes para su subsistencia, una vez transcurridos los tres primeros meses de estancia podrían ser expulsados por insuficiencia de medios económicos para no convertirse en una carga para la asistencia social española, aunque con un previo examen de las circunstancias del caso<sup>72</sup>.

Esta exportabilidad finalizará cuando Reino Unido salga de la UE, salvo que se llegue a un acuerdo internacional en materia de pensiones como el que hemos apuntado con Venezuela, en el que se prevé la exportabilidad de las pensiones en similares términos a los previstos en los Reglamentos europeos. En defecto de acuerdo, el Gobierno español le podría ofrecer a los ciudadanos españoles que trabajen para empresas británicas o gibraltareñas, la «técnica» del convenio especial con la TGSS aplicable en estos casos, que suscriben, por ejemplo, los empleados de Repsol que trabajaban en los yacimientos petrolíferos de Libia, país con el que no hay acuerdo. Ahora bien, estos españoles deberán cotizar dos veces: a la seguridad social británica por aplicación del principio de territorialidad, y a la seguridad social española si además suscriben el convenio de seguridad social con la TGSS. Respecto a las pensiones no contributivas, no cambiará la situación ya que en la actualidad tanto las concedidas en España a españoles o extranjeros, como en Reino Unido son inexportables al requerir la residencia en el Estado deudor. De aquí que muchos ciudadanos residentes en España, acreedores de este tipo de pensiones del Reino Unido, opten por no registrarse en España, lo que no impide la inspección por parte de las autoridades británicas.

De otro lado, los Reglamentos 883/2004, 987/2009 y 1231/2010 permiten la exportabilidad a EEMM de los derechos sanitarios a todos los acreedores de las Cajas de Salud de otros EEMM<sup>73</sup>, independientemente de la nacionalidad, aunque con algunas excepciones. Así, en España y en todos los Estados-UE menos en RU y en Dinamarca que no extendieron el derecho de exportabilidad a los

---

<sup>72</sup> Vid. sobre este tema de Lozano Lares, Francisco, “Residencia y pensiones. La residencia de los gerontoinmigrantes”. Echezarreta Ferrer, Mayte (Coord.) *Derechos y obligaciones de los jubilados extranjeros en los lugares europeos de retiro*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, pp. 131-163.

<sup>73</sup> Cantero Martínez, Josefa. “La creación del nuevo derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza. Desafíos de la liberalización en nuestro modelo público sanitario”. En *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa (retos y desafíos para el sistema nacional de salud)*. Madrid. Thomson-Reuters Aranzadi, 2017, (en prensa). Cervell Hortal, María José, “Pacientes en la Unión Europea: libertad restringida y vigilada”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2011), Vol. 3, Nº 2, pp. 51-70 [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt). Álvarez González, Elsa Marina, “Residencia y derechos socio-sanitarios”, en Mayte (Coord.) *Derechos y obligaciones de los jubilados extranjeros en los lugares europeos de retiro*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, pp. 93-129.

no nacionales UE<sup>74</sup>, aplicarían los Reglamentos y la directiva a todos los asegurados en EEMM de la UE independientemente de su nacionalidad. Es decir, aunque los británicos adquirieran la nacionalidad española tras el *Brexit*, o alcanzen la ciudadanía europea por otra vía de las propuestas, España no les aplicará la normativa europea al ser asegurados de un Estado no miembro, sin embargo, si fueran británicos asegurados en Francia sí. Ahora bien, sí se la aplicará a los turcos, por ejemplo, asegurados en Italia que ejerzan sus derechos en virtud de la normativa europea. Esta situación es equiparable a los futuros jubilados españoles, trabajadores hoy en Reino Unido y también en Gibraltar, que hoy ven peligrar la exportación de sus pensiones y de sus derechos sanitarios igual que los británicos. La sanidad por tanto ocupa el primer lugar de las preocupaciones de nacionales de cualquier Estado, incluido los españoles que sean acreedores de la Administración británica. Les afectará en primer lugar en cuanto a la atención sanitaria de urgencia cuando estén en un Estado miembro menos de tres meses al no poder disfrutar de la tarjeta sanitaria europea; en segundo lugar cuando trasladen su residencia a España al no poder exportar sus derechos para convertirse así en asegurados de la sanidad española por una cuota fija anual que paga la Administración británica como deudora, tendrán por tanto que hacerse un seguro privado o celebrar un convenio con la seguridad social española; y finalmente, tampoco podrán programar su asistencia en cualquier hospital público o privado en España o en cualquier Estado miembro en virtud de la Directiva 2011/24, de 9 de marzo, por lo que las expectativas del mercado sanitario español fijadas principalmente en Reino Unido, se verían frustradas<sup>75</sup>.

Finalmente, uno de los temas que más preocupan a asociaciones e instituciones de atención socio-sanitarias españolas, es la protección de extranjeros vulnerables, la mayoría de avanzada edad, británicos muchos de ellos y con escasos o ningún apoyo familiar o social en España<sup>76</sup>. La UE no ha promovido ningún acto jurídico que prevea la coordinación de autoridades administrativas o judiciales de los Estados de origen y de destino para la protección de los adultos vulnerables, por lo que el *Brexit* no afectará, pero sí se ha manifestado a favor de ratificar el Convenio de La Haya de 2000 de Protección de Adultos del que forman parte de momento Escocia como parte del Reino Unido, Ale-

---

<sup>74</sup> Reglamento 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 por el que se amplía la aplicación del Reglamento 883/2004 y el Reglamento 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos.

<sup>75</sup> Álvarez González, Elsa Marina “Residencia y Derechos socio-sanitarios”, en Mayte Echezarreta Ferrer (dir.) La residencia de los gerontoinmigrantes, pp. 93 y ss.

<sup>76</sup> Vid. el estudio presentado por Inés Calzada en el 24 Congreso Mundial de Ciencias Políticas en julio de 2016 sobre los problemas de protección de los ciudadanos escandinavos en España. <https://translate.google.es/translate?hl=es&sl=en&tl=es&u=https%3A%2F%2Fwc2016.ipsa.org%2Fmy-ipsa%2Fevents%2Fistanbul2016%2Fpaper%2Fsocial-protection-without-borders-case-study-scandinavian-elderly-&anno=2>

mania, Francia, Finlandia, Estonia, Mónaco, Suiza, República Checa, algunos Estados a los que pertenecen la gran mayoría de GI asentados en España y cuya coordinación con sus autoridades sería de enorme importancia para la protección de estas personas<sup>77</sup>.

## CONCLUSIONES A MODO DE REFLEXIONES

1.º La desconexión del Reino Unido de la Unión Europea va a violentar el estatuto jurídico de millones de ciudadanos. En unos casos, de ciudadanos de cualquier nacionalidad, siempre que sean acreedores de derechos laborales, sociales o sanitarios de las administraciones de los Estados Miembros y quieran hacerlos valer en uno de ellos distinto al propio. Y, en otros casos, va a violentar el estatuto jurídico de los nacionales de los Estados miembros que quieran hacer valer los derechos derivados de la ciudadanía europea fuera de su Estado de origen.

2.º Solo para el ejercicio de los derechos de ciudadanía, resulta de interés ostentar la nacionalidad de un Estado miembro ya que es el vínculo de acceso según la legislación europea vigente. Para los demás derechos, solo queda esperar al resultado de los futuros acuerdos con el Reino Unido, al ser derechos basados en la confianza entre Estados y en la coordinación de sus administraciones, sin que la nacionalidad, en líneas generales, sea determinante.

3.º Analizadas las preocupaciones de los gerontoinmigrantes británicos (GIB) residentes en España, comprobamos que los derechos que más les preocupan no son precisamente los derivados de la ciudadanía europea, aunque hayan sido englobados bajo dicho paraguas. Sin embargo, sí lo son para los españoles, trabajadores en su mayoría en el Reino Unido, en particular el derecho a la libertad de circulación y de residencia. Resulta común para ambos colectivos, incluidos los trabajadores españoles en empresas británicas y por tanto también gibraltareñas, la preocupación sobre la exportación de las pensiones y los derechos sanitarios.

4.º De ahí que, la adquisición de la nacionalidad española por la que muchos británicos se están movilizando para conservar la ciudadanía europea, sea de escasa relevancia. De un lado, por el escaso interés identitario que para ellos representa ser españoles, además de por la falta de compromiso político con las instituciones del Estado, especialmente por parte de los gibraltareños. De otro lado, por la dificultad para cumplir con los requisitos que la legislación española vigente impone. Y, finalmente, porque la adquisición de la nacionalidad españo-

---

<sup>77</sup> Vid. el debate en el Parlamento Europeo el 1 de junio pasado, sobre la solicitud a la Comisión de instar un acto jurídico en materia de protección de adultos en las relaciones transfronterizas: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20170601+ITEM-005+DOC+XML+V0//ES&language=es&query=INTERV&detail=2-075-000>

la no garantiza los derechos que más les preocupan. Sin embargo, sí resulta de interés para los españoles la adquisición de la nacionalidad británica, salvo que pueda llevar vinculada discriminación según los supuestos de adquisición que anulen el interés por alcanzarla.

5.º Tampoco resulta eficaz la propuesta ante el Parlamento Europeo y la Comisión de desvinculación de la ciudadanía europea de la nacionalidad mediante la creación de una ciudadanía asociada de la que pudieran disfrutar los británicos tras consumarse el *Brexit*. Dicha propuesta requiere de una prolongada y dura inversión negociadora de todos los Estados miembros para modificar los Tratados, con escasas o ninguna probabilidad de éxito dada la sombra independentista que algunos Estados padecen, sin que compense totalmente las expectativas de los GIB, ni de los gibraltareños respecto a España. Es evidente que la propuesta no tendría eficacia para los españoles en territorio británico, por lo que no sería una medida recíproca y por tanto de escaso éxito en principio.

6.º En la actualidad, podemos decir que los derechos más ejercitados o, al menos más conocidos derivados de la ciudadanía europea, en gran medida, son extensibles ya a los ciudadanos de terceros Estados. Así, el derecho de sufragio en las elecciones municipales o al Parlamento Europeo no es privilegio exclusivo de los nacionales de la Unión, ya que cada Estado miembro los puede extender a otros nacionales de terceros Estados especialmente vinculados. Tampoco lo es el Derecho de Petición al Parlamento Europeo, extensible ya a los extranjeros residentes. Como tampoco, el derecho de circulación y residencia, cuya equiparación con extranjeros de terceros Estados ha permitido la Unión Europea en el ejercicio de su competencia en materia de extranjería<sup>78</sup>. Quizás esta es la vía más idónea, más flexible y más líquida en terminología de Bauman<sup>79</sup>, para que cada Estado-UE pueda negociar los límites del derecho de circulación y residencia de los nacionales de terceros Estados dentro de los márgenes que le permita la normativa de la Unión Europea. Esta es la última propuesta presentada en marzo de 2017: “Ciudadanía de la UE para los europeos: Unidos en la diversidad a pesar del *ius soli* y del *ius sanguinis*”, que se basa en la competencia de la UE en materia de extranjería, que solicita la concesión de similares derechos a los que confiere la ciudadanía de la Unión a los nacionales de terceros Estados. Actuar en el ámbito de la extranjería, resulta, a mi juicio más realista y eficaz que en el

---

<sup>78</sup> Ortiz-Arce de la Fuente, Antonio, “Los extranjeros no comunitarios ante el Derecho comunitario europeo. Las actuaciones de las instituciones comunitarias, de las instancias gubernamentales y de los gobiernos de los Estados comunitarios”. Contribución. Coloquio sur le dialogue interculturel, Comisión Europea, Jean Monnet Group on the Intercultural Dialogue, Bruselas 20-21 marzo 2002, 19 p. [http://www.ecsanet.org/dialogue/contributions/Ortiz\\_Arce.doc](http://www.ecsanet.org/dialogue/contributions/Ortiz_Arce.doc), p. 11; Fernández Sánchez, Pablo Antonio, “El marco jurídico de las relaciones Exteriores de la Unión Europea en materia de inmigración” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, Madrid, mayo/agosto (2007), pp. 463-510.

<sup>79</sup> Modernidad líquida. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica. 1999.

ámbito de la nacionalidad o de la ciudadanía, por lo que esta opción tiene a mi modo de ver, importantes perspectivas de futuro tanto respecto a los GIB como respecto a los gibraltareños. Sin embargo, respecto a los españoles residentes en territorio británico, como ciudadanos de la Unión, solo un acuerdo con los 27 podría garantizar su estabilidad, amenazada constantemente por Reino Unido ante el temor de llegadas masivas de ciudadanos rumanos y búlgaros. De momento, se está solucionado, aunque no para todos, mediante la obtención de la residencia permanente que se ha disparado desde junio pasado. En el acuerdo de la UE sobre el plan negociador del *Brexit*, (La Declaración de Roma, de 25 de marzo de 2017), aparece, en primer lugar, el compromiso de trabajar por la libertad de circulación, lo que, de momento es uno de los puntos de conflicto con Londres, pues, aunque al parecer es prioridad para ambas partes, el resultado depende de las condiciones y del orden que ocupe en la negociación.

7.º Respecto a la exportación de las pensiones y de los derechos sanitarios que son los derechos que en definitiva determinan la decisión de emigrar con ocasión de la jubilación, y que son derechos de gran relevancia también en la decisión de trabajar en el extranjero, solo un acuerdo de coordinación entre el Reino Unido y la Unión Europea podrá permitirlo.

# **BREXIT, GIBRALTAR Y FISCALIDAD INTERNACIONAL**

**ANTONIO PASTOR PALOMAR**

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad Rey Juan Carlos*

SUMARIO: I.—Introducción. II. El régimen fiscal de Gibraltar en relación con el del Reino Unido. 1. Autonomía. 2. Especialidad en el Derecho de la UE. III.—Compromisos internacionales de las jurisdicciones fiscales en el marco de la OCDE y del G-20 para luchar contra el fraude y la evasión fiscal. 1. Acuerdos fiscales sobre transparencia, intercambio de información, y cooperación administrativa. 2. Plan de Acción BEPS: la mejora de los procedimientos de solución de conflictos fiscales. IV.—Incidencia del *Brexit* en la fiscalidad de Gibraltar. 1. Según la fase de retirada de la UE. 2. Consecuencias en la fiscalidad directa e indirecta. V.—Conclusiones. La posición de España, el *Brexit* y la propuesta de cosoberanía fiscal.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Uno de los elementos de la propuesta de España de cosoberanía sobre Gibraltar (GIB), presentada el 4 de octubre de 2016 ante la Cuarta Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas, atañe al mantenimiento de un régimen fiscal particular que sea compatible con el Derecho de la Unión Europea (UE)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase el acta resumida de la tercera sesión de la Cuarta Comisión, A/C.4/71/SR.3, pp. 2-3. La Decisión de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada el 6 de diciembre de 2016, es la 71/521. Además del mantenimiento de un régimen fiscal particular, la propuesta se articula en la concesión de un estatuto personal para los habitantes que les permita adquirir la nacionalidad española sin renunciar a la británica, un régimen institucional autonómico, la cosoberanía de España y RU en las competencias de defensa, relaciones exteriores, control de fronteras, inmigración y asilo; e, igualmente, el libre acceso al

El desconocimiento de los detalles de la propuesta de cosoberanía, en materia fiscal, impide unas reflexiones adaptadas a ella<sup>2</sup>.

Tampoco está concebido todavía el régimen de retirada de la UE y de EURATOM del Reino Unido (RU) que, sin duda, afectará a los temas de fiscalidad. Por el momento, el 2 de febrero de 2017, el Gobierno del RU publicó el Libro Blanco del *Brexit* (*The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*)<sup>3</sup>, basado en los doce principios generales establecidos para guiar el proceso de retirada. Dentro del principio denominado «el fortalecimiento de la Unión (se entiende del RU)», se hace referencia a los intereses particulares de GIB en dicho proceso, dado que el Derecho de la UE se aplica en buena medida a ese territorio europeo de ultramar británico<sup>4</sup>. El 16 de marzo de 2017 el Parlamento británico aprobó la *EU Notification of Withdrawal Act*, por la que se confirió a la Primera Ministra el poder de notificación al Consejo Europeo acerca de la intención de retirarse de la UE, de conformidad con el artículo 50 del Tratado de la UE. La carta de notificación se produjo el 29 de marzo de 2017, sin mencionar Gibraltar, y en ella se destaca que el RU y la UE deben seguir trabajando para proteger los valores que comparten, lo que se puede aplicar a los estándares internacionales en materia de justicia fiscal y lucha contra la evasión<sup>5</sup>. El 30 de marzo de 2017 se publicó el Libro Blanco de la conocida como *Great Repeal Bill* o Ley de la retirada, cuyo título en inglés es *Legislating for the United Kingdom's withdrawal from the European Union*. En este Libro Blanco sobre la Ley de retirada se dedica un capítulo quinto a las dependencias de la Corona y a los territorios de ultramar, en el que se describen someramente las relaciones jurídicas de esos territorios con la UE, y se afirma el compromiso de tener en cuenta sus intereses en la futura relación del RU con la UE<sup>6</sup>. Parece claro, por otra parte, que

---

mercado interior y la aplicación de las políticas comunitarias en diversos ámbitos.

<sup>2</sup> Véase un comentario de la propuesta española realizado por ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “La nueva propuesta española de soberanía conjunta: Gibraltar en la encrucijada post*Brexit*”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 41, 2017, pp. 1-14. También, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “*Brexit* and Gibraltar: the Spanish proposal for joint sovereignty”, *Spanish Yearbook of International Law*, 2016, núm. 20, pp. 305-320.

<sup>3</sup> El *White Paper*, elaborado por el Departamento/Ministerio para la salida de la Unión Europea, está accesible en el sitio web del Gobierno del RU: <https://www.gov.uk/government/publications/the-united-kingdoms-exit-from-and-new-partnership-with-the-european-union-white-paper>

<sup>4</sup> A los Territorios de Ultramar británicos no se les aplica el Derecho de la UE, a excepción de GIB y de las áreas de soberanía en Chipre (ésta última sí forma parte del territorio aduanero de la UE). GIB es un territorio europeo al que se le aplica, con particularidades, el Derecho de la UE. Las Dependencias de la Corona británica están en la unión aduanera, sin formar parte de la UE. Sobre el *Brexit* y GIB, véase el trabajo, anterior al referéndum del 23 de junio, de MANGAS MARTÍN, A., “¿*Brexit*? Escenarios internacionales y Gibraltar”, *Real Instituto Elcano*, DT 9/2016, de 17 de junio de 2016, pp. 1-16, para quien «a reserva de lo que se pacte entre los 27 y el RU para su salida ordenada y la futura relación, se restablecerían las facultades de España, es decir, se vuelve al punto de partida, a los derechos que le reconoce a España el Tratado de Utrecht (cierre o apertura a discreción)» de la comunicación entre España y GIB, p. 13.

<sup>5</sup> El texto de la Ley se encuentra en el sitio web del Parlamento británico [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/9/pdfs/ukpga\\_20170009\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/9/pdfs/ukpga_20170009_en.pdf)

<sup>6</sup> El texto del Libro Blanco sobre la Ley de retirada, de 30 de marzo de 2017, está disponible aquí: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/604514/Great\\_re-](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604514/Great_re-)

los acuerdos sobre la futura relación entre la UE y el RU sólo podrán aplicarse a GIB con el consentimiento de España, como se señala en el punto 24 de las *Orientaciones consecutivas a la notificación del RU en virtud del artículo 50 del TUE*, adoptadas por el Consejo Europeo el 29 de abril de 2017<sup>7</sup>.

El análisis del tema es selectivo y práctico, pues se centra en mostrar la singularidad actual del régimen fiscal de GIB, en relación con el RU y con los marcos multilaterales de la UE y de la OCDE, para poder extraer las consecuencias del *Brexit*. Complementariamente, hay un análisis especulativo al relacionar esa dimensión del incierto *Brexit* con la incipiente y pragmática propuesta de cosoberanía. La orientación metodológica se realiza, primordialmente, desde el Derecho internacional público y el Derecho institucional de la UE.

## II. EL RÉGIMEN FISCAL DE GIBRALTAR EN RELACIÓN CON EL DEL REINO UNIDO

### 1. Autonomía

El punto de partida es la distinción de territorios de conformidad con el Derecho de Naciones Unidas. Según la Constitución de 2006, GIB posee autonomía fiscal respecto del RU, si bien, este Estado es el responsable de las relaciones exteriores y, por tanto, el que actúa en nombre de GIB frente a las instituciones de la UE cuando se realiza una reforma en el régimen fiscal del impuesto de sociedades de GIB que, por ejemplo, pueda suponer una ayuda de Estado (asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P<sup>8</sup>); o cuando deben notificarse las medidas adoptadas en el ordenamiento jurídico de GIB para adaptarse a la Directiva 77/799, ya derogada, sobre la asistencia mutua de las autoridades competentes de los EEMM en el ámbito de los impuestos directos e indirectos<sup>9</sup>. En estos casos, la legitimación pasiva en un procedimiento de incumplimiento ante el TJUE es del RU<sup>10</sup>.

La relación constitucional entre GIB y el RU permite, por otro lado, que éste imponga el pago de impuestos a empresas gibraltareñas, o de cualquier otra ju-

---

peal\_bill\_white\_paper\_print.pdf

<sup>7</sup> Disponibles en el sitio web del Consejo Europeo: <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/04/29-euco-Brexit-guidelines/>

<sup>8</sup> Asuntos Comisión Europea (C-106/09 P) y Reino de España (C-107/09 P) contra Gobierno de GIB y Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 15 de noviembre de 2011.

<sup>9</sup> Directiva del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, DOUE L 336, de 27 de diciembre de 1977. Derogada por la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, DOUE L 64, de 11 de marzo de 2011, a su vez, modificada por la Directiva 2016/881/UE del Consejo en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad, DOUE L 146, de 3 de junio de 2016, con fecha de transposición de 5 de junio de 2017.

<sup>10</sup> Asunto Comisión Europea y Reino de España contra RU (C-349/03), Sentencia del TJUE, de 21 de julio de 2005.

jurisdicción, en determinadas condiciones, como es el caso de proveedores de juegos de azar situados en Gibraltar y que presenten servicios a personas del Reino Unido (asunto pendiente ante el TJUE C-591/15). En efecto, GIB se ha servido de las instituciones de la UE para salvaguardar las ventajas de su sistema fiscal en relación con los de otros Estados miembros, incluido el RU.

De manera muy simplificada y siguiendo la interpretación de la OCDE de la *Income Tax Act 2010*, puede explicarse el sistema fiscal de GIB de la siguiente manera. Las empresas y particulares están sometidas a la imposición de sus rentas sobre la base territorial de la residencia. Respecto a las empresas, la gestión y el control debe realizarse allí o, si se realiza fuera, la actividad económica debe producirse en GIB por residentes habituales (al menos 183 días en un año fiscal o 300 días en 3 años fiscales consecutivos) en este territorio. Las empresas abonan un impuesto del 10% de los beneficios, salvo las de servicios públicos a un tipo del 20%. La renta mundial de los individuos residentes en GIB está sometida a una imposición reducida bajo un sistema progresivo cuyo tipo máximo es del 25%. Algunas rentas quedan exentas de tributación, como ciertos intereses bancarios y ganancias de capital<sup>11</sup>.

## **2. Especialidad en el Derecho de la UE**

El régimen fiscal del GIB está sometido al control del Derecho de la UE, en determinadas condiciones. Para estas cuestiones, me remito al trabajo en esta obra de la Profesora Cristina Izquierdo. Y por lo que se refiere a los 28 asuntos sobre GIB llevados al Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), me remito al trabajo de Miguel Sampol. La intervención de la UE en la fiscalidad directa e indirecta tiene como principal objetivo la armonización de los aspectos de los derechos tributarios nacionales que puedan causar distorsiones relevantes en la integración económica europea<sup>12</sup>. La base jurídica de la aplicación del Derecho de la UE a GIB, el artículo 355, apartado 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), no crea derechos y obligaciones complementarios entre el RU y GB que se añadan a los derivados del Derecho constitucional de estas jurisdicciones, según la conclusión 57 del Abogado General M. Szpunar, de 19 de enero de 2017, en el citado asunto C-591/15. Sabido es, por lo demás, que GIB no está sujeto al sistema común del IVA ni a la normativa armonizada en materia de impuestos especiales (accisas), y que no forma parte del territorio

---

<sup>11</sup> Cf. la *Income Tax Act* de 2010 y su interpretación en el documento del Foro Global de la OCDE que contiene el procedimiento de control de la transparencia e intercambio de información sobre GIB, en la fase 2, titulado *Phase 2 Implementation of the standard in practice*, de octubre de 2014, accesible aquí [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax-purposes-peer-reviews-GIB-2014\\_9789264222885-en#page16](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax-purposes-peer-reviews-GIB-2014_9789264222885-en#page16)

<sup>12</sup> Sobre este tema, véase HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., «El derecho fiscal comunitario», en *Derecho comunitario material*, LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.), Madrid, McGrawHill, 2000, pp. 251-266.

aduanero de la UE, según los artículos 28 y 29 del Acta de adhesión. Gibraltar, que es un tercer territorio en materia comercial, también queda excluido de la Unión Económica y Monetaria.

Gibraltar y el RU son dos territorios distintos y al Estado miembro se le aplica el Derecho de la UE por mor del artículo 52 del TUE. Ello no impide que uno y otro se consideren como una sola entidad, esto es, un Estado miembro que asume las relaciones exteriores de un territorio europeo, y que se entienda que entre ellos tienen lugar situaciones meramente internas, a los efectos de la aplicación de algunas disposiciones del Derecho de la UE, como el artículo 56 del TFUE sobre las restricciones a la libre prestación de servicios. Por la misma razón, se ha celebrado entre el RU y GIB el Acuerdo sobre intercambio de información en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro, de 19 de diciembre de 2005, sobre la base de la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses<sup>13</sup>. Según el preámbulo del Acuerdo, su celebración es necesaria al no ser aplicable esa Directiva en las relaciones bilaterales del RU y de GIB, pues no se consideran Estados miembros separados en sus respectivas relaciones.

Además, GIB puede llevar a cabo la cooperación fiscal internacional a través de la *International Co-operation Tax Information Act 2009*, de la *Evidence Act 1948* y mediante el Derecho de la UE, como la Directiva 2011/16/UE, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad<sup>14</sup>, que ha sido transpuesta por la *Income Tax Act 2010*. La Directiva 2011/16 ha sido modificada por una serie de 4 actos normativos cuyo fin principal es la lucha contra el fraude y la evasión fiscal transfronterizas para mejorar la recaudación de impuestos: la Directiva 2014/107, de 9 de diciembre de 2014, por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad, que se conoce como el CRS (*Common Reporting Standard* o Estándar Común de Información de la UE), y que en el ámbito de la OCDE se ha equiparado a un FATCA GLOBAL<sup>15</sup>; la Directiva 2015/2376, de 8 de diciembre de 2015, en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad, y que contempla el caso de los acuerdos tributarios previos entre empresas o contribuyentes específicos y Estados<sup>16</sup>; la Directiva 2016/881, de 25 de mayo de 2016, en lo que respecta

---

<sup>13</sup> DOUE L 157, de 26 de junio de 2003.

<sup>14</sup> DOUE L 64, de 11 de marzo de 2011.

<sup>15</sup> DOUE L 359, de 16 de diciembre de 2014. Sobre esta Directiva 2014/107, véanse los comentarios de P. MARTOS BELMONTE, “El nuevo estándar global de intercambio automático de información sobre cuentas financieras de la OCDE (CRS): estructura y funcionamiento. Aplicación del mismo en la UE: Directiva 2014/107 del Consejo de 9 de diciembre de 2014”, *Crónica Tributaria*, nº 159, 2016, pp. 103-130.

<sup>16</sup> DOUE L 332, de 18 de diciembre de 2015.

al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad<sup>17</sup>, y por la Directiva 2016/2258, de 6 de diciembre de 2016, en lo que se refiere al acceso de las autoridades tributarias a información contra el blanqueo de capitales<sup>18</sup>.

Para la celebración de acuerdos internacionales de fiscalidad, GIB necesita de la aprobación previa y de una *Letter of Entrustment* o mandato del RU, al ser éste el sujeto de Derecho internacional con *ius ad tractatum*, siendo el Estado el único responsable internacionalmente por las obligaciones contraídas. Este punto conduce a los compromisos internacionales asumidos por GIB en materia de lucha contra el fraude y la evasión fiscal.

### III. COMPROMISOS INTERNACIONALES DE LAS JURISDICCIONES FISCALES EN EL MARCO DE LA OCDE Y DEL G-20 PARA LUCHAR CONTRA EL FRAUDE Y LA EVASIÓN FISCAL

En la actualidad, los pilares que la OCDE y el G-20 han diseñado para la mejora del cumplimiento fiscal internacional son dos:

- El estándar global de intercambio automático de información sobre cuentas financieras (conocido como FATCA GLOBAL o Common Reporting Standard: CRS), cuyo resultado es el *Acuerdo multilateral entre autoridades competentes sobre intercambio automático de información de cuentas financieras*, de 20 de octubre de 2014<sup>19</sup>. España<sup>20</sup> y Reino Unido son signatarios y a GIB se le aplica por extensión del ámbito territorial de aplicación de los tratados de cobertura, con lo que España ha formulado una declaración unilateral de autoridades que preserve su posición en el contencioso. Recuérdesse que entre los

---

<sup>17</sup> DOUE L 146, de 3 de junio de 2016.

<sup>18</sup> DOUE L 342, de 16 de diciembre de 2016.

<sup>19</sup> BOE nº 193, de 13 de agosto de 2015. España lo tramitó como un acuerdo internacional administrativo, según consta en el acuerdo de toma de conocimiento del Consejo de Ministros de 24 de julio de 2015. Ello se debe a la doble cobertura, formal y material, que ofrecen el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, de 25 de enero de 1988 BOE nº 270, de 8 de noviembre de 2010, y el Protocolo de enmienda de 27 de mayo de 2010, BOE nº 276, de 16 de noviembre de 2012. Además, España ha hecho una declaración unilateral, de conformidad con el artículo 6 del Convenio de 1988, por la que se compromete al intercambio de información desde septiembre de 2017, respecto de información referida a 2016, y siempre que otras jurisdicciones hubiesen formulado declaraciones similares; por ejemplo, han hecho la declaración Reino Unido y Gibraltar. Otras jurisdicciones fijan esa fecha en septiembre de 2018. Con estos instrumentos se sigue el modelo FATCA con Estados Unidos, materializado en el Acuerdo entre el Reino de España y los EEUU de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA o Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras), de 14 de mayo de 2013, BOE nº 159, de 1 de julio de 2014.

<sup>20</sup> El Acuerdo de 2014 y la Directiva 2014/107 se transponen mediante el Real Decreto 1021/2015, de 13 de noviembre, por el que se establece la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas que ostenten la titularidad o el control de determinadas cuentas financieras y de informar acerca de las mismas en el ámbito de la asistencia mutua (BOE nº 275, de 17 de noviembre de 2015).

Estados miembros de la UE rige la Directiva 2014/107.

- Y el *Plan de Acción BEPS* (Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios), adoptado en 2013, que pretende evitar la doble exención (o la doble no imposición) o la baja imposición asociadas a prácticas que separen artificialmente los ingresos imposables de las actividades que los generaron<sup>21</sup>.

En el ámbito de la UE, ha tenido traducción en la *Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior*<sup>22</sup>.

Véanse estos desarrollos recientes en el sistema fiscal internacional desde la perspectiva triple de España, Reino Unido y Gibraltar.

### **1. Acuerdos fiscales sobre transparencia, intercambio de información, y cooperación administrativa**

La OCDE creó en el año 2000 el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información Fiscal, en el que participan como miembros unas 140 jurisdicciones, estatales (España y el Reino Unido) y no estatales (Gibraltar), y en el que también hay 15 organizaciones internacionales con estatutos de observadores<sup>23</sup>. El Foro pretende tener un alcance mundial y, por ello, no sólo está abierto a las jurisdicciones económicas de la OCDE. Puede definirse como un marco multilateral de control, mediante el método de la revisión por pares (dos expertos asesores de las jurisdicciones miembro del Foro), respecto de la aplicación adecuada de los estándares internacionales que permiten el intercambio de información fiscal con dos características: una, que se produzca a petición de una administración tributaria y, otra, que el intercambio sea automático<sup>24</sup>.

Todas las jurisdicciones se han comprometido políticamente con la OCDE al intercambio de información, previa *petición* de una administración; y, por el momento, 101 jurisdicciones han asumido con la OCDE el compromiso de que ese intercambio sea *automático*, incluyendo España, Gibraltar y Reino Unido.

---

<sup>21</sup> Disponible en el sitio web de la OCDE: <http://www.oecd.org/tax/plan-de-accion-contra-la-erosion-de-la-base-imponible-y-el-traslado-de-beneficios-9789264207813-es.htm>.

<sup>22</sup> DOUE L n.º 193, de 19 de julio de 2016. Véase el comentario de CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A., «La Directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el mercado interior: ¿El principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BESP?», *Revista de Contabilidad y Tributación, CEF*, 2017, n.º 407, pp. 5-56.

<sup>23</sup> Sobre los rasgos generales de la labor del Foro Global, puede consultarse el sitio web de la OCDE, accesible aquí <http://www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/>.

<sup>24</sup> Esos estándares se recogen en un documento de la OCDE denominado *Términos de Referencia*, y se basan en el Modelo de Acuerdo OCDE de 2002 sobre Intercambio de información en Materia Fiscal, y sus comentarios, así como en el artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario OCDE de 2004 sobre la Renta y el Capital, y en la Convención Modelo de Naciones Unidas de 2011 sobre la doble tributación.

El proceso de revisión del Foro se realiza en dos fases. En la primera fase se valora la capacidad para el intercambio de información del marco legal y regulatorio de una jurisdicción, y en la segunda se analiza la aplicación práctica de ese marco. Puede intervenir una fase complementaria de seguimiento del cumplimiento de las recomendaciones realizadas por el Foro. El resultado se produce en un informe aprobado por el Foro que se hace público y que puede contener recomendaciones para hacer frente a las carencias apreciadas<sup>25</sup>.

En consecuencia, las jurisdicciones estatales y no estatales han materializado estos compromisos mediante acuerdos internacionales de distinta naturaleza, adaptados a su estatuto internacional: convenios bilaterales de doble imposición y lucha contra la evasión fiscal (CDI), acuerdos bilaterales de intercambio de información fiscal (AIF), y acuerdos bilaterales y multilaterales de asistencia administrativa en materia fiscal (AAA)<sup>26</sup>.

La situación de GIB es la siguiente, según la información facilitada por el Gobierno del Reino Unido<sup>27</sup>.

- CDI: GIB no ha celebrado ningún CDI al no ser un Estado.
- AIF: GIB mantiene vigentes más de veinte acuerdos bilaterales, incluido uno de intercambio previa petición con el Reino Unido, firmado el 24 de agosto de 2009, modificado el 21 de noviembre de 2013 para incorporar el intercambio automático, y que se consideran tratados internacionales<sup>28</sup>. El firmado con Estados Unidos, el 8 de mayo de 2014, requirió un *entrustment* o mandato del RU a favor de Gibraltar para poder celebrarlo. Y recuérdese, de un lado, que el territorio intercambia información con los Estados miembros de la UE de conformidad con la Directiva 2011/16/UE, modificada; y, de otro lado, que se aplica a GIB el Acuerdo OCDE de 2014 sobre intercambio automático de información de cuentas financieras.

---

<sup>25</sup> La OCDE considera que este procedimiento de control ha cumplido positivamente sus objetivos, pues ha ayudado a que algunas adopten una legislación interna mejorada y más transparente, a que se aumente el volumen y la calidad de la información intercambiada, a que se progrese en la cooperación internacional mediante la expansión de la red de acuerdos, y a que haya más ingresos fiscales. Los datos pueden consultarse aquí: <http://www.oecd.org/tax/transparency/exchange-of-information-on-request/impact-of-the-review-peer-process-statistics.pdf>

<sup>26</sup> Los acuerdos internacionales celebrados por España (87 CDI, 5 AIF y 12 AAA) pueden consultarse en el sitio web de la Agencia Tributaria: [http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La\\_Agencia\\_Tributaria/Normativa/Fiscalidad\\_Internacional/Fiscalidad\\_Internacional.shtml](http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Normativa/Fiscalidad_Internacional/Fiscalidad_Internacional.shtml)

<sup>27</sup> Los acuerdos en la materia entre el Reino Unido y GIB pueden consultarse aquí: <https://www.gov.uk/government/collections/tax-information-exchange-agreements>

<sup>28</sup> El acuerdo de 2009 fue modificado por el Canje de Cartas de 21 de noviembre de 2013 que ya prevé el intercambio automático. En esa misma fecha GIB y el RU firmaron el Acuerdo para la mejora del cumplimiento fiscal internacional que incorpora los estándares internacionales de transparencia e intercambio de información. El 29 de septiembre de 2016 el RU y GB celebraron un cuarto Acuerdo de autoridades competentes, que completa el régimen de intercambio de información en línea con los CRS de la OCDE. Estos acuerdos pueden consultarse aquí: <https://www.gov.uk/government/collections/tax-information-exchange-agreements>

El 19 de diciembre de 2005 se celebró entre el RU y GIB el Acuerdo sobre intercambio de información en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro, sobre la base de la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003<sup>29</sup>. Según su preámbulo, este acuerdo se entiende necesario al no ser aplicable la Directiva en las relaciones bilaterales del RU y de Gibraltar pues no se consideran Estados miembros separados en sus respectivas relaciones. En suma, Gibraltar intercambia información bajo los estándares de la OCDE con unas 80 jurisdicciones.

- Asistencia Administrativa: Se produce el intercambio de información con todas las partes en el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de 25 de enero de 1988, en su forma enmendada por el Protocolo de 27 de mayo de 2010, pues como se ha dicho el Reino Unido ha extendido territorialmente su aplicación a Gibraltar.

## **2. Plan de Acción BEPS: la mejora de los procedimientos de solución de conflictos fiscales**

El objetivo del *Plan de Acción BEPS* es mejorar e incentivar el funcionamiento de los mecanismos de solución de conflictos fiscales y luchar contra la evasión fiscal por la vía del traslado de los beneficios empresariales a jurisdicciones de fiscalidad reducida o nula, perjudicando a los territorios donde la empresa crea valor y realiza su actividad económica sustantiva. El arbitraje fiscal internacional va ganando terreno, sobre todo, entre los Estados más prósperos de la OCDE y del G-20. En ese marco institucional, el 24 de noviembre de 2016 se ha adoptado una innovadora Convención multilateral, a la que se aludirá posteriormente.

Otra medida complementaria importante supone la adopción de un *estándar mínimo* en los comportamientos estatales que elimine los obstáculos para la efectividad de la solución de conflictos, por ejemplo: la aplicación de buena fe del CDI; la facilitación del acceso al procedimiento amistoso en los casos de ajustes en los precios de transferencia para eliminar la doble imposición económica en empresas asociadas; y la garantía de que los contribuyentes tengan acceso a los procedimientos amistosos cuando se reúnan las condiciones para ello. El estándar mínimo contaría con un mecanismo de supervisión del cumplimiento.

En este contexto, el 27 de enero de 2016, España y el RU firmaron el Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes para el intercambio de información país por país. Este Acuerdo implica la obligación para las multinacionales de presentar un informe país por país, con información desagregada de los impuestos que pagan en todos los Estados en donde tienen actividad<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, DOUE L 157, de 26 de junio de 2003.

<sup>30</sup> Véase la Nota de prensa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de 27 de ene-

El RU y España van asumiendo estas acciones y ello puede impactar en el *Brexit* y Gibraltar, como se analiza a continuación.

#### IV. INCIDENCIA DEL *BREXIT* EN LA FISCALIDAD DE GIBRALTAR

##### 1. Según la fase de retirada de la UE

Puede realizarse una primera consideración de carácter general e institucional, por lo que deben contemplarse las distintas fases del procedimiento de retirada:

- Negociación de la retirada. Se trata de la fase de activación del artículo 50 del TUE con la notificación del Reino Unido al Consejo Europeo, el 29 de marzo de 2017, y hasta la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, cumplido el plazo de 2 años desde la notificación. En principio, tanto el RU como Gibraltar seguirán sometidos al Derecho de la UE y, en consecuencia, tendrán que respetarlo y transponerlo en sus ordenamientos internos, en materia de fiscalidad y en todo lo pertinente al Derecho de la UE. Como señalan las *Orientaciones del Consejo Europeo* de 29 de abril de 2017, el plazo de dos años que establece dicho artículo 50 del TUE concluye el 29 de marzo de 2019.

Ya en esta fase, las autoridades del RU y de GIB deberán revisar los elementos de sus ordenamientos jurídicos que se derivan del Derecho de la UE, en orden a impugnarlos, mantenerlos como su propio Derecho, o reformarlos. Cabe presumir que, ante la complejidad de esta labor, inicialmente se mantendrá ese Derecho (se conoce en inglés por *grandfathering*), lo que conduce a la posible aparición de problemas en su aplicación e interpretación, por parte los agentes británicos y gibraltareños, de conformidad con lo realizado por las instituciones de la UE. En este sentido, en el principio 1 del Libro Blanco sobre el *Brexit* se afirma que, por ley o a través de la *Great Repeal Bill*, se derogará la Ley de las Comunidades Europeas de 1972 y convertirá el ‘acquis’ del Derecho de la UE en Derecho nacional para preservar los derechos y obligaciones existentes en el RU bajo el Derecho de la UE, y proveer de certidumbre a empresas y particulares. Lo mismo se refleja en la carta de notificación de retirada de 29 de marzo de 2017. En una segunda fase, el Parlamento británico decidirá qué elementos de ese Derecho se mantienen, modifican o derogan. Los Derechos internos del RU y de GIB también deberán tener en cuenta los acuerdos con la UE<sup>31</sup>. Y en el

---

ro de 2016, accesible en el sitio web de ese Departamento: <http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2016/S.%20E.%20HACIENDA/27-01-2016%20Nota%20firma%20acuerdo%20información%20%27pa%C3%ADs%20por%20pa%C3%ADs%27.pdf>

<sup>31</sup> Cf. los puntos 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 y 1.5 del Libro Blanco sobre el *Brexit*. Las grandes líneas de la *Great Repeal Bill* fueron anunciadas por el Gobierno al Parlamento británico el 10 de octubre de 2016.

punto 2 del Libro Blanco, titulado la toma de control de nuestra propia legislación, se asumen dos compromisos que pueden generar controversias: de un lado, se dice que se acabará con la jurisdicción del TJUE, y de otro lado se explicita que se honrarán los compromisos internacionales y se seguirá el Derecho internacional<sup>32</sup>. Las controversias entre el RU y los Estados miembros de la UE ya no quedarán sometidas a la exclusiva jurisdicción del TJUE, según dispone el vigente artículo 344 del TFUE, que debe leerse conjuntamente con el artículo 259 del TFUE sobre el recurso de incumplimiento<sup>33</sup>. Ya no habrá eficacia directa de las normas comunitarias ante los tribunales británicos, que puedan hacer valer empresas y particulares.

- La retirada efectiva. Los derechos y obligaciones del RU y de GIB dependerán del acuerdo, o acuerdos, de retirada y de relación futura con la UE y los Estados miembros. En el punto 20 de las *Orientaciones del Consejo Europeo* de 29 de abril de 2017 se establece que “un eventual acuerdo de libre comercio deberá (...) comprender salvaguardias contra ventajas competitivas desleales obtenidas a través de medidas y prácticas tributarias, sociales, medioambientales y reglamentarias, entre otras”<sup>34</sup>.

## 2. Consecuencias en la fiscalidad directa e indirecta

En segundo lugar, en cuanto a la fiscalidad directa e indirecta, cabe exponer las siguientes situaciones relativas al Reino Unido y a GIB:

- El Derecho del Reino Unido sobre el IVA está lógicamente basado en la normativa de la UE, por lo que -en teoría- podría impugnarse este sistema. Aunque esta derogación no es presumible dada su efectividad en la recaudación, parece claro que el RU dispondría de flexibilidad para definir nuevas exenciones y tipos impositivos. Además, el RU sería un tercer Estado para las transacciones afectadas por el IVA y realizadas con España y el resto de Estados miembros. En principio, se levantarían los derechos de

---

El punto 1 del primer principio del Libro Blanco concluye con el razonamiento del mantenimiento transitorio de la vigencia del Derecho de la UE, a saber: «The Government’s general approach to preserving EU law is to ensure that all EU laws which are directly applicable in the UK (such as EU regulations) and all laws which have been made in the UK, in order to implement our obligations as a member of the EU, remain part of domestic law on the day we leave the EU. In general, the Government also believes that the preserved law should continue to be interpreted in the same way as it is at the moment. This approach is in order to ensure a coherent approach which provides continuity. It will be open to Parliament in the future to keep or change these laws».

<sup>32</sup> Punto 2.3 del Libro Blanco sobre el *Brexit*.

<sup>33</sup> En el punto 2.9 del Libro Blanco sobre el *Brexit* se dice que el RU buscará acordar con la UE una nueva aproximación a los mecanismos de solución de controversias, sin especificarse ningún modelo, aunque se hayan puesto como ejemplos el mecanismo del Acuerdo UE-Canadá, o CETA.

<sup>34</sup> Las *Orientaciones* están disponibles en el sitio web del Consejo Europeo: <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/04/29-euco-Brexit-guidelines/>

aduanas en el intercambio de bienes a desde el RU, aunque puede especularse que el Estado se guiaría por el Código Aduanero de la Unión<sup>35</sup>.

- Como se ha afirmado, Gibraltar no está sujeto al sistema común del IVA por lo que el *Brexit* sólo le afectaría en lo que el Derecho de la UE se ocupa indirectamente del IVA y Gibraltar, por ejemplo, la Directiva 2011/16 y sus modificaciones. Concretamente, Gibraltar debería seguir sometida con carácter general a los estándares internacionales de intercambio de información y de asistencia mutua entre las autoridades fiscales de las respectivas jurisdicciones, planteándose la necesidad de conclusión de acuerdos específicos con los Estados miembros.
- En materia de fiscalidad directa, es evidente que pueden verse afectadas las empresas británicas y gibraltareñas, así como las del resto de Estados miembros en la medida en que los sistemas fiscales discriminen positiva o negativamente a unas y otras<sup>36</sup>. Asimismo, aunque dejen de aplicarse las Directivas de la UE relevantes, como la 2016/1164, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior<sup>37</sup>, tanto el RU como GIB estarán constreñidos por el *Plan de Acción BEPS* de la OCDE.
- En materia de eliminación de la doble imposición, el RU es parte del Convenio de Arbitraje de la UE en materia de litigios sobre precios de transferencia, de 23 de julio de 1990<sup>38</sup>. Además, España y el Reino Unido han celebrado el CDI de 14 de marzo de 2013 que prevé un procedimiento arbitral (artículo 25.5) supletorio del procedimiento amistoso de resolución de un conflicto debido a una imposición no conforme con el CDI (artículo 25.1)<sup>39</sup>. Para hacer efectivo este arbitraje hace falta un acuerdo interestatal posterior o la prestación del consentimiento en obligarse por el *Convenio Multilateral para implementar medidas que eviten la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, de 24 de noviembre de 2016. El arbitraje sólo se ha incorporado en 3 CDI firmados por España (Reino Unido, Estados Unidos y Suiza), dentro de una tupida red de 87 tratados. Esta pobre suma puede multiplicarse con el consentimiento del citado Convenio Multilateral de 2016. Los posi-

---

<sup>35</sup> Establecido por el Reglamento UE 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, DOUE L 269, de 10 de octubre de 2013.

<sup>36</sup> Sobre el tema, véase el dossier preparado por el despacho anglo-australiano, HERBERT SMITH FREEHILLS, *Brexit: Charting a new course. Legal Guide*, febrero 2017, pp. 40-42.

<sup>37</sup> Directiva 2016/1164/UE del Consejo, DOUE L 193, de 19 de julio de 2016

<sup>38</sup> BOE n.º 304, de 21 de diciembre de 1994. También, el Protocolo por el que se modifica el Convenio, hecho en Bruselas el 25 de mayo de 1999, cuya aplicación provisional se ha publicado en el BOE n.º 22, de 26 de enero de 2000.

<sup>39</sup> BOE n.º 118, de 15 de mayo de 2014.

bles incentivos fiscales británicos a las empresas, tras el *Brexit*, pueden incrementar los conflictos tributarios derivados del CDI con España, y Gibraltar puede verse implicado cuando, por ejemplo, una empresa gibraltareña tenga dividendos en España a favor de socios que son nacionales británicos<sup>40</sup>. En este orden, la inaplicación al RU de la normativa UE que elimine la imposición en origen de los pagos de intereses y cánones efectuados entre empresas asociadas de diferentes Estados miembros<sup>41</sup> puede conducir a que esos pagos no sean gravados una sola vez, y que se tenga que acudir al respectivo CDI con el RU para comprobar que un holding empresarial europeo no se somete a doble imposición, haciendo el territorio británico menos atractivo para este tipo de empresas.

- El *Brexit* puede tener un impacto negativo en la fiscalidad de las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital cuando se vea envuelta una empresa británica, que ya no se beneficiará de la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005<sup>42</sup>.

## V. CONCLUSIONES. LA POSICIÓN DE ESPAÑA, EL BREXIT Y LA PROPUESTA DE COSOBERANÍA FISCAL

La propuesta de cosoberanía de España en materia fiscal —si llegara a producirse— debe ser pragmática, es decir, debe diseñarse en función de la especificidad de GIB —como se ha expuesto en los puntos anteriores—, y debe atender a los desarrollos que tengan lugar en la negociación de los acuerdos entre el RU y la UE. A pesar de los avances constatados por la OCDE, en el Derecho español Gibraltar tiene actualmente la consideración de paraíso fiscal, en virtud del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio<sup>43</sup>, y con base en la disposición final segunda de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias<sup>44</sup>. En la primera fase

---

<sup>40</sup> Consulta vinculante Dirección General de Tributos de 18 de junio de 2013, accesible en el sitio web de esa Dirección General del Ministerio de Hacienda y Función Pública <http://www.minhfp.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Doctrina/Paginas/ConsultasDGT.aspx>

<sup>41</sup> Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, DOUE L 157, de 26 de junio de 2003.

<sup>42</sup> Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, DOUE L 310, de 25 de noviembre de 2005, modificada.

<sup>43</sup> BOE n.º 167, de 13 de julio de 1991. También es relevante la Orden ECO/2652/2002, de 24 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de comunicación de operaciones en relación con determinados países al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias /BOE n.º 260, de 30 de octubre de 2002. .

<sup>44</sup> BOE n.º 288, de 28 de noviembre de 2014. Esta Ley 26/2014 modifica la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal

de la elaboración de una lista UE de paraísos fiscales (fase *scoreboard* o marcador, previa a las fases de examen y listado), el 14 de septiembre de 2016 la Comisión Europea constató que Gibraltar era una de las jurisdicciones que no cumplían adecuadamente «al menos uno de los indicadores», lo que no equivale a considerarlo, por el momento, un paraíso fiscal o una jurisdicción no cooperativa<sup>45</sup>.

En el trabajo se ha constatado que el régimen fiscal de Gibraltar es autónomo respecto del Reino Unido y peculiar en el marco del Derecho de la UE. Con la retirada y bajo el actual estatuto dependiente del RU, la colonia tendrá más capacidad para conformar su sistema tributario dentro de su marco constitucional, otorgando privilegios a determinadas empresas y particulares. Más autonomía puede significar menor control multilateral, pese a que siembre quedan la OCDE y el G-20.

No parece factible que la sociedad internacional permita a GIB potenciar con el *Brexit* su condición de paraíso fiscal. El RU y GIB se han comprometido y transpuesto en sus ordenamientos jurídicos internos los estándares internacionales de la OCDE sobre transparencia fiscal (CRS), recogidos también en la normativa de la UE. Entre ellos han suscrito 4 acuerdos que pretenden cumplir con los CRS. Podría deducirse de ello un compromiso de *standstill* en el sentido de la no introducción de sistemas fiscales contrarios a los principios de transparencia e intercambio de información<sup>46</sup>.

Ambos territorios han celebrado una extensa red de acuerdos internacionales con múltiples jurisdicciones, de intercambio de información automática y previa petición, así como de cooperación administrativa fiscal, que no es razonable que impugnen con el *Brexit*. Lo normal es que sigan vinculados por esas obligaciones internacionales y que asuman otras en la misma línea, supliendo las derivadas del Derecho de la UE, con la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales con los Estados miembros. Una vez fuera de la UE, GIB y los Estados miembros tendrían que suplir los mecanismos del Derecho de la UE sobre intercambio de información y cooperación administrativa fiscal.

Un acuerdo bilateral de GIB con España sobre transparencia e intercambio

---

(BOE nº 286, de 30 de noviembre de 2006). La condición de paraíso fiscal en el Derecho español se constata en la Sentencia del TJUE de 25 de abril de 2013, en el asunto C-212/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de España, en el procedimiento *Jyske Bank GIB Ltd. y Administración del Estado*, pár. 20.

<sup>45</sup> Documento de la Comisión Europea titulado *First Step towards a new EU list of third country jurisdictions: Scoreboard*, 14 de septiembre de 2016, accesible aquí [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/2016-09-15\\_scoreboard-indicators.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/2016-09-15_scoreboard-indicators.pdf) La fase de examen o *screening* comenzó en enero de 2017 y finalizará en octubre de 2017 cuando se pase a la fase de listado, que debe culminar en diciembre de 2017.

<sup>46</sup> A este respecto, GIB se comprometió con la OCDE en el contexto de la iniciativa sobre competencia fiscal dañina, elaborada en 1998, mediante carta del Ministro Principal de 27 de febrero de 2002. El informe de progreso de 2001 de la OCDE puede consultarse aquí: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/2664450.pdf>

de información fiscal no se presume viable tras el *Brexit*, y con el contencioso vivo, por razones políticas y técnico-jurídicas (ni siquiera con el *entrustment* del RU). Ahora bien, la cosoberanía sí permitiría una relación fiscal con España más transparente, con independencia de que, en el acuerdo de retirada, la UE y el RU puedan regular el marco de sus relaciones fiscales.

Por otro lado, Gibraltar ya no podrá llevar una reforma fiscal del RU que le afecte directamente ante las instituciones de la UE; sí lo podría hacer respecto a España, o cualquier otro Estado miembro, en el contexto de una cosoberanía que le permitiera permanecer en la UE. Todo esto dependería también de un hipotético acuerdo entre el RU y España acerca de esa soberanía compartida, cuestión incierta.

