

# CONSTITUCIÓN EUROPEA Y DERECHO MERCANTIL

---

RAFAEL ILLESCA  
Catedrático de Derecho Mercantil  
en la Universidad Carlos

La desaparición, prematura, de Ricardo Franco constituye un dolor grande para sus amigos –entre los que me autoincluyo a sabiendas de que nuestro afecto ha sido siempre recíproco-. Además, su desaparición ha constituido una gran pérdida para Europa en Andalucía y más concretamente en Sevilla; también para Andalucía y Sevilla en Europa. Ricardo ha sido desde que lo conocí un europeísta no solo entusiasta, convencido y conocedor sino también activo y viajero. Y Europa se ha hecho, se sigue haciendo, viajando: no por placer ni por diversión sino por obligación y con tareas concretas que llevar a cabo en el lugar de destino; no siempre a lugares de *glamour* sino, con más frecuencia de lo recomendable, a medianas y monótonas ciudades muy frías en invierno o demasiado calurosas en verano. Ricardo siempre ha ido a todas partes para contratar un programa o ejecutar una actividad de promoción europea. Ya gravemente enfermo me contó que poco tiempo antes había pasado algo más que unos días en Ulam Bator en una misión comunitaria. Probablemente ha sido de los pocos andaluces que han trabajado en Mongolia, con la nieve hasta el cuello y el viento estepario penetrando por todos los poros.

Nos conocíamos desde que cursé Derecho Mercantil no recuerdo exactamente cuándo. Años más tarde, en 1981, se produjo la creación del Centro de Documentación Europea de Sevilla, promovido por Gian Paolo Pappa y auspiciado por el entonces Rector de la Universidad Guillermo Jiménez Sánchez. Fue uno de los tantos milagros de la época operados por la conjunción del europeísmo militante y el euroescepticismo tan generalizado como generoso del momento; la Junta de Andalucía –todo hay que decirlo- prestó apoyo no sin titubeos iniciales y reticencias permanentes. Inmediatamente tras la creación del Centro apareció en mi despacho Ricardo; de la mano de su inquebrantable amigo Borja Mapelli. Quería trabajar en el tema europeo y no había tantos sitios donde hacerlo por aquellos tiempos al sur de los Pirineos. Se había licenciado en Derecho no había mucho conocido la noticia de la creación del CDE. Sus credenciales como estudiante no eran exclusivas pero como poliglota nadie lo superaba en la Sevilla del momento: dominaba todos los idiomas occidentales con singular soltura y eso era lo que el CDE necesitaba. Su familiaridad con la vida continental le venía de la profesión paterna –y fraternas- así como de varias etapas de residencia fuera de España. Su aptitud para las relaciones sociales era tan habitual para tantos de los nacidos en Andalucía la Baja. La condición de jurista con aficiones económicas completaba el perfil del personaje el cual fue rápidamente vinculado con el Centro probablemente a través de algún contrato-basura con los que nuestra universidad viene tradicionalmente vinculando a quienes sin aficiones docentes resultan investigadores eficaces, imprescindibles gestores o necesarios hombres de acción.

Desde 1981 hasta el día de su muerte hacia finales de 2004, Ricardo ha sido el protagonista ininterrumpido de la vida del CDE de Sevilla: la única persona que ha seguido en directo el devenir del Centro a lo largo de sus casi 24 años de existencia. Los directores hemos ido pasando al hilo de los vaivenes de la profesión académica o del capricho político, documentalista no siempre existió, los becarios se han sucedido con la cadencia presupuestaria de sus subsidios, los investigadores han rotado al albur de sus programas científicos. Ricardo Franco siempre ha estado en el Centro. Hasta su final. Por ello estas líneas de agradecimiento, recuerdo y homenaje me resultan una obligación elemental para con él y su memoria. Durante los años de mi dirección –desde 1981 hasta 1990–, en efecto, Ricardo se erigió en pieza fundamental del modesto y casi único engranaje de difusión europeísta en Andalucía y norte de África que fué el CDE de Sevilla en aquellos años que precedieron y siguieron inmediatamente a la adhesión española de 1985.

Su memoria ahora evocada incluso requiere más. Me atrevo a sugerir en esta oportunidad escrita –lo hice verbalmente en una reciente conferencia en la Facultad sevillana de Ciencias Económicas y Empresariales– que la escueta denominación del CDE de la Universidad de Sevilla pase a ser la de CDE “Ricardo Franco” de la Universidad de Sevilla. Han sido muchas las intervenciones de Ricardo, siempre en un efectivo y determinante segundo plano y sin ambición mediática o política alguna, a lo largo de los lustros de su actividad y activismo europeos: colaboración en la participación andaluza en las negociaciones de adhesión españolas; redacción del primigenio “Europa/SUR” así como en su sucesor, el mucho más oficialista “Andalucía-Junta”; dinamización de multitud de programas de divulgación y cooperación radicados en Andalucía o de participación andaluza con las cámaras de comercio, universidades, patronales, sindicatos, gobiernos regionales, entre otros –jornadas, reuniones, cooperación mediterránea, Erasmus, proyectos transfronterizos, masteres–. Todo ello, además, superando su miedo escénico, su miedo a hablar en público que siempre le persiguió –en contraste con su muy buena escritura– como una pesada tara desde que lo conocí, miedo que venía superando en los últimos años de su vida.

Escribir en su recuerdo estas líneas sobre constitución europea y derecho mercantil me parece que es manifestación intelectual apropiada del vínculo profesional que siempre nos ha caracterizado desde el año 1981 hasta la fecha de su desaparición.

---

Nuestro país se dispone a decidir, primeramente mediante referéndum consultivo, acerca del destino del Tratado por el que se establece una Constitución Europea –*vulgus*, la Constitución Europea– en los mismos días en que estas ideas son plasmadas para un número especial del Anuario de Derecho Europeo. El referéndum no es sino una primera pieza de uno de las veinticinco cuentas que componen el rosario de ratificaciones que en plazo aproximado de dos años, contándose desde finales de 2004, pueden conducir a la vigencia de dicho Tratado y Constitución. La decisión se nos propone adoptar a los españoles cuando todavía resulta incierta la integración completa del ciclo de ratificaciones: algunas opi-

niones públicas nacionales, en efecto, no son por el momento mayoritariamente partidari del nuevo texto por el momento. El caso español no parece sin embargo conflictivo si bi es objeto de creciente politización partidista.

Resulta más que obligado, en las actuales circunstancias, reflexionar, ante todo, en ténminos generales y amplios sobre el texto que se nos propone adoptar como nueva regla de entendimiento continental.

Lo primero que llama la atención es lo tardío –respecto de la fecha del referendun– co que en España no solo el electorado sino incluso los mismos Centros de Documentació Europea, dependientes de la Comisión Europea, han podido disponer del texto definitiv en nuestro idioma: solo un mes largo antes de la jornada electoral los ciudadanos y l Centros han dispuesto del texto del nuevo Tratado en español<sup>1</sup>-así califica a nuestra lenga castellana su artículo 448- y en las restantes leguas cooficiales españolas. Es verdad que ha sido con profusión y generosidad por parte del Gobierno. El regalo que recibieron l compradores de periódicos el pasado domingo 16 de enero –el texto del Tratado- sirv para comprobar, ante todo, la extensión de la nueva Constitución: nada menos que 448 ar culos sin contar los protocolos y declaraciones adicionales. Sin duda que excesiva para u documento destinado a ser leído, comprendido, amado y respetado por los ciudadanos. I es incluso para los juristas quienes nos enfrentamos con un texto desmesurado, más larg que cualquier ley nacional excepto los Códigos Civil, de Comercio, Penal y Procesale Estos factores ponen de manifiesto que estamos ante un texto destinado más a gobern delicados equilibrios en las relaciones entre los Estados, parcialmente soberanos, mier bros de la Unión que a producir el reconocimiento polítco de la aparición de una nue nación, mucho menos de un nuevo estado: sin ir más lejos, la Constitución federal de l Estados Unidos, hecha en 1787, disponía y sigue disponiendo simple y asombrosamen de solo 7 –¡¡¡siete!!!- artículos. En tales condiciones no es de extrañar que se pueda dec que es más fácil amar a y creer en Europa que conocer sus reglas de funcionamiento. Est componen un tupido y enmarañado bosque normativo , además de un auténtico laberint. Lo segundo llamativo –llegando ya al mundo del derecho de los negocios y su contempl ción por la Constitución Europea- es el olvido de dicho mundo por parte del, en su mome to, muy debatido Preámbulo del documento: la conocida disputa confesional cristiana l venido a ser cerrada con una referencia frontal a la “herencia ... religiosa ... de Europa Sorprendente, por el contrario, que no se encuentre referencia alguna en el Preámbulo haya habido debate mínimo al respecto ni se pague el más mínimo tributo en dicho prel minar al papel determinante que la vida e instituciones económicas y empresariales hz jugado en los cincuenta años de integración europea: no en vano el Tratado de 1957 a su tituir por la Constitución instituyó la Comunidad Económica Europea y durante década hemos hablado todos de, simplemente, el Mercado Común. Este reproche, por demá adquiere mayor fundamentación si se leen los primeros artículos del nuevo texto: no so los objetivos más abundantes de la Unión constitucional son de índole económica sino qu

<sup>1</sup> Salvo quienes hayan estado suscritos al “Diario Oficial de la Unión Europea” el cual publicó el texto de la proyecta Constitución en todos los idiomas oficiales de la Unión el día 16 de diciembre de 2004 –DOUE nº C 310 del citado 16 de diciemb de 2004-. No es ciertamente que la diferencia de fechas entre una y otra publicación haya resultado excesiva.

las competencias para el logro de esos objetivos económicos son aquellas sobre las que la propia Unión ejerce con carácter exclusivo sus poderes políticos (artículo I-3 y I.13 entre otros): alguna mención preliminar hubiera merecido, así pues, la integración e interdependencia económica no solo como motor histórico de la ahora Unión sino también como objetivo futuro de la misma.

Son reproches menores, de planteamiento; reproches teóricos, si se quiere, a un texto que ciertamente es una criatura política gestada por políticos y que metodológicamente adopta como instrumento para su formulación la fusión de documentos preexistentes –los Tratados en vigor desde 1957 y sus sucesivas actualizaciones así como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicada en 2000, sin hasta el momento dotada de carácter vinculante y reiteradora de derechos ciudadanos consagrados en todas las constituciones europeas vigentes-. Sin duda que con ciertos refinamientos y con nuevas reglas parciales de reparto y ejercicio de poderes entre los propios Estados miembros y las instituciones unionistas. Poco más.

En efecto, como tercer elemento de reflexión, ha de señalarse que la nueva Constitución no consagra ningún nuevo reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros: ni son transferidas nuevas facultades desde éstos a aquélla ni por parte de la Unión es objeto de devolución a los Estados atribución preexistente alguna. El nuevo tratado cumple, así pues, una función prácticamente neutral respecto de la atribución de competencias entre los diferentes sujetos comunitarios sin que cesiones o retrocesiones de soberanía estatal se vean involucradas en el texto constitucional que se nos propone. Por así decir, este consolida y racionaliza el *statu quo* competencial anterior basado principalmente en los acuerdos contenidos en los Tratados de 1957, Acta Unica Europea y Maastricht; el de Niza últimamente fue no tanto un acuerdo sobre competencias cuanto sobre atribución de poderes y fórmulas para su ejercicio.

Es en este último ámbito donde el texto de 2004 incorpora las novedades de mayor calado, incluyendo tratamiento unionista para esferas de política exterior, seguridad y justicia: nuevas mayorías en el Consejo de Ministros; nuevos poderes, mayorías y composición del Parlamento Europeo y enrolamiento de los Parlamentos Nacionales de los Estados miembros en la gran parte de las tareas legislativas de la Unión constituyen las tres innovaciones con las que se pretende hacer más visible la Unión y más representativas sus instituciones sin que ello constituya garantía de su eficacia ni incremento de su gobernabilidad. Esta materia, de enorme calado máxime en un proceso permanente de ampliación del número de Estados miembros, no constituye sin embargo el objeto de este homenaje.

Lo dicho hasta ahora, poco relacionado con el Derecho mercantil, a cualquier lector avezado le habrá bastado para llegar a la conclusión apetecida: el mundo industrial y comercial así como su régimen jurídico poca modificación padecen por mor de la Constitución que viene. En efecto, el segundo gran objetivo de la Unión consiste en ofrecer mediante ella a sus ciudadanos “un mercado interior en el que la competencia sea libre y no esté falseada” (artículo I-3.2) así como “un desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y

en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente” (artículo I-3.3). Al mismo tiempo, “la Unión garantizará en su interior la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales y la libertad de establecimiento” (artículo I-4.1).

En punto a la consecución de los fines mencionado por el texto constitucional se reitera –mejor que se establece- la competencia exclusiva de la Unión en aspectos cruciales sin los cuales el buen funcionamiento de dicho mercado interior quedaría en entredicho: entre otros se mencionan la unión aduanera, las normas disciplinadoras de competencia empresarial, la política monetaria de Eurolandia y la política comercial común para con los terceros países (artículo I-13.1). Estos elementos esenciales del mercado interior europeo se declaran, así pues, de la competencia exclusiva de la Unión. Curiosamente, sin embargo, el propio mercado interior se considera ámbito de competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros (artículo I-14.2.a<sup>2</sup>) negándosele la condición de ámbito de competencia exclusiva unionista. Lo mismo acontece con el listado de las políticas comunitarias actualmente existentes, desde la política social hasta la salud pública pasando por la agricultura o el transporte. El núcleo duro y la más extensa parte, por así decir, del campo de aplicación del Derecho mercantil en cuanto que derecho privado de la economía se integra, así pues, en el ámbito de competencias compartidas entre la Unión y sus Estados miembros, con la salvedad contractual que más abajo se mencionará.

Este reparto de competencias entre Estados miembros y Unión es fruto empírico de la experiencia europea de los últimos 20 años conforme a la cual la construcción del mercado interior solo ha venido resultando posible mediante la iniciativa continua, no siempre atendida, de la Comisión y la generalizada cooperación ejecutiva de los Estados tan solo puntualmente reticentes: reticentes en efecto en aquellas concretas parcelas del mercado en el que la amplitud del mismo contrasta con el ánimo proteccionista favorable a sus concretos campeones nacionales empresariales o sectores económicos relevantes, potencialmente amenazados por la apertura y la presumiblemente intensa competencia europea. En orden a la superación de estas reticencias el apoyo del Tribunal de Justicia a la causa liberalizadora ha sido –y ha de continuar siendo- inestimable. Todo ello en un proceso que ni es rápido ni flexible ni seguro; que viene, así pues, requiriendo la intervención conjuntada de todas las instituciones comunitarias y la voluntad de los Estados. No adecuado en exceso a las exigencias de anticipación y reacción adecuada y pronta impuestas por la participación europea en la economía global.

El precio a pagar por este respeto a la práctica existente puede resultar excesivo, a la vista de cómo se consagra en la Constitución que viene: consiste en la sumisión de todo el mercado interior y su disciplina al actualmente muy reforzado principio –ya regla de rango constitucional- de la subsidiariedad. Farragosamente el artículo I-11.3 y minuciosamente

<sup>2</sup> Dice así el artículo I-14 en sus líneas iniciales:

“1. La Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando la Constitución le atribuya una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos I-13 y I-17.

“2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales:  
“a) el mercado interior ...”.

uno de los múltiples Protocolos del Tratado constitucional<sup>1</sup> someten a dicho principio los ámbitos de competencia compartida entre la Unión y sus Estados y, entre ellos, el mercado interior. También el precepto mencionado define con exactitud el alcance de la subsidiariedad: esta supone un límite efectivo a la armonización jurídica del mercado interior restringiendo las facultades normativas de la Unión a su puesta en práctica “solo en el caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional o local”. Constituye así la subsidiariedad un apretado corsé que la Unión se autoimpone en su actividad disciplinadora del mercado interior en beneficio de los órganos legislativos de los 25 Estados miembros y sus trescientas regiones, corsé que resulta ahora elevado a superior rango. Sin ir más lejos y a modo de ejemplo, puede indicarse que la ineficiente e insegura situación en Europa del comercio electrónico es fruto, en apreciable medida, de las constricciones que la subsidiariedad ha venido imponiendo a la Unión hasta el día de hoy en punto al establecimiento de un régimen jurídico uniforme para dicha actividad. Con la futura Constitución tales constricciones se mantienen e incluso se incrementan y extienden; ello en un aspecto de la Unión como el económico en el que la exigencia de armonización y uniformidad en sus normas reguladoras es muy superior al de otros muchos como el cultural o educativo<sup>4</sup>. Mejor hubiera sido un reparto en materia de mercado interior más moldeable con posibilidad cierta de excluir sus aspectos fundamentales cuanto menos de la regla de la subsidiariedad, con el consiguiente incremento de armonización -y seguridad-jurídica.

Las observaciones generales que se vienen efectuando comprenden virtudes y defectos, no tanto vicios, de la Constitución por venir. En el balanceo entre unas y otros sin duda que el mantenimiento del *statu quo* jurídico-económico tiene poderosa fuerza atractiva y peso determinante en orden a su aceptación: sin mercado interior, Europa no sería nada en la época de la globalización. Lástima, no obstante, que las mejoras constitucionales hayan apenas alcanzado este ámbito. Ello no obstante deben citarse como méritos del nuevo texto la claridad e incluso reiteración con la que se hace consagración de “una economía de mercado abierta y de libre competencia” en cuanto que principio rector de la política económica y monetaria de la Unión y sus Estados miembros –con la relativización € ya citada–: hasta en tres preceptos distintos, en efecto, la Constitución lo menciona en los idénticos ya

Es obvio que el mercado interior no se menciona en ninguno de los dos preceptos citados en el párrafo 1 del artículo reproducido en esta nota.

<sup>3</sup> Se trata del Protocolo 2, denominado “Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”. Ni el texto completo ni el resumido de los protocolos anexos al Tratado de la Constitución Europea no han sido incluidos en la edición de la Constitución regalada por el Gobierno a quienes compramos la prensa dominical el pasado 16 de enero de 2005. Para su íntegro conocimiento el lector, así pues, deberá de consultar el texto íntegro del Tratado constitucional en el número del DOUE ya citados anteriormente.

<sup>4</sup> Así lo entiende el Tratado constitucional en su artículo III-282.3.a) cuando al prever una ley marco europea para el fomento de la educación, juventud, deportes y formación profesional en la Unión lo hace “con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. Ello no obstante y paradójicamente, el legislador español acaba de promulgar dos decretos –RRDD 55/2005 y 56/2005 de 21 de enero de 2005– de armonización de la enseñanza universitaria española con la europea técnicamente inexistente –el denominado proceso de Bolonia y Espacio Europeo de Educación Superior– cuyos resultados prácticos implican, entre otros, la nacionalización del título extrauniversitario de master en detrimento y confusión de operadores privados y públicos que han venido dando prestigio social a dicha denominación para ciertos estudios de postgrado durante los últimos decenios, en España y fuera de ella.

expresados términos<sup>5</sup>. Igualmente constituye mérito relevante de la nueva Constitución, tanto desde la perspectiva del Derecho mercantil cuanto en términos absolutos, el reconocimiento directo y claro –con mejor tratamiento que el que le otorga la propia Carta Magna española– de los dos soportes esenciales de dicha economía de mercado: la libertad de empresa y la propiedad privada. Este efecto meritorio es consecuencia de la importación por la Constitución europea de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 y su incorporación a la misma<sup>6</sup>: los artículos II-76 y II-77 bajo los respectivos rótulos de “libertad de empresa” y “derecho a la propiedad” son los instrumentos del aludido efecto. A mencionar en todo caso la supervivencia en el seno de la propia Constitución Europea de un viejo precepto procedente del Tratado de Roma en su originaria versión el cual puede llegar a contrastar con el II-77 mencionado. Así, el futuro artículo III-425 mantiene, con la inevitable adaptación al nuevo entorno, un texto de 1957 conforme al cual “la Constitución no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”<sup>7</sup>. Sin duda que esta falta de prejuicio otorga libertad de determinación del régimen jurídico de la propiedad a los Estados miembros en sus respectivos ordenamientos nacionales; sin embargo y en todo caso, en orden a esa determinación del dicho régimen de la propiedad, la libertad estatal ha de ejercitarse en el respeto al derecho de propiedad individual o ciudadana tal como se consagra en el reiterado artículo II-77 del nuevo texto constitucional europeo.

Frente a los méritos someramente indicados, se aludió a la existencia de ciertas carencias materiales. Algunas de ellas me resultan dignas de ser señaladas. En especial tres llaman la atención después de la evolución de las discusiones científicas y el contraste con la realidad y la práctica negociales europeas de cada día.

La ausencia de referencia explícita a la armonización del Derecho de contratos es la primera. Tal ausencia no deja de sorprender en el estado actual de incesante comunitarización del Derecho privado en general y el de contratos en particular. Por vía de directiva y por lo general con la finalidad de armonización de las reglas jurídicas en el mercado interior, la realidad es que el derecho de concretos contratos privados de los Estados miembros viene sufriendo desde comienzos de la última década del siglo pasado una intensa armonización: la tutela del contratante débil o la del consumidor, el mantenimiento de competencia en el mercado interior, la integridad del sistema financiero, entre otras, son las razones que están causando dicha armonización. Que no es dogmática sino positiva pero que puede llegar a producir esos resultados dogmáticos con el acercamiento de dos sistemas jurídicos tan diferenciados como el del *common law* y el del derecho romano o

<sup>5</sup>Se trata de los artículos 177, 178 y 185 de la Constitución. Su artículo 1.3.3 por su parte, menciona como objetivo de la Unión “el desarrollo sostenible de Europa basado ... en una economía social de mercado altamente competitiva”.

<sup>6</sup>La Carta vio la luz en el todavía por aquel entonces denominado Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) n° C 364 de 18 de diciembre de 2000. El texto íntegro de la Carta ha pasado a constituirse en Parte Segunda de la Constitución Europea (artículos II-61 a II-114) bajo idéntica denominación y tras un Preámbulo propio y distinto del general de la Constitución con alguna interesante innovación respecto del original de comienzos de milenio. Con ello el rango normativo de la Carta va a sufrir un cambio trascendental: de mera norma indicativa a disposición constitucional.

<sup>7</sup>El antecedente directo de la norma transcrita es el artículo 295 de la versión consolidada de los Tratados de 24 de diciembre de 2002 (DOCE n° C 325 de dicha fecha). A su vez este artículo 295 procede directamente del artículo 222 del Tratado de 25 de marzo de 1957.

continental. La Constitución ha podido ser una oportunidad para dar un impulso a dicha armonización dogmática: no ha resultado así, a pesar de los entusiastas avances científicos habidos en la materia a lo largo de los últimos lustros<sup>8</sup>. Y no ha resultado porque con certeza los Estados miembros no se encuentran en condiciones de forzar el paso hacia la superación, siquiera parcial, de la dualidad de sistemas jurídicos nacionales actualmente coexistentes en la Unión.

En cierto modo decepcionante resulta también la reiteración casi literal llevada a cabo por la nueva Constitución de las reglas que históricamente vienen marcando la política y el derecho europeos de transportes. Se reproduce, así pues, el consiguiente olvido de la armonización de su derecho privado. Ciertamente que nunca ha estado tal armonización en la agenda política de la Comisión, Consejo o Parlamento. Se está revelando, sin embargo y a medida que el mercado interior se ensancha como cada vez más necesaria. Tal derecho privado de los transportes terrestres intracomunitarios se fundamenta actualmente en normas jurídicas convencionales que proceden casi del periodo de entre las dos guerras mundiales del siglo pasado aun cuando sus textos vigentes son más recientes –las convenciones internacionales conocidas como CMR para el transporte por carretera y COTIF para el ferrocarril, respectivamente de 1956 y 1980-. Son instrumentos pensados originariamente para una época no solo de soberanía de los estados europeos sino de intenso enfrentamiento entre ellos y de división continental por los muros que hasta fecha reciente han dividido a Europa. Instrumentos jurídicos absolutamente desfasados desde una perspectiva comunitarista, poco operativos, interpretados de modo desigual por los diversos estados parte y generadores de rotundas desigualdades en el seno mismo del mercado interior por cuanto que conviven con dispares legislaciones nacionales en regímenes no transparentes de límites. Mucha más armonía existe sin duda en la circulación europea de una acción emitida por una sociedad anónima domiciliada en un Estado miembro que en la de los productos elaborados por dicha sociedad. En este estado de cosas, cercano al ridículo la Constitución habría debido incluir una iniciativa armonizadora que implicara la sustitución de los viejos convenios internacionales por una ley europea así como la armonización de las legislaciones nacionales. No lo efectúa así en sus artículos II-236 y siguientes: ciertos matices diferenciadores se incluyen en el nuevo texto en relación con los viejos artículos 70 y siguientes del Tratado de Roma, también destinados a la política comunitaria de transportes pero tales matices no me resultan lo suficientemente explícitos como para poder amparar un cambio cual el propuesto, tan drástico como necesario.

Finalmente, la no inclusión de referencia alguna al Derecho uniforme del comercio internacional (DUCI) no obstante una amplia renovación de las reglas constitutivas referentes a la política comercial común produce una cierta laguna en el texto constitucional. Tal carencia se pone de manifiesto con la lectura de los artículos III-314 y siguientes. Su comparación con los antiguos 131 y siguientes del Tratado de Roma ilustra el cambio ope-

<sup>8</sup>El más conocido de tales avances ha consistido en la redacción por parte de la célebre comisión presidida por el danés Ole LARSEN de unos Principios del derecho europeo de contratos –*Principles of European Contract Law*. Prepared by the Commission on European Contract Law. Part I, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1995-. Una edición integrando las dos primeras partes de los Principios, en lengua italiana, es la cuidada por CASTRONOVO, C., *Commissione per il Diritto Europeo dei Contratti Principi di diritto europeo dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2001.



rado en el mundo y en el comercio mundial como consecuencia de la creación de la Organización Mundial de Comercio y el Tratado de Marrakech de 1994. Su impacto en la Unión Europea se refleja, principal aun cuando no exclusivamente, en los nuevos preceptos constitucionales citados. Estos, sin embargo, quedan limitados a recoger los aspectos jurídico-públicos de la globalización con olvido casi completo de su dimensión jurídico-privada. De ahí el silencio inconveniente sobre el DUCI.

Ni que decir tiene, por último, que rechazable resulta el contraste por el momento insoluble entre el reiteradamente consagrado en el nuevo texto derecho a la tutela judicial efectiva del ciudadano europeo y el mantenimiento de pautas enormemente restrictivas en materia de legitimación activa en punto a la impugnación por parte suya de disposiciones europeas de carácter general: en la materia prácticamente no ha habido modificación apreciable alguna respecto de la situación anterior, tan criticable. Se trata de una opción legisladora que procede de los orígenes mismos de la Comunidad y que ha venido durante cincuenta años gozando de plena legitimidad. Hoy día, tras la incorporación a la Constitución de una disposición como su nuevo artículo II-107 –“Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”- la opción absolutamente restrictiva en materia de impugnación de disposiciones generales resulta difícil de sostener. El nuevo Tratado hubiera sido una buena ocasión para ensanchar esa legitimación y hacerla más acorde con las nuevas exigencias constitucionales. Por otra parte, en los Estados miembros en los que esa legitimación es amplia tampoco se producen con abundancia o arbitrariedad los casos de impugnación ciudadana de disposiciones generales. En cualquier caso, el nuevo artículo III-365 de la Constitución resulta casi una copia literal del actual 230, y antiguo 173, del Tratado CEE. Como se dijo, estas son carencias europeas particularmente en materia de Derecho mercantil la última señalada sin duda excede su restricto campo-. Que la eliminación de todas ellas se hubiere debido producir con motivo de la adopción del Tratado constitucional o al margen suyo debe considerarse opinable. Que con motivo de la propuesta de Constitución se produzca una nueva constatación de su existencia, resulta oportuno.

Con la pretendida objetividad de estas líneas honro la memoria de Ricardo Franco con quien en más de una ocasión discutí de estos temas a lo largo de su vida feliz, memorable, fructífera.