

Protección jurídica del turista como consumidor y competencia de la comunidad autónoma de las islas baleares en materia de turismo *

Guillermo Alcover Garau.

Profesor Titular de Universidad de Derecho Mercantil de la Universitat de les Illes Balears. Director del Departamento de Derecho Privado.

I. Introducción. Protección jurídica al consumidor y protección jurídica al turista

Como consecuencia de la evolución social, económica y jurídica de los países de nuestro círculo de cultura se ha puesto de manifiesto la creación de situaciones de subordinación e indefensión que se retienen injustas y necesitadas de regulación específica.

Así, por un lado, los intereses económicos de los particulares se ven amenazados por el juego de los principios clásicos del liberalismo económico, la igualdad y la libertad formales de contratación o autocomposición de intereses, en la medida en que en el plano real, al no estar los contratantes, la gran empresa fruto de la inevitable concentración económica y el particular, al mismo nivel, la gran empresa impone, al amparo de aquellos principios decimonónicos, sus reglas mediante las llamadas condiciones generales y los contratos de adhesión. O sea, la igualdad y la libertad formal generan una desigualdad y una falta de libertad material en el particular.

Por otro lado, el elevado grado de tecnificación de la producción y su aumento constante debido a la fabricación en serie generan que se lancen al mercado una ingente cantidad de productos, siendo algunos inevitablemente defectuosos y pueden, por tanto, causar daño a la salud o al patrimonio de las personas que los adquieren en el mercado de bienes.

* Texto reformado y resumido de la Memoria redactada por el autor que acompaña el Anteproyecto de Ley de Derechos del turista en las Islas Baleares, elaborado por Miguel Coca Payeras, Catedrático de Universidad de Derecho civil de la Universitat de les Illes Balears y el autor por encargo de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (CAIB) y presentado en febrero de 1989.

Por ello ha aparecido de forma progresiva un nuevo principio jurídico que, partiendo del hecho de que no se pueden eliminar, por los beneficios que reportan, la concentración económica y la actual estructura productiva, estima preciso proteger al particular y compaginar sus intereses con los de los empresarios, ambos legítimos. Es éste un principio general del ordenamiento jurídico propio del Estado social de Derecho, y, por ende, informa tanto el Derecho público (administrativo, procesal y penal) como el privado (civil y mercantil), que se ha venido en denominar de protección a los consumidores, en la medida en que son los destinatarios finales de bienes y servicios los que con más frecuencia se encuentran en una situación de indefensión contractual (1).

Dicho principio se ha consolidado en nuestro país de forma definitiva con la promulgación de la Constitución española, que se refiere a la protección a los consumidores en el artículo 54 como uno de los principios rectores

de la política económica y social, que concretan el principio básico recogido en el artículo 9,2 de libertad e igualdad real y efectiva.

Dentro ya del Derecho privado español la protección constitucional al consumidor se consigue por diversas vías: extender la imperatividad del derecho a fin de que las condiciones generales tengan menor ámbito de aplicación; crear métodos preventivos y represivos de control de las mismas; intentar restablecer el plano de igualdad fomentando las asociaciones de consumidores, tal como se han creado los sindicatos de trabajadores; regular medidas preventivas y represivas para aumentar la seguridad de los productos y servicios.

(1) Por ello también las normas tuitivas informadas por este principio se aplican a personas distintas a los consumidores si se encuentran en tal situación de indefensión que el ordenamiento jurídico lo estima preciso (por ejemplo, entran dentro del ámbito de la Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985 relativa a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad civil por el daño causado por los productos defectuosos (85/374/CEE. Boletín Oficial L-210/29, de 7 de agosto de 1985), aplicándose por ello el principio de la responsabilidad objetiva, las lesiones personales causadas a un empresario por un producto defectuoso puesto en circulación por otro empresario. Y la Directiva del Consejo de 10 de septiembre de 1984 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (84/450/CEE. Boletín Oficial L-250/17, de 19 de septiembre de 1984) tiene por finalidad, según dispone su artículo 1, proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus consecuencias desleales.

Y el hecho de que este nuevo principio de protección de los consumidores lo sea de todo el ordenamiento jurídico no es incompatible con recoger luego en un solo texto legal las normas de los diversos sectores jurídicos tradicionales (civil, mercantil, administrativo,...) que informa de forma acusada. Esta es la función de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y normativa que la desarrolla, cuyas disposiciones son fundamentalmente de naturaleza civil, mercantil y administrativa. Pero el principio no queda encerrado en esta Ley, ya que es general de todo el ordenamiento.

Expuesto lo anterior, es claro que el turista, en cuanto destinatario final de bienes y servicios y expuesto por ello muchas veces a situaciones de indefensión, es sin duda beneficiario de las normas tuitivas generales sobre protección al consumidor, pudiendo valerse de ellas, a lo que no es obstáculo, debido a la normativa vigente en la mayoría de los países, incluido España, su frecuente condición de extranjero (2).

La relevancia de esta protección jurídica al turista como consumidor se ha puesto de relieve en el seno de organismos internacionales tan cualificados como la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Organización Mundial del Turismo (OMT).

En efecto, dentro del ámbito comunitario, en la Comunicación de la Comisión al Consejo relativa a la acción comunitaria en el sector del turismo se afirma en relación a esta acción que sus ejes de intervención serán principalmente: la información, la coordinación, la protección y la seguridad del turista (3).

(2) Entre otros textos, así se establece en el artículo 27 del Código civil y en Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España.

(3) COM (86) 32 final, de 18 de marzo de 1966, pág. 4.

Como es sabido, la política turística de la CEE ha adquirido en la década de los ochenta un gran auge. Vid para su análisis, COCA, M., La delimitación de la competencia de la CAIB sobre turismo, capítulo IX del Libro Blanco del Turismo a las Baleares, Palma de Mallorca (1987), volumen segundo, pp. 160 y ss., pp. 191 y ss. Y para el estudio de la protección jurídica del turista como consumidor en la CEE, vid KRAMER, L., EEC Consumer Law; Bruxelles (1986), págs. 373 y ss.

La importancia de la armonización jurídica comunitaria del Derecho turístico radica en que tanto la legislación del país emisor como la del receptor tienen incidencia en la protección de los turistas como consumidores.

Por su parte, el Código del Turista de la OMT establece en su artículo XIII, 2, b) que debe garantizarse a los turistas la seguridad de su persona y bienes, así como la protección de sus derechos en calidad de consumidores (4).

Ahora bien, y esto es lo esencial, el turista tiene una posición singularmente débil y, por ende, necesita de una específica protección jurídica como consumidor añadida a la general. Así, las normas tuitivas generales se deben complementar con una serie de medidas especiales para garantizar de forma efectiva sus derechos.

¿Por qué precisan los turistas en cuanto a consumidores de este plus protector? En un esfuerzo de sistematización, hay dos tipos de razones: unas que se pueden calificar de inmediatas y otras de esenciales. A ellas se dedica el epígrafe siguiente.

(4) La OMT ha realizado una dilatada labor en el campo de protección jurídica del turista, que conviene desglosarla al no ser muy conocida:

a) Ha elaborado una serie de documentados estudios sobre la seguridad y la protección jurídica de los turistas: Informe sobre la protección y la información turística en calidad de consumidor (PG(V)B.3.2.2.-1981), Encuesta preliminar sobre la normalización del contenido y de la presentación del material de información turística (PG(V)B.3.2.3.-1981), Estudio sobre la contribución del turismo a la protección del medio ambiente (PG(IV)B.4.2.1.-1983), Identificación y evaluación de los elementos controlables de las prestaciones turísticas que influyen sobre la satisfacción del turista, y medidas del Estado destinadas a garantizar el nivel de calidad de los productos turísticos (PG(V)B.2.2.-1985), Perfil de las relaciones contractuales y estructuras de los contratos de prestación de servicios entre los operadores y sus homólogos en los puntos de destino turístico, así como los usuarios y consumidores de servicios turísticos (PG(V)B.2.4.-1985), La seguridad y la protección jurídica de los turistas (PG(V)B.2.3.-1985) y Preliminar/ Check List of Problems Related to Security and Protection of Tourists and Tourist Facilities (sin fecha).

b) La Asamblea General de la Organización, reunida en Sofía (República Popular de Bulgaria), en su sexta reunión ordinaria, del 17 al 26 de septiembre de 1985, ha aprobado la Carta del Turismo y Código del Turista, al que hemos hecho referencia.

c) La OMT ha adoptado, mediante la Decisión CE/DEC/8(XXXIII) tomada por el Consejo Ejecutivo en su Trigésima Tercera Sesión (Madrid, 3-6 mayo 1988), un Programa en materia de seguridad y protección de los turistas y de las instalaciones turísticas, basado en una propuesta en tal sentido hecha por el Secretario General de la Organización (Documento CE/33/4 b), en el que se contienen una serie de actividades ambiciosas y de gran alcance a desarrollar entre las que destacan la elaboración de un proyecto de medidas recomendadas para la protección y la seguridad del turista y la preparación de disposiciones jurídicas de protección del consumidor en el sector turístico.

d) También ha aprobado junto con la Unión Interparlamentaria (UIP) la Declaración de La Haya sobre el Turismo, de 14 de abril de 1989.

e) Ha ultimado el Proyecto de Convenio de Budapest sobre facilitación de los viajes, las visitas y las estancias turísticas (Madrid, 20 de octubre de 1989).

También otros organismos internacionales se han preocupado por la protección jurídica de los turistas. Entre ellos destaca la labor del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que ha elaborado un Proyecto de Convenio sobre el contrato de hostelería.

II. Razones por las cuales es necesaria una específica protección de los turistas como consumidores

a) Inmediatas

De forma inmediata, se puede afirmar que los turistas requieren medidas de seguridad y protección jurídica específica al encontrarse ante unas situaciones y contratos que así lo requieren.

En efecto, ante un elenco de variadas situaciones los turistas requieren de congruentes medidas que les amparen: la prueba de su identidad ante la pérdida de su documento de identidad o su pasaporte (con la indefensión que se produce en este último caso o causa de la existencia de formalidades fronterizas); problemas de salud debidos a que los viajeros pueden ser más propensos a enfermar (debido a los cambios de clima o de las condiciones ambientales o a la presencia de vectores de enfermedades inexistentes en su región de origen) y a que, dado el carácter estacional de los viajes de vacaciones, el nivel de los servicios médicos que se deben prestar en el país de destino devenga insuficiente; problemas con los transportes en caso de accidente con muertes o daños personales; cuestiones de seguridad ciudadana relacionadas con el hecho de estar el turista en la mayoría de los casos poco familiarizado con el lugar visitado y llevar habitualmente consigo mayor cantidad de dinero que un residente, lo que unido a su apariencia le expone más al riesgo de verse asaltado o robado; litigios que pueden surgir con el establecimiento en el que se aloje en relación con la temática de la seguridad física de los turistas y los riesgos de incendios; problemas con los agentes de viajes y operadores que se suscitan cuando éstos cesan en su actividad;...

También pueden precisar de regulación específica, superpuesta a la general sobre protección al consumidor, los contratos turísticos, en los que cabe distinguir hasta cinco tipos: contratos relativos a la prestación de servicios completos a los viajeros (viajes «todo incluido»), contratos relativos al transporte de turistas, contratos relativos a la prestación de los servicios de alojamiento y manutención, contratos relativos a la producción y venta de mercaderías destinadas a los viajeros y contratos relativos a los servicios de distracción y esparcimiento para los viajeros.

Y cada punto de los expuestos, y muchos más que se podrían aducir, encierra una rica casuística, que en este lugar no puede desarrollarse (5).

b) Esenciales

1. Introducción

Ahora bien, en todas las anteriores razones que llevan a propugnar una protección añadida para los turistas subyacen dos ideas que es preciso colocar en un primer plano. En efecto, son dos las causas últimas que generan que una acusada indefensión caracterice la posición del turista como consumidor y es a ellas a las que se debe prestar primordial atención, tanto o más que a la casuística generada por las situaciones y contratos turísticos enunciados.

Si existe un momento en que un particular debe gozar de una mayor protección éste es, sin duda, aquél en que se encuentra lejos de su residencia habitual, en lugares y con costumbres en muchos casos muy diferentes a las suyas y con una mentalidad y un estado de ánimo que le hace ser fácil blanco de los abusos de las empresas con las que contrata. El turista tiene una posición frágil como consumidor en la medida en que es un desplazado (6). Y esta circunstancia conlleva los dos factores de indefensión propios que deben ser corregidos: su falta de información y su dificultad para reclamar.

2. La falta de información

Los principales problemas que tiene el turista en su punto de destino radican en su falta de información y la dificultad para obtenerla, sobre todo si no domina el idioma del país visitado. Así, no conoce la legislación, los centros a los que debe acudir en caso de reclamación, los derechos y obligaciones que le corresponden,...

(5) El análisis de los supuestos más relevantes suele ser el objeto preferente de los no muy numerosos trabajos que sobre la protección jurídica del turista se han publicado (Hippel, E., Verbraucherschutz, 3.a ed., Tübingen(1986), pp. 255 y ss.; Quintana, \., La protección del consumidor como turista, en Estudios sobre Consumo, núm. 2 (1984), pp. 65 y ss, y Torres Lana, J.A.. La problemática jurídica del turista i el turisme, capítulo X del Llibre Blanc del Turisme a les Balears, cit, pp. 248 y ss., pp. 257 y ss. También deben mencionarse los comentarios o noticias que suscita la problemática del turista como consumidor en la Revue européenne de Droit de la consommation (1987), pp. 51 y S-, 54 (1988), pp. 76 y s., 150, 154 y ss., 240 y 246 y ss.

(6) Es ésta una opinión unánime (por todos, Quintano, op. cit., pág. 66).

En efecto, en una encuesta realizada por la OMT entre varias asociaciones de consumidores de diversos países relativa al nivel de protección jurídica de los turistas se puso de manifiesto que las mayores críticas incidían sobre la información suministrada al turista (7) y a consecuencia de ello esta Organización ha estudiado con detenimiento la cuestión de la información proponiendo medidas concretas (8). Más aún, estiman los expertos de la OMT (9) que el factor a la vez más controlable de las prestaciones turísticas y que incide en mayor medida en la satisfacción del turista es la información, por lo que resulta necesario controlar su calidad para satisfacer a los clientes existentes y potenciales, misión ésta que compete de forma especial a las Administraciones turísticas. Y por todo lo anterior no debe extrañar que en el artículo XIII, 2 a) del Código del Turista se afirme que debe asegurarse a los turistas una información objetiva, exacta y completa sobre las condiciones y facilidades que les ofrecen durante su viaje y estancia los servicios oficiales de turismo y los gestores de los servicios turísticos.

Pero no ha sido sólo en el seno de la OMT donde se ha puesto de relieve la importancia de la información en relación con la efectiva protección del turista, sino que también han fijado este extremo las instituciones comunitarias. Así, ya se ha señalado que la Comunicación de la Comisión al Consejo relativa a la acción comunitaria en el sector del turismo afirma que el primer eje de la intervención comunitaria en el sector turístico será precisamente el de la información. Y redunda en esta idea el Dictamen elaborado en nombre de la Comisión de Juventud, Cultura, Educación, Información y Deporte del Parlamento Europeo sobre la facilitación,

promoción y consolidación del turismo en la Comunidad Económica Europea (Ponente: Sr. Edward H.C. McMillan-Scott) (10), en el que se lee que ofrecer una mejor información a los turistas es un paso esencial hacia una mayor satisfacción y que la información es de suma importancia para el disfrute y el desarrollo de los viajes y del tiempo libre.

(7) PG (V)B.3.2.2.-1981, capítulo segundo. Así, en una encuesta realizada en los Países Bajos, en 1976 el 49% de las quejas eran debidas a la falta de información.

(8) Que se exponen en el documento PG(V)B.3.2.3.-1981, en donde se afirma que la compra de un viaje de vacaciones difiere de la compra de otras mercancías. En efecto, en el último caso el comprador suele estar familiarizado con las mercancías que se le ofrecen, o tiene cuando menos, la oportunidad de probarlas. La compra de un viaje de vacaciones implica una buena dosis de incertidumbre y riesgos, que pueden reducirse, sin embargo, facilitando al consumidor una información adecuada y fiable (pág. 3) y que el éxito o el fracaso de sus vacaciones dependerán en buena parte de la medida en que las condiciones reales con que se encuentren en el país de destino respondan a sus esperanzas.

(9) PG(V)B.2.2.-1985, págs. 12 y ss..

Este dictamen no logrará nada si no se destaca este aspecto adecuadamente. Como consecuencia de lo anterior, la Comisión se propone elaborar, en colaboración con los organismos públicos y privados interesados de los Estados miembros, una guía práctica del viajero que proporcione a los turistas el máximo posible de informaciones útiles para facilitarles el viaje y la estancia en todos los países comunitarios.

Ahora bien, ¿sobre qué aspectos debe estar informado el turista? Pues bien, aunque no se pretenda ahora una enumeración completa, el turista necesita de tres grandes bloques informativos: el primero de carácter jurídico general, relativo a los controles aduaneros, a los controles sobre transferencia de divisas, a las medidas que debe adoptar en caso de pérdida de documentos, a sus derechos en caso de enfermedad o accidente,...; el segundo de carácter jurídico específico, relativo a los derechos que se le conceden como consumidor en el país de destino y a los que tiene como parte de un contrato turístico en sus relaciones con los transportistas, agentes de viajes, hosteleros, encargados de restaurante,..., así como los medios que se le ofrecen para hacerlos efectivos, y el tercero de carácter no jurídico relativo a informaciones útiles sobre las costumbres del país visitado: fiestas principales, festivales, horarios de los museos, tiendas, bancos,... (11).

Además, es obvio que esta información sobre los aludidos extremos se debe ofrecer en el idioma del turista o, en su caso, en los más importantes y se debe difundir por diversas vías: en folletos, en las oficinas de información al turista,...

(10) PE DOC.A.2-209/87, de 10 de noviembre de 1987, págs. 8y 18.

(11) Esta información sobre los aludidos extremos se debe ofrecer en el idioma del turista o, en su caso, en los más importantes y se debe difundir por diversas vías: en folletos, en las oficinas de información...

3. La dificultad para reclamar

Debido a la falta de información, a la brevedad de su estancia y a la complejidad que encierra en múltiples ocasiones la determinación del Derecho aplicable y del tribunal competente, el turista de forma mucho más intensa que el resto de los consumidores no puede ejercer adecuadamente los derechos que le ofrecen las leyes, por lo que, de hecho, queda indefenso frente a los abusos. Y de poco sirve reconocer al turista los derechos que la legislación ofrece a los consumidores y otros específicos si luego no puede ejercitarlos. Este aspecto ha sido situado en un primer plano por la OMT. Así, en el artículo XIII, 2, e) del Código del Turista se establece que debe asegurarse a los turistas los procedimientos y garantías administrativas y judiciales necesarios para la protección de sus derechos. Y, lo que tiene más interés, la OMT propugna para la superación de esta causa de indefensión la creación por los organismos públicos de un mediador de competencia general o especial ante el cual los turistas tengan la facultad de depositar una demanda para la solución de sus conflictos (12). La OMT y la UIP concretan este extremo en la Declaración de La Haya sobre Turismo, que afirma que para facilitar y agilizar la solución no judicial de los conflictos que surjan entre los turistas y otras personas físicas o jurídicas, convendría crear un servicio de competencia general o especial, por ejemplo, un organismo de protección del consumidor o un mediador al que los turistas pudieran dirigir sus peticiones en caso de conflicto; esas peticiones deberían tramitarse con rapidez para comunicar su resultado al turista interesado (13). Finalmente, el Comité de expertos en seguridad y protección de los turistas y de las instalaciones turísticas, reunido en El Cairo del 12 al 15 de junio de 1989, opta por la creación en los Estados miembros de un Ombudsman para los turistas (14). El Comité argumenta su postura del siguiente modo: Se protegería mejor al turista en su calidad de consumidor, y en particular al turista internacional, si se pusieran a su disposición los medios apropiados para utilizar las vías legislativas y reglamentarias existentes a ese efecto.

(12) CE/33/4 d), pág. 5.

(13) Punto 80 del Anexo.

(14) Lo que ya se intentó en Derecho suizo (PG(V)B.3.2.2.-1981, Pág. 7).

Aunque los turistas pueden siempre incoar un procedimiento legal, rara vez lo hacen por carecer de la información necesaria. Además, en la mayoría de los casos, aunque el turista incoe el procedimiento, ya se habrá marchado del país cuando llegue a tomarse una decisión. (...)A este respecto, el Comité tomó nota con gran interés de que, con distintos nombres (mediador, defensor del pueblo, etc.), existe en un número cada vez mayor de países una figura de origen escandinavo, llamada originariamente Ombudsman, que tiene competencia para examinar quejas, aunque sin derecho a decisión, y para formular recomendaciones a las administraciones nacionales. (...) El Comité estimó que la creación de un mediador para los turistas satisfaría muchas de las necesidades de los turistas internacionales (15). Y dicha recomendación fue aprobada por la Octava Reunión de la Asamblea General de la OMT (París, 28 de agosto-2 de septiembre de 1989), la cual encargó al Secretario General redactar las disposiciones modelo para tal institución.

Ante ello, conviene examinar, aunque sea de forma sucinta, la figura del Ombudsman o Defensor de los consumidores escandinavos (16). Pues bien, el Ombudsman aparece en primer lugar en Suecia en 1971, habiéndose modificado su organización y funciones varias veces a los efectos de hacerlo más operativo, y se ha introducido luego en Noruega, Dinamarca y Finlandia, en donde ha adquirido funciones específicas en el ámbito turístico. Funciona en combinación con el llamado Tribunal de Mercado de la siguiente forma: si el Defensor considera que una o varias cláusulas de unas condiciones generales son abusivas, inicia, actuando de Ministerio Público, un procedimiento ante el Tribunal de Mercado que, en su caso, concluye con una inhibitoria que sujeta a la empresa a abstenerse en lo sucesivo del uso de la cláusula o cláusulas abusivas. Ahora bien, en los supuestos no graves, la decisión se atribuye al Defensor, que no impone sanciones si el empresario la acepta voluntariamente.

(15) Extracto del Informe del Comité de Expertos en seguridad y protección de los turistas y de las instalaciones turísticas (Primera reunión; El Cairo, 12-15 junio 1989).

(16) Sobre el mismo, vid Bernitz, V. y Draper, J., *Consumer Protection in Sweden, Legislation Institutions and Practica*, 2.a ed., Stockholm (1986), págs. 65 y ss., y Sánchez Andrés, A., *El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo*, en *Revista de Derecho mercantil* (1980), págs. 385 y ss., págs. 404 y ss.

Además, a fin de evitar el verse sometidos a este procedimiento, los empresarios entran en contacto con el Defensor para negociar el contenido contractual de las condiciones, lo que, caso de llegar a un acuerdo, es una garantía para el consumidor y un estímulo para el empresario.

Expuesto lo anterior, lo importante no es tanto fijarse en las funciones concretas del Defensor como en la naturaleza y características del mismo porque en ellas está el secreto de su éxito. Pues bien, aunque es evidente que el Defensor tiene funciones represivas, es lo cierto que lo fundamental en la práctica son las eficaces medidas preventivas que ejerce al contactar con los empresarios en la forma indicada. O sea, se trata de un órgano administrativo, más ágil que la siempre lenta Administración de Justicia, con funciones preventivas que evitan muchas veces los abusos empresariales, favoreciendo así al consumidor, que ya no tiene que acogerse a eventuales medidas represivas una vez se haya visto perjudicado, y a los empresarios, que actúan con mayor seguridad en el tráfico. La institución del Defensor coloca de este modo en un plano de igualdad a los empresarios con los consumidores que él defiende, plano de igualdad que es muy difícil lograr con asociaciones de consumidores y que intenta corregir la causa última de la indefensión: la desigualdad real que provoca la igualdad formal.

III. La competencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares sobre el turismo y su incidencia en relación con la protección jurídica de los turistas

a) Introducción

Es sabida la gran dificultad jurídica que plantea la cuestión de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas consecuencia de la complejidad de la materia y, más aún, de la imprecisión del texto constitucional en este punto. Dificultad que se ha acentuado tras el ingreso de nuestro país en la CEE.

Ello incide a la hora de determinar el alcance de la competencia de la CAIB en materia turística para poder fijar así los extremos que puede regular el Derecho autonómico a fin de proteger al turista como consumidor. Dicha competencia viene atribuida por el artículo 10,9 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (EAIB), que establece: Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias:

Fomento y promoción del turismo. Ordenación del turismo en su ámbito territorial (17).

Para poder analizar el contenido y los límites del Derecho autonómico balear en orden a proteger al turista es preciso analizar dos cuestiones de forma separada.

b) La protección al turista y la protección a los consumidores

La primera cuestión radica en que puede ser en principio problemático el hecho de que la CAIB carezca de competencia legislativa en materia de consumo, correspondiéndole tan solo, en los términos que establezca la normativa estatal, la función ejecutiva, tal como establece el artículo 12,6 del EAIB. Ahora bien, y aunque cualquier tema de competencias no permite nunca afirmaciones rotundas y sí, en cambio, precisa todo tipo de matices, este aspecto es mucho menos conflictivo de lo que a primera vista parece. Y ello por las siguientes razones.

Recordando extremos apuntados al principio de estas páginas, más que de Derecho de protección a los consumidores hay que hablar de un nuevo principio informante de todo el ordenamiento. Y este principio informa el Derecho civil, el mercantil, el administrativo,..., y el turístico. Y ello no es óbice para que se agrupen en un solo texto legal o doctrinal las normas de los diversos sectores jurídicos en las que el principio actúa con especial intensidad. A ello se le llama Derecho del consumo o de protección a los consumidores de forma algo hiperbólica. Y ello es así en la Constitución española, que recoge la protección a los consumidores en el artículo 54 no como un sector del ordenamiento, sino como uno de los principios de la política económica y social. De ahí que no sea descaminado pensar que la razón por la cual el llamado Derecho del consumo no esté contemplado como tal en la Constitución ni por el artículo 148, que enumera las competencias que puede asumir una Comunidad Autónoma, ni por el artículo 149,1, que enumera las competencias exclusivas del Estado, sea éste, el de ser una mera Ciencia del Derecho interdisciplinar sin entidad suficiente para ser un criterio constitucional delimitador de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

(17) Para un análisis detenido de este apartado, vid Coca, Ok. cit..

De todo lo anterior se deduce que la temática del consumo será o no competencia de la Comunidad Autónoma de que se trate si lo es el sector del ordenamiento informado por dicho principio: no lo será, y sobre ello se volverá más adelante, en virtud del artículo 149,1, si el sector es de Derecho mercantil, civil, procesal, penal,...; sí, en cambio, si el sector es el Derecho administrativo turístico.

Y así se explica que, al margen de lo que digan los diversos Estatutos de Autonomía al respecto, las normas de protección a los consumidores autonómicas o resulten en buena medida vacías de contenido (18) o algunos de sus preceptos sean declarados inconstitucionales por vulnerar competencias estatales (19). Y que en definitiva no sean sino determinadas normas de Derecho administrativo de disciplina de mercado, una pequeña parte de lo que se denomina Derecho del consumo. Y éste es el sector al que se refiere el artículo 12,6 del EAIB, que es distinto al que nos ocupa.

Pues bien, de lo anterior se deduce que el Derecho turístico competencia de la CAIB puede y, más aún, debe en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 de la Constitución, que obliga a todo poder público, ser informado por el principio de protección a los consumidores, en su caso los turistas.

(18) Así, y entre otras, la Ley 2/1987, de 9 de abril, de la Generalidad Valenciana, que aunque parece conceder amplios derechos a los consumidores, se hace ello en el ámbito de las competencias de la Generalidad (arts. 1, 2, 6, 7, 9, 11, 17,...), las cuales, al estar limitadas de forma intensa y extensa por el artículo 149,1 de la Constitución, son demasiado reducidas para ser operativas.

(19) Así, la Ley 10/1981, de 18 de noviembre, de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 71/82, de 30 de noviembre (BOE de 29 de diciembre), y la Ley 1/1983, de 18 de febrero, de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales, de la Comunidad Autónoma de Cataluña y Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 88/1986, de 1 de julio (BOE de 22 de julio). La argumentación de esta última sentencia es discutible en el sentido de que olvida que determinadas Comunidades Autónomas, como la catalana y la balear, sí tienen competencia en Derecho civil al tener un Derecho foral (Ver-cobita, R., La defensa contractual del consumidor y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la doctrina del Tribunal Constitucional, en Actualidad civil (1987), pp. 145 y ss., pp. 148 y ss.).

Ayuda a comprender lo anterior lo acaecido en el seno de la CEE. Después de dos ambiciosos programas generales en defensa del consumidor (Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores (20) y Segundo programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores (21)), la Comunicación de la Comisión al Consejo relativa a un nuevo impulso para la política de protección de los consumidores (22) y la Resolución del Consejo relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores (23), no tuvieron más remedio que reconocer que la protección comunitaria a los consumidores había sido en buena medida un fracaso y que lo que se imponía para evitarlo no era desarrollar una política general de protección, que o era demasiado ambiciosa o estaba vacía de contenido, sino que se propugnó que los intereses de los consumidores deben tomarse en

consideración en las otras políticas comunitarias (24). O sea, constituir un principio informante más que un sector jurídico concreto o estanco. Y éste fue el único acuerdo de la Resolución y uno de los principios básicos de la Comunicación. Y por ello las autoridades comunitarias creen que es la normativa turística la sede apropiada para proteger a los turistas como consumidores. Y se han dictado en desarrollo de esta política y no en desarrollo del Derecho comunitario de protección a los consumidores las Resoluciones del Consejo relativas a la información normalizada en los hoteles existentes (25) y a la seguridad de los hoteles existentes contra los riesgos de incendio (26) y se ha elaborado la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a los viajes combinados, incluidas las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (27), siendo el fin expreso de todas estas normas proteger a los turistas.

(20) Adoptado mediante Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975. Boletín Oficial C-92/16, de 25 de abril de 1975.

(21) Adoptado mediante Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981. Boletín Oficial C-133/1, de 3 de junio de 1981.

(22) Documento COM (85) 314 Final, de 4 de julio de 1985.

(23) De 23 de junio de 1986. Boletín Oficial C-167/1, de 5 de julio de 1986. Los textos de la Resolución y de la Comunicación están recogidos en Nuevo impulso para la política de protección de los consumidores, Boletín Oficial, Suplemento 6/86.

(24) Documento COM (85) 314 Final, en Nuevo impulso para la política de protección de los consumidores, cit., p. 11. A este respecto, el Consejo ha dictado la Resolución de 15 de diciembre de 1986 sobre la integración de la política de consumo en las demás políticas comunes (87/C3/01). Boletín Oficial C-3/1, de 7 de enero de 1987.

(25) 86/665/CEE, de 22 de diciembre de 1986.

(26) 86/666/CEE, de 22 de diciembre de 1986.

c) La protección del turista y las competencias exclusivas del Estado

La segunda cuestión, de un alcance más profundo y ya apuntada, aparece en la medida en que, en virtud del artículo 149,1, el Estado tiene competencia exclusiva, entre otras, en materia de nacionalidad y extranjería (núm. 2), administración de justicia (núm. 5), legislación mercantil, penal y procesal (núm. 6), legislación civil, sin perjuicio de lo establecido en relación con los derechos torales (núm. 8) y comercio exterior (núm. 10).

Y esta competencia exclusiva estatal sí afecta en profundidad el tema que nos ocupa, ya que las normas privadas, mercantiles o civiles, penales y procesales susceptibles de incidir en la protección del turista, que son muy numerosas, no son competencia de las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, a través de ellas la CAIB no puede proteger al turista (28). Y la reducción del ámbito de protección que el Derecho autonómico puede brindar al turista implica que su normativa tuitiva se circunscribirá al Derecho administrativo turístico. Así, la situación es en línea de principio parecida a la expuesta del Derecho del consumo autonómico.

Ahora bien, sin obviar la trascendencia de la limitación, hay que señalar que al Derecho balear sí le es posible estructurar normas tendentes a evitar los dos puntos que más inciden en la indefensión del turista como consumidor: la falta de información y la dificultad para reclamar. Y si la finalidad de cualquier normativa de protección del turista es la de corregir esta indefensión, ya que ello convierte al turista en un consumidor ya no

desprotegido de forma especial que puede valerse de las disposiciones estatales tuitivas, el Derecho autonómico balear puede ser eficaz para velar por el turista como consumidor.

(27) 88/C96/06 (COM (88) 41 final), presentada por la Comisión al Consejo el 23 de marzo de 1988. Boletín Oficial C-96/5, de 12 de abril de 1988. Contiene la propuesta junto con una extensa nota explicativa el Documento COM (88) 41 final, de 21 de marzo de 1988.

(28) Así, y entre otras medidas tuitivas, no se pueden regular por el Derecho autonómico balear ni tribunales arbitrales que concedan indemnizaciones a los turistas, ni el contrato de hospedaje, ni procedimientos procesales rápidos y eficaces, ni las condiciones generales turísticas, ni las indemnizaciones producidas por daños a la persona o al patrimonio de los turistas, ni medidas privadas para proteger a los turistas contra la quiebra o la suspensión de pagos de los operadores turísticos, ni la situación jurídica del extrajero (aunque ello no significa que no se puedan normar situaciones y hechos turísticos (v.g., reclamar mediante Hojas de Reclamaciones) en los que el turista extrajero se pueda ver inmerso y, si la legislación estatal sobre su situación lo permite, acogerse a la normativa de la Ley autonómica),...Vid, no obstante, n. 19.

Así, el Derecho administrativo turístico puede contener una serie de medidas que garanticen una información suficiente al turista, que deben ofrecer tanto los operadores turísticos (deberes de facilitar de forma rápida toda una serie de informaciones cuya inobservancia se sancione administrativamente) como las autoridades autonómicas y locales (29).

Y también tienen competencia las instituciones autonómicas para crear un órgano administrativo especial que se caracterice por un relevante protagonismo en el procedimiento sancionador de las infracciones turísticas asesorando a los turistas y defendiendo sus intereses en el mismo. Esta sería su única función represiva, pero amparado en ella podría ejercer otras varias de naturaleza preventiva, adoptando de esta forma la estructura propia del Defensor escandinavo. Así, se le podría dotar de competencia para que pueda participar en la elaboración de las condiciones generales y de los folletos turísticos a fin de que los derechos de los turistas y entre ellos los de información queden salvaguardados. Se intentaría así atajar de raíz su indefensión y se favorecería a los empresarios turísticos no abusivos al poder insertar en sus condiciones generales o en sus folletos la mención de que el Defensor o mediador ha participado en su elaboración. También se le podrían conceder amplias facultades para que el derecho de información del turista sea efectivo, procurándose así una vez más potenciar al máximo este derecho (30).

Ahora bien, no hay que olvidar que el éxito o el fracaso del derecho de información que se estructure y de la figura del mediador depende en buena medida de los medios personales y económicos que se creen (31). Por tanto, el problema es de medios y no de competencias. Y parece que los medios deberán ser acordes con la importancia del sector turístico en la economía balear.

(29) El Anteproyecto de Ley de Derechos del turista en las Islas Baleares dedica su Título II a los Derechos de información del turista (arts. 39 a 63).

(30) El Anteproyecto de Ley de Derechos del turista en las Islas Baleares dedica su Título III al Defensor del turista (arts. 64 a 66), por lo que se adelantó a las recomendaciones de la OMT.

En relación con lo anterior, la experiencia ofrecida por la CEE y la OMT pone de relieve que la protección al consumidor, en nuestro caso el turista, es un objetivo que se debe alcanzar a través de metas concretas y escalonadas y no mediante grandes declaraciones de principios. Por ello, la necesaria concreción en los objetivos proteccionistas del Derecho balear a la vista de las normas competenciales puede ser en este momento conveniente para evitar las ya excesivas declaraciones vacías de contenido y eficacia que en materia de consumo existen.

Así, la excesiva generalidad fue una de las causas del fracaso de los dos primeros programas comunitarios en defensa de los consumidores citados. Por ello la Comunicación de la Comisión al Consejo de 1985, también citada, propugna, amén de la ya expuesta inserción de la protección a los consumidores en las diversas políticas comunitarias, la fijación de objetivos concretos para impulsarla (32). Y los estudios de la OMT en este campo se han caracterizado por su concreción: propuestas para la mejora de la información, examen de la aplicación de la informática a la información, estudio de métodos de elaboración de encuestas para evaluar el grado de satisfacción de los turistas, promoción de los Comités de garantía de calidad, proposiciones para la simplificación de los trámites fronterizos.

(31) A este respecto, es interesante observar la dotación de medios personales con que cuenta el Defensor sueco (Bernitz y Draper, op. cit., p. 69).

(32) El objetivo fijado en la Comunicación es el de que los productos vendidos en la Comunidad respondan a normas sanitarias y de seguridad aceptables (en Nuevo impulso para la política de protección de los consumidores, cit., pp. 11 y ss.).

RESUMEN

El turista, en cuanto destinatario final de bienes y servicios, está expuesto a situaciones de indefensión que requieren su específica protección mediante las disposiciones adecuadas que tengan en cuenta su frecuente condición de extranjero. Se analiza, asimismo, el contenido y límites del Derecho autonómico de las Islas Baleares en orden a proteger al turista.

ABSTRACT

A tourist, as the final receiver of goods and services, is involved in situations in which he/she finds him/herself indefenseless and that call for special protection by means of measures that take into account his/her condition as a foreigner. The contents and limitations provided by the Autonomous Law of the Balearic Islands in order to protect the tourist are also reviewed.

Colaboradores

PASQUAU LIAÑO, Miguel
Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada.

SAINZ DE VICUÑA ACIN, José María
Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad Autónoma de Madrid. Master of Science in Business Studies por la London Business School (Universidad de Londres). Licenciado en Ciencias Empresariales (Universidad de Deusto), Profesor de Marketing en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales (ESTE) de la Universidad de Deusto en San Sebastián. Distribución y Planificación Comercial son los temas predominantes en sus colaboraciones y conferencias. Director del Programa Master de la ESTE durante ocho años.

CAVANILLAS MUGICA, Santiago
Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de las islas Baleares. En materia de protección del consumidor y responsabilidad civil ha publicado los libros: *Responsabilidad civil y protección del consumidor* (1985), *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia* (1987) y *Código de Derecho del Con-*

sumo (en colaboración, 1989). Es autor, igualmente, sobre ésta y otras materias, de diversos artículos, colaboraciones y comentarios jurisprudenciales.

BOTANA GARCIA, Gemma A.
Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

ALCOVER GARAU, Guillermo
Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de las islas Baleares. Director del Departamento de Derecho Privado.

GONZALEZ VAQUE, Luis
Administrador principal, DG III, Comisión de las Comunidades Europeas.

ALMAGRO NOSETE, José
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.