

¿Ordenación o desordenación del turismo?

SUMARIO: I. EL PROBLEMA: ¿QUÉ ES LA ORDENACIÓN? II. ¿DE DÓNDE VENIMOS? A) EL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN. B) LOS VOTOS PARTICULARES. C) LAS ENMIENDAS. D) DEBATE EN LA COMISIÓN DE ASUNTOS CONSTITUCIONALES Y LIBERTADES PÚBLICAS. E) RECAPITULACIÓN. III. ¿DÓNDE ESTAMOS? A) INTRODUCCIÓN. B) ORDENACIÓN AUTONÓMICA Y ORDENACIÓN ESTATAL CONFORME A LA CONSTITUCIÓN. C) ¿DESORDENACIÓN AUTONÓMICA CONTRA LA CONSTITUCIÓN? IV. ¿A DÓNDE DEBERÍAMOS IR? A) EL FUNDAMENTO Y RACIONALIDAD DE LA DECISIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE. B) EL SIGNIFICADO DEL CONCEPTO DE «ORDENACIÓN».

I. EL PROBLEMA: ¿QUÉ ES LA ORDENACIÓN?

La ordenación del turismo es un título competencial que la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas en su artículo 148.1.18. Esa respuesta resuelve un problema subjetivo ya que nos permite conocer *a quién corresponde esa competencia*, pero esa contestación deja pendiente la dimensión objetiva del interrogante, saber el significado semántico de ese concepto jurídico indeterminado: *¿qué potestades públicas abarca la «ordenación»?* Para descifrar esa expresión podemos hacer una primera aproximación a través del contexto constitucional en el que se ubica. El apartado 18 del artículo 148.1 menciona dos clases de actividad en materia de turismo: la *promoción* del turismo y su *ordenación*. El apartado anterior se refiere al *fomento* (de la cultura) y el siguiente repite el término *promoción* (esta vez referido al deporte y la adecuada utilización del ocio). Dentro del lenguaje jurídico podemos identificar el significado de las expresiones «promoción» y «fomento»; el problema es señalar el sentido de la palabra «ordenación» y ofrecer una explicación verosímil que justifique suficientemente que en materia de cultura, deporte y ocio las Comunidades Autónomas sólo ten-

gan competencia de fomento o promoción, mientras que en materia de turismo¹, además de promoverlo corresponde a las Comunidades ordenarlo.

II. ¿DE DÓNDE VENIMOS?

A) EL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN

Para resolver ese problema del alcance y extensión de las potestades de las Comunidades Autónomas para la ordenación del turismo, resulta indicado empezar por el principio y para ello forzoso es analizar el proceso de elaboración de la Constitución, cauce idóneo para conocer el significado auténtico de la expresión «ordenación del turismo», y para intentar comprender las razones que explican el diferente tratamiento, por un lado, del turismo (promoción y ordenación) y, por otro lado, de la cultura, el deporte y el ocio (sólo promoción). Cuando arranca el procedimiento de elaboración de la Constitución, es decir, en el anteproyecto de 5 de enero de 1978, el texto no incluye referencia alguna al turismo. El término aparece por primera vez en el trámite siguiente, es decir, los votos particulares presentados al anteproyecto.

B) LOS VOTOS PARTICULARES

En el presentado por el grupo parlamentario de Alianza Popular se faculta a las Comunidades Autónomas a asumir «facultades normativas» en materia de «turismo», y también en materia de «equipamiento cultural y deportivo». Ese voto particular se presenta sin incorporar al mismo justificación alguna de esas atribuciones competenciales.

El grupo parlamentario de Socialistas del Congreso también formuló un voto particular, en el que se sugiere atribuir a las Comunidades Autónomas «la legislación exclusiva y la ejecución» sobre «turismo, deportes, ocio y espectáculos». Tampoco este voto particular exterioriza las razones en que se apoya.

C) LAS ENMIENDAS

Como es sabido, a continuación del trámite de votos particulares se abrió un período de tiempo para la presentación de enmiendas, algunas de las cuales se referían al problema que aquí nos ocupa. La número

¹ Ello no obstante, no faltan pronunciamientos que afirman que cuando la Constitución se refiere el fomento o la promoción de alguna actividad, no sólo atribuye potestades de subvención o ayuda, sino que esas expresiones también se refieren a la prestación de servicios públicos y a la ordenación jurídica de la actividad de que se trate. Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1992, de 11 de junio (FJ2), respecto la investigación científica y técnica; Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1988 (Aranzadi 1702), en relación al deporte; *Memoria del Consejo de Estado del año 1991*, también en relación al deporte.

101 firmada por tres diputados de la Minoría Catalana sigue la senda del voto particular de los socialistas y propone atribuir a las Comunidades Autónomas «la legislación exclusiva y la ejecución» de diversas materias, entre ellas «turismo, deportes, ocio y espectáculos», enmienda en la que tampoco luce explicación alguna, circunstancia que se repite en la número 202, presentada en esta ocasión no por unos diputados, sino por el grupo parlamentario de la Minoría Catalana. La novedad de la 202 es que incluye la expresión que aquí nos ocupa, ya que insta atribuir a las Comunidades Autónomas «la legislación exclusiva y la ejecución» en materias como «política y ordenación del turismo, de los deportes y del ocio». A pesar de la ausencia de justificación, parece razonable inferir que se quiere introducir una distinción entre la legislación exclusiva de la política turística y la legislación exclusiva de la ordenación del turismo. Si en ese contexto «política» y «ordenación» fuesen palabras sinónimas, carecería de sentido introducir una redundancia que pueda dar pie a equívocos lingüísticos.

La tercera enmienda presentada sobre el problema aquí estudiado es la número 309, firmada por el grupo parlamentario Socialistas de Catalunya, que también sin justificación propone atribuir a las Comunidades Autónomas «la legislación exclusiva y la ejecución» en materias como «turismo, deportes, ocio y espectáculos».

Finalmente, y como es de imaginar también sin justificación, la enmienda 357 del Grupo Socialista del Congreso, reitera la redacción propuesta en el voto particular y seguida por los Socialistas de Catalunya y por los tres diputados de la Minoría Catalana. O lo que es lo mismo, la única propuesta distinta es la contenida en la enmienda 202, es decir, la que se refiere expresamente a la ordenación del turismo.

D) DEBATE EN LA COMISIÓN DE ASUNTOS CONSTITUCIONALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Poco más queda ya por añadir en este breve repaso histórico de la elaboración del texto constitucional, ya que la senda que venimos siguiendo termina en el debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, de la que el precepto aquí examinado salió ya con la redacción que finalmente tendría el artículo 148.1.18 de la Constitución. El diputado Benegas Haddad, del Grupo Socialista del Congreso, presentó una enmienda *in voce* el día 14 de junio de 1978, en la que sugería añadir un apartado «o» *bis* al entonces artículo 139.bis), con la novedad de que en esta ocasión se explicaron las razones de la propuesta. A pesar de su extensión, parece justificado reproducir la justificación íntegra de esa enmienda (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* número 88, p. 3292):

- «Y añadiríamos una letra «o» bis, en el sentido de incluir dentro de las competencias exclusivas de las comunidades autónomas la promoción y ordenación del turismo en el ámbito territorial de cada comunidad autónoma.*
- Tres son las razones fundamentales, y voy a ser muy breve, que inducen al Grupo Socialista a incluir esta nueva facultad o esta nueva competencia que deben ostentar las comunidades autónomas. La primera es que son los territorios autónomos quienes mejor conocen sus territorios, sus parajes, los lugares que pueden ser atractivos para que pueda desarrollarse el turismo. Debe ser, por lo tanto, cada pueblo de España, cada nacionalidad o región de España, la que se ocupe de promocionar y ordenar el turismo en su ámbito territorial.*
 - Hay otra razón también; quizá es que ha existido una experiencia centralista de política turística, de fomento del turismo en España de consecuencias no muy rentables para lo que ha sido el país. Una política desafortunada en diversos temas en épocas pasadas, al estar totalmente centralizada la ordenación del turismo en España, y nos hace pensar que es una experiencia en este tema que es preciso rectificar y dar atribuciones profundas a las comunidades autónomas, para que puedan ordenar y desarrollar el turismo en los territorios de su jurisdicción.*
 - Por último, hay otra razón que es práctica; en las propias comisiones de transferencias que están funcionando tanto en la Generalidad de Cataluña, como en el Consejo General del País Vasco, éste es un tema que ya va a ser transferido a los propios órganos de autogobierno preautonómico. En este proceso de transferencia de competencias, ésta es una razón práctica que abunda, ya que si están siendo transferidas a las comunidades autónomas estas competencias en el período preautonómico, por razón de más deberán ser transmitidas en el período autonómico».*

La enmienda no recibió respuesta alguna; no hubo ni réplicas ni interpelaciones. Cuando toma la palabra el Presidente de la Comisión se limita a decir lo siguiente: «Se pone a votación la letra o) bis que habla de promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial». Efectuada la votación, la enmienda fue aprobada por unanimidad, con 35 votos.

E) RECAPITULACIÓN

El debate constitucional sobre la primera industria nacional es manifiestamente decepcionante: pocas propuestas, escasa justificación y ningún debate. La redacción definitiva aprobada por unanimidad tiene

su origen en una enmienda *in voce*. Esa enmienda es presentada por el Grupo Socialistas del Congreso, que en otros trámites de la elaboración de la Constitución había sugerido una redacción distinta, que ahora modifica sin explicar el fundamento del cambio de criterio. La justificación exteriorizada por el diputado Benegas se articula sobre dos argumentos, uno histórico y otro de actualidad.

El histórico se refiere a la promoción centralizada de los destinos turísticos realizada a partir del *boom* de la década de 1960, actividad de fomento que según la enmienda debe ser atribuida a las Comunidades Autónomas, ya que son ellas «quienes mejor conocen sus territorios, sus parajes, los lugares que pueden ser atractivos para que pueda desarrollarse el turismo». Personalmente no tengo nada que objetar a esa línea argumental vinculada a la actividad pública de promoción, lo que ya no llego a comprender es qué ventajas se derivan de atribuir a las Comunidades Autónomas no sólo la promoción sino también la ordenación. Se critica la centralización de la política turística, y en la justificación de la enmienda se identifica esa política con la ordenación turística, pero nada explica el diputado Benegas acerca de las razones que justifican la atribución de esa competencia; no justifica la referencia a la ordenación del turismo pero la explica.

El argumento de actualidad pone de relieve esa explicación, que es puramente fáctica. Afirma el diputado que en la realidad de los hechos está ya avanzada la elaboración de las normas de transferencia de competencias a los entes preautonómicos, y dice que en esas disposiciones la transferencia no se limita a la promoción del turismo sino que se extiende a su ordenación. Es decir, en el debate constitucional se decide atribuir a las Comunidades Autónomas la ordenación del turismo porque así lo imponen los hechos, o si se prefiere, la fuerza normativa de lo fáctico. El fundamento no estriba en razones sino en hechos, y la Comisión se rinde por unanimidad ante la evidencia de la realidad vigente. Es un caso curioso en el que el contenido de la Constitución surge de una simple disposición administrativa que está en fase de elaboración.

Cuando el 14 de junio de 1978 se celebra el debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, todavía no se ha aprobado ninguna disposición de transferencia de competencias turísticas a los entes preautonómicos. Esas transferencias se producen poco después: Cataluña (Real Decreto 2115/1978, de 26 de julio); País Vasco (Real Decreto 2488/1978, de 25 de agosto); Galicia (Real Decreto 212/1979, de 26 de enero); Andalucía (Real Decreto 212/1979, de 13 de febrero). Cuando se celebra el debate en la Comisión ya debía estar avanzada la elaboración de los Reales Decretos de transferencia a Cataluña y al País Vasco, y en ellos se hace una distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de ordena-

ción del turismo. Es decir, no hay una atribución plena o exclusiva a las Comunidades Autónomas de la ordenación del turismo. En el debate constitucional en que se invocan las transferencias no se menciona que esas disposiciones atribuyen al Estado la «coordinación de la ordenación general de la actividad turística».

III. ¿DÓNDE ESTAMOS?

A) INTRODUCCIÓN

Una vez relatado el proceso de elaboración de la Constitución en materia de ordenación del turismo, resulta indicado constatar cómo han ejercido las Comunidades Autónomas sus potestades. Es decir, la «ordenación del turismo» es un concepto jurídico indeterminado cuyo significado puede desentrañarse por distintos cauces, y uno de ellos es examinar la realidad de las cosas, la experiencia jurídica vivida, el ser del Derecho (cosa distinta es el deber ser).

Prima facie podría pensarse que la ordenación de una materia es su regulación, la creación de disposiciones que con carácter general establecen un régimen jurídico; es decir, la ordenación es algo distinto a dictar actos administrativos concretos, por ejemplo, otorgando o denegando una autorización o una subvención. Ello no obstante, la palabra «ordenación» puede ser identificada con la actividad administrativa de policía, expresión esta última que aunque no ha desaparecido en los textos legales, ha perdido vigencia doctrinal y actualidad. Dentro del concepto de ordenación, las Comunidades Autónomas subsumen potestades normativas y ejecutivas. En materia de ordenación del turismo, la experiencia vivida por las Comunidades Autónomas no se ha reducido a la producción de normas sino que se ha identificado con la intervención o limitación de la actividad de los ciudadanos (o si se prefiere respetar la terminología tradicional, estamos ante la actividad de policía administrativa, en este caso *policía turística*, es decir, *política turística*). Esa intervención limitativa de derechos o policía turística puede requerir que se aprueben normas, y también puede exigir que se dicten actos singulares. Prescindamos por el momento de los actos y ciñámonos a las normas.

Una vez entrada en vigor la Constitución, las Comunidades Autónomas han dictado un elevado número de normas en materia de turismo; pocas son en cambio las dictadas por el Estado. Prescindiendo de los Reglamentos y de las Leyes sobre cuestiones particulares (sanciones, golf, parques temáticos ...), y reduciendo la cuestión a las Leyes generales de turismo, la productividad es ciertamente llamativa en la década

de 1990, ya que por razones que ignoro hasta ese momento no hay una aproximación legislativa general a la promoción y ordenación del turismo: año 1994 (País Vasco); 1995 (Canarias y Comunidad de Madrid); 1997 (Castilla y León, Extremadura, Galicia, Murcia); 1998 (Comunidad Valenciana); 1999 (Andalucía, Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha, y nuevamente la Comunidad de Madrid).

Examinando la realidad de los Boletines y Diarios Oficiales, es posible que alguien llegue a tener la impresión de que la distribución territorial de competencias dispuesta por la Constitución ha privado al Estado de toda potestad normativa en materia de turismo, quizá por pensar que toda regulación estatal invade la ordenación autonómica. A combatir esa impresión superficial dedico las siguientes líneas.

B) ORDENACIÓN AUTONÓMICA Y ORDENACIÓN ESTATAL CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

1. *La ordenación estatal del turismo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

Puesto que en este apartado pretendo desentrañar dónde estamos, resulta oportuno empezar constatando una realidad que parece olvidada: los Reales Decretos de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas reservan al Estado la «coordinación de la ordenación general de la actividad turística». Es decir, la ordenación del turismo no es una competencia plena o exclusiva de las Comunidades Autónomas. Para comprobarlo baste con destacar algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que han reconocido al Estado alguna potestad normativa en materia de turismo.

Por ejemplo, potestad para regular la obtención, expedición y homologación de títulos académicos (Sentencia del Tribunal Constitucional 122/1989, de 6 de julio). En ejercicio de sus competencias de fomento, las Comunidades Autónomas pueden establecer un régimen especial de becas y ayudas para promocionar los estudios turísticos, pero no pueden crear una titulación académica que pueda ser homologada con los estudios cursados en otros Estados. La decisión de crear una diplomatura o una licenciatura universitaria de turismo corresponde al Estado no a las Comunidades Autónomas, porque el artículo 149.1.30. de la Constitución atribuye en exclusiva al Estado la «regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales». Es decir, para conocer la distribución

de competencias en materia de ordenación del turismo no basta con acudir aisladamente a la literalidad del artículo 148.1.18 de la Constitución, sino que es preciso ubicar ese precepto en un contexto constitucional, hay que interpretarlo a la luz de otros preceptos que, junto a la genérica atribución a las Comunidades Autónomas de la ordenación del turismo, contemplan títulos competenciales específicos que inciden en el turismo, como es el caso de la ordenación académica (o como veremos después, la legislación mercantil y las bases de las obligaciones contractuales).

El artículo 148.1.18 de la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas la promoción del turismo, pero como ha declarado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 88/1987, de 2 de junio, y 75/1989, de 24 de abril, el Estado puede dictar normas reguladoras de subvenciones y ayudas al sector turístico, es decir, tiene un cierto ámbito de competencia en materia de ordenación de las subvenciones y ayudas.

Digo un cierto ámbito porque el Estado no siempre es titular de esa competencia. Cuando la actividad de fomento o promoción no tiene una incidencia relevante, inmediata y directa en las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13 CE), o en el «comercio exterior» (art. 149.1.10 CE), el Estado no puede ordenar la promoción del turismo. A esa conclusión llega el Tribunal Constitucional en su Sentencia 125/1984, de 20 de diciembre, que resuelve el recurso interpuesto contra un Reglamento estatal, que como elemento promocional de las infraestructuras hoteleras, crea y regula una distinción («recomendado por su calidad»). El Tribunal rechaza el desorden que derivaría de la convivencia de la ordenación autonómica y la estatal sobre calificación de hoteles, dualidad normativa que crearía confusión a los turistas al dificultar la identificación de la calidad del servicio de alojamiento contratado.

En cambio, la Sentencia 75/1989, de 24 de abril, declara ajustados a la Constitución unos Reglamentos estatales sobre promoción turística relativos a las siguientes materias: concurso de subvenciones a fondo perdido para el fomento de las ofertas turísticas especializadas; concurso de subvenciones a fondo perdido para la construcción y reforma de establecimientos hosteleros de explotación familiar; concurso de subvenciones a fondo perdido para la promoción y comercialización del turismo rural; concurso de subvenciones a fondo perdido para la mejora y modernización, dotación de instalaciones complementarias e incorporación de nuevas tecnologías en estaciones termales. La razón de la competencia estatal para ordenar esas concretas ayudas tu-

rísticas estriba en el antes citado artículo 149.1.13 de la Constitución². Conforme a lo declarado en la citada Sentencia 75/1989:

- « las ayudas estatales previstas se refieren a programas singularizados que presentan la suficiente importancia y autonomía dentro del turismo como para estimar que el condicionamiento específico de la subvención a los mismos responde a la finalidad de garantizar un objetivo de política económica, como es la de la potenciación de actividades turísticas especiales que complementan la oferta tradicional y que permiten corregir además la excesiva estacionalidad de nuestro turismo. Como la representación del Estado alega se trata de una promoción de actividades turísticas que ni se configura como paralela a la establecida por la Comunidad Autónoma, evitando así

² Conforme a lo declarado en la citada Sentencia 75/1989:

«Este Tribunal ya ha reconocido que el ejercicio autonómico de una competencia exclusiva sobre un determinado subsector económico no excluye la existencia de una competencia estatal para establecer las bases y la coordinación de ese subsector y que el ejercicio autonómico de esa competencia exclusiva puede estar condicionado por medidas estatales, que en ejercicio de una competencia propia y diferenciada pueden desplegarse autónomamente sobre diversos campos o materias, siempre que el fin perseguido responda efectivamente a un objetivo de planificación económica. Como ha dicho la STC 152/1988, de 28 de julio, «dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector».

Este razonamiento es también aplicable al sector del turismo y, en particular, dentro del mismo, a la actividad promocional, dada su expresa relación con la política económica general, en razón de la incidencia que la actividad turística tiene en el conjunto de la economía, su importancia relativa como factor de desarrollo económico y de creación de empresas y de empleos, y su especial trascendencia en nuestra balanza de pagos (STC 125/1984, de 20 de diciembre). La competencia exclusiva de Galicia en materia de promoción y ordenación del turismo no excluye así que el Estado, en el ejercicio de las competencias del art. 149.1.13 de la Constitución, pueda establecer las bases y la coordinación de este importante sector de la actividad económica.

Sin embargo, no cabe una interpretación extensiva de este título competencial estatal que permita absorber bajo él, como correspondiente al Estado, cualquier medida que tenga incidencia sobre los aspectos económicos de la actividad turística, vaciándose prácticamente de contenido la competencia exclusiva propia de la Comunidad Autónoma. La posibilidad del Estado de incidir sobre la materia de turismo «se ciñe a aquellos extremos que puedan entenderse comprendidos en las bases y coordinación de la planificación económica. A este respecto y sólo en relación con el mismo, el Estado puede destinar específicamente recursos con cargo a su propio presupuesto, que cumplen así una finalidad de garantía para la consecución de los objetivos de la política económica general cuya dirección le compete» (STC 152/1988, de 20 de julio). El Estado no está legitimado para fomentar cualquier actividad en materia de turismo, ni tiene una competencia general e indeterminada de fomento del turismo paralela o concurrente con las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, pues ello significaría no sólo alterar el sistema competencial, sino también distorsionar de forma permanente el sistema ordinario de financiación autonómica. Sólo puede establecer medidas de fomento en tanto y por razón de sus atribuciones sobre las bases de la planificación y la coordinación de la actividad económica».

el riesgo de actuaciones estatales separadas y paralelas a las de la Comunidad Autónoma Gallega, ni tampoco impide, por su excesiva concreción, que la Comunidad Autónoma pueda desarrollar en el sector turístico una política propia «orientada a la satisfacción de sus intereses peculiares, dentro de las orientaciones de programación y coordinación que el Estado disponga para el sector como componentes del sistema económico general» (STC 101/1988, de 27 de octubre).

- *La previsión de estas subvenciones, definir las actuaciones protegibles, el nivel de protección y la aportación de recursos estatales ha de estimarse que entra dentro de las competencias que al Estado concede el art. 149.1.13 de la Constitución, pues le permite la realización de las correspondientes actuaciones que garantizan la consecución de los objetivos de la política económica nacional en el sector del turismo y ha de considerarse como un elemento indispensable «para alcanzar los fines de política económica en general propuestos» (STC 152/1988, de 20 de julio). Por consiguiente, la mera previsión de estas subvenciones y la regulación genérica de sus condiciones, al entrar dentro de la competencia del Estado de la ordenación general de la economía, no ha invadido las competencias de la Comunidad Autónoma, quien no podría reivindicar para sí misma esa regulación de alcance nacional».*

2. Ordenación autonómica del turismo

Para seguir avanzando resulta indicado detenerse ahora en el examen de la primera transferencia del Estado a un ente preautonómico en materia de turismo. El Real Decreto 2115/1978, de 26 de julio, regula las transferencias a Cataluña, distinguiendo las competencias de ordenación (artículo 4 y siguientes) y las de promoción (artículos 9 y siguientes). Las relativas a la ordenación se refieren a materias como la declaración de territorios de preferente uso turístico, zonas de infraestructura deficiente, información en los expedientes de aprovechamiento de bienes de dominio público y de monumentos históricos y artísticos, otorgamiento de autorizaciones de apertura y cierre de establecimientos, fijación de su clasificación, inspección de las empresas turísticas e imposición de las sanciones cuando corresponda, sustanciación de las reclamaciones de los turistas, otorgamiento del título o licencia de agencia de información turística ...). Es decir, en ningún momento se vincula la competencia autonómica de ordenación del turismo con el régimen jurídico o el estatuto mercantil de las empresas turísticas, ni tampoco con la regulación de los contratos que

celebren. Muy distinta es la evolución posterior de la competencia de las Comunidades Autónomas respecto a la ordenación del turismo.

C) ¿DESORDENACIÓN AUTONÓMICA CONTRA LA CONSTITUCIÓN?

1. *Planteamiento: régimen jurídico del estatuto empresarial y bases de las obligaciones contractuales*

El problema al que aquí nos enfrentamos no se reduce a dilucidar si la ordenación del turismo es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas o si la comparte con el Estado. Hay que dilucidar además su articulación con otros títulos competenciales que la Constitución regula. Baste recordar lo ya dicho sobre la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos o profesionales (artículo 149.1.30 CE). En ejercicio de sus competencias en materia de ordenación del turismo, las Comunidades Autónomas han dictado infinidad de normas de distinto rango jerárquico (Leyes, Reglamentos, Órdenes) sobre las más variadas materias: municipios turísticos, planificación territorial, fiestas populares, régimen de autorización de establecimientos turísticos, inscripción de las empresas turísticas en registros administrativos, ayudas para la diversificación de productos turísticos o la potenciación de la calidad de las infraestructuras o los servicios, becas de estudio, promoción, difusión y homogeneización de la imagen de los destinos turísticos (logotipos y signos distintivos), hojas de reclamaciones y protección de los turistas.

Ocurre que *so pretexto del título competencial en materia de ordenación del turismo, las Comunidades Autónomas han invadido otros títulos competenciales que la Constitución atribuye al Estado*, invasión frente a la que no ha reaccionado el Estado que ha consentido y tolerado graves injerencias autonómicas que han producido efectos perturbadores en el mercado turístico, al crear dificultades para identificar las ofertas turísticas con la claridad y seguridad que impone la tutela jurídica de los consumidores y usuarios (¿ordenación o desordenación del turismo?).

Los productos de turismo rural son diferentes en las distintas Comunidades Autónomas, y en esa pluralidad hay que distinguir efectos positivos vinculados a la mayor variedad de la oferta (el paisaje castellano no es comparable con el gallego, y arquitectónicamente hay evidentes diferencias entre un pazo y una masía catalana). Una cosa es ese pluralismo paisajístico y arquitectónico (que merece una valoración favorable), y otra cosa distinta es el pluralismo normativo que no siempre

merece esa misma valoración. La diversidad de la oferta turística se enriquece por el hecho de que una Comunidad Autónoma exija unos u otros requisitos para otorgar una calificación hotelera, teniendo en cuenta las peculiaridades arquitectónicas del edificio, la dimensión de las habitaciones, la existencia de televisión o mini-bar en las mismas, o los servicios complementarios de restauración o tintorería que ofrezca el alojamiento. Alguno pensará que el exceso de diversidad en esos extremos puede confundir a los turistas que vienen del extranjero y que no siempre conocen las particularidades de las distintas Comunidades Autónomas, por lo que se pueden crear situaciones de confusión o mala información contrarias a la protección de los derechos de los usuarios de los servicios turísticos.

No me refiero a esa diversidad, que desde una perspectiva cultural, económica y social podrá recibir distintas valoraciones, pero que desde una perspectiva jurídica no merece reproche alguno. *La diversidad autonómica que denuncio y ataco es la referida a la ordenación subjetiva de los operadores (personas jurídicas mercantiles o empresarios individuales) y la objetiva de sus relaciones con los turistas (contratos)*. Como seguidamente tendremos la oportunidad de comprobar, el régimen jurídico de los contratos turísticos no es uniforme en el territorio español, pues las Comunidades Autónomas han regulado las obligaciones contractuales mediante simples Reglamentos, introduciendo particularidades diferentes en cada una de ellas. En España tampoco es uniforme el estatuto jurídico de las empresas turísticas; también en ese punto hay diferencias en las distintas Comunidades Autónomas.

Para iniciar el examen de la ordenación jurídica de las empresas y los contratos turísticos, tiene interés aproximarse a ese problema teniendo en cuenta la vinculación material entre el turismo y el ocio. Hay que recordar que en el proceso de elaboración de la Constitución, al examinar la distribución territorial de competencias, algunas propuestas sugerían atribuir a las Comunidades Autónomas las mismas potestades en materia de ocio, deportes, espectáculos públicos y turismo. El resultado final fue otro, ya que las potestades son más amplias en materia de turismo (ordenación y promoción), mientras que el artículo 148.1.19 se refiere únicamente a la «promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio» (y ello no obstante quiero destacar una vez más lo ya expresado en la primera nota a pie de página). En cualquier caso, llama la atención las diferencias existentes entre los estatutos jurídicos de las empresas dedicadas al turismo y al ocio o al deporte. Veámoslas tomando tres ejemplos: una sociedad anónima deportiva, un casino y una agencia de viajes. Los Poderes Públicos intervienen en la ordenación de esas empresas disponiendo su régimen jurídico: capital social mínimo, su representación en accio-

nes nominativas o al portador, la exigencia de que el capital esté íntegramente desembolsado o el reconocimiento de que basta con el desembolso efectivo de un determinado porcentaje, la admisión del nombramiento de un Consejero Delegado o la imposición de una gestión colegiada. Ahora se trata de reflexionar acerca de qué Poder Público toma esas decisiones: ¿el Legislador o la Administración?; ¿los representantes de los ciudadanos mediante una Ley o los gestores de los intereses generales en virtud de un Reglamento?; ¿el Estado o las Comunidades Autónomas?

2. Las Sociedades Anónimas Deportivas (Ley estatal)

Con arreglo a lo establecido en el artículo 19.1 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre (del deporte), deben adoptar la forma de Sociedad Anónima Deportiva los clubes o sus equipos profesionales que participen en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal. Ese mismo precepto dispone que «dichas Sociedades Anónimas Deportivas quedarán sujetas al régimen general de las Sociedades Anónimas, con las particularidades que se contienen en esta Ley y en sus normas de desarrollo».

Es decir, el *estatuto general* de las sociedades anónimas es el contenido en una norma estatal con rango, valor o fuerza de ley (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), estatuto que es modulado por otra norma también estatal y también con rango legal.

La Ley del Deporte crea un *estatuto especial* que se refleja en distintas particularidades del régimen de esas personas jurídicas: su denominación social (debe ser la de Sociedad Anónima Deportiva), objeto social (que no es libre o abierto sino el fijado en la ley), prohibición de ventajas o remuneraciones para los fundadores, duración del ejercicio económico (que a diferencia del ejercicio de las demás sociedades anónimas no coincide con el año sino con el calendario deportivo), desembolso total del capital social (no puede ser parcial), que además siempre debe estar representado por acciones nominativas (se excluyen las acciones al portador). A esas hay que añadir ciertas particularidades sobre el régimen de enajenación de acciones que difieren del régimen general contenido en la Ley de Sociedades Anónimas.

Todas esas decisiones son adoptadas por el Estado en sede parlamentaria; únicamente se remite a sede administrativa la fijación reglamentaria del importe mínimo del capital social de las Sociedades Anónimas Deportivas, remisión que la propia Ley sujeta a límites, ya

que «en ningún caso podrá ser inferior al establecido en la Ley de Sociedades Anónimas» (artículo 21.1 de la Ley del Deporte).

3. Casinos (Ley autonómica)

El estatuto de los casinos es diferente, ya que en este caso la modulación del estatuto general ya no se contiene en una Ley estatal sino en una autonómica. Pondré un ejemplo; la Ley 4/1991, de 8 de noviembre, reguladora del juego en la Comunidad Autónoma del País Vasco, dispone lo siguiente en su artículo 20: «Podrán ser titulares de la autorización para la explotación de casinos y bingos las personas físicas y las formas societarias admitidas en Derecho, siempre que tengan como *objeto exclusivo* la explotación de dichas autorizaciones, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11.1 de esta Ley. En el supuesto de que el titular fuera persona jurídica, *su capital deberá estar totalmente desembolsado* en la cuantía y forma que se fije reglamentariamente y dividido en *acciones o participaciones nominativas*».

La Ley 2/1995, de 15 de marzo, reguladora del juego y apuestas de la Región de Murcia, establece en su artículo 19.5 que «las personas físicas o jurídicas que soliciten las autorizaciones preceptivas para la organización y explotación de juegos, deberán acreditar respectivamente el patrimonio neto y capital social mínimos que se exijan reglamentariamente» (redacción dada por la Ley 13/1997, de 23 de diciembre).

La Ley 4/1988, de 3 de junio, de juego de la Comunidad Valenciana, dispone que «las empresas titulares de los casinos deberán reunir los siguientes requisitos mínimos: a) Constituirse bajo la *forma de sociedades anónimas y tener por objeto la explotación de un casino y eventualmente el desarrollo de actividades de promoción turística*. b) Ostentar la nacionalidad española. c) Tener *el capital social totalmente desembolsado*, dividido en *acciones nominativas* y, al menos, en la cuantía que se fije reglamentariamente. d) *La administración de la sociedad será colegiada*. e) Ninguna persona física o jurídica podrá ostentar participación en el capital ni cargos directivos en más de una sociedad explotadora de casinos de juego en el ámbito territorial».

De la lectura de esos preceptos y otros similares que se podrían añadir surgen varios interrogantes: ¿estamos ante un estatuto mercantil especial de las empresas titulares de los casinos que modifica la Ley de Sociedades Anónimas?; ¿se trata simplemente de la fijación por una Ley autonómica de las condiciones exigidas para obtener una autorización administrativa?

En ocasiones, la regulación dictada por las Comunidades Autónomas se limita a una remisión a instituciones jurídicas materialmente re-

guladas por la legislación estatal. Ocurre que en otras la Comunidad Autónoma modula o modifica la legislación estatal para un determinado sector de intervención administrativa. Una cosa es que una norma autonómica exija que es necesaria la forma de sociedad anónima para obtener la autorización que habilita para ejercer una actividad mercantil en un sector intervenido (*remisión recepticia a la Ley de Sociedades Anónimas*) y otra distinta que la norma autonómica establezca y regule cuál debe ser el capital mínimo de las sociedades anónimas que desarrollen su actividad en ese sector de la economía (*modificación de la Ley de Sociedades Anónimas*). Es difícilmente cuestionable que un Ayuntamiento también puede hacer remisiones recepticias de esa índole para condicionar el otorgamiento de autorizaciones de apertura de discotecas, bares o locales de esparcimiento. También puede convenirse pacíficamente que para ordenar o intervenir esos sectores económicos un Ayuntamiento no puede modular la Ley de Sociedades Anónimas. ¿Por qué puede hacerlo una Comunidad Autónoma que tampoco tiene competencia en materia mercantil?

Por otro lado, no está de más recordar aquí cómo se ordenó el estatuto de las empresas mercantiles antes de la Revolución francesa. Para colonizar económicamente nuevos territorios, especialmente *allende* los mares, el Monarca otorgaba una carta o patente (convencionalmente podríamos denominarla concesión administrativa), por la que transfería privilegios públicos de representación de la Corona y establecía el régimen jurídico de la empresa³. No había pues un estatuto común y uniforme para todas las empresas mercantiles, situación que sólo se alcanza gracias al movimiento codificador que triunfa en el siglo XIX.

Pues bien, el desordenado cosmos del estatuto empresarial previo a la codificación puede volver a surgir de la mano de la ordenación del turismo de las Comunidades Autónomas. Se dirá de las Comunidades que no regulan el estatuto empresarial y se limitan a condicionar el otorgamiento de las autorizaciones turísticas al cumplimiento de ciertos requisitos, pero no es del todo clara la diferencia entre estas modernas autorizaciones y las cartas, patentes o concesiones administrativas de colonización (en las que es difícilmente cuestionable que se ordenaba el estatuto empresarial).

Podría argumentarse que si no se reconoce a las Comunidades Autónomas la posibilidad de dictar esa especie de «*reglamentación mercantil especial*» entonces se vacían sus poderes de intervención en sectores cuya competencia les corresponde (como es el caso de la ordenación del

³ Federico DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, segunda edición, Editorial Civitas, Madrid 1984, p. 24. Manuel BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, décima edición, Editorial Tecnos, Madrid 1994, p. 217.

turismo). Pero en ese caso se abriría un portillo sin pestillo de cierre que en gran medida vaciaría la competencia estatal en materia de legislación mercantil. Estamos ante una problemática difícil, ciertamente opinable y por el momento escasamente tratada por la doctrina científica. Sigue pendiente y abierto el debate sobre la publicación del Derecho privado (en especial cuando esa publicación es dispuesta por las Comunidades Autónomas y además por vía reglamentaria), cuya magnitud y trascendencia desborda con mucho las limitadas posibilidades de estas páginas que sólo pretenden contribuir a poner de manifiesto el problema y sugerir argumentos técnicamente opinables pero jurídicamente razonados.

4. *Agencias de Viajes (Reglamento autonómico)*

Para seguir avanzando entremos ya en el estatuto de una empresa turística como son las agencias de viajes, materia en la que el problema no se reduce a la distribución territorial de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino que se extiende a la jerarquía de la norma que regula el estatuto empresarial (Ley o Reglamento). La Constitución garantiza la libertad de empresa (artículo 38) y reserva a la Ley la regulación de esa libertad (artículo 53.1). El Derecho privado (tanto el civil como el mercantil) es una materia que tradicionalmente ha sido reservada a la ley (al Código Civil o al de Comercio). ¿Qué espacio queda en esta materia a los Reglamentos? Para enfrentarse a esas preguntas tiene interés recordar aquí el dictamen del Consejo de Estado de 26 de junio de 1997 (expediente número 2455/97, relativo al proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de la Región de Murcia y se modifica el Catálogo de Juegos y Apuestas de la Región de Murcia):

«B.1) El artículo 6.d) establece un capital social mínimo, totalmente suscrito y desembolsado; y, por su parte, el artículo 6.f) exige que las acciones sean nominativas.

El Consejo de Estado considera necesario suprimir tales exigencias, precisamente porque, sin cobertura expresa y específica en una Ley, un Reglamento no puede establecer con carácter obligatorio la configuración societaria de las empresas mercantiles que desarrollen una actividad; ello es así porque se trata de una materia reservada a la Ley. Como ya se dijo en el dictamen 497/94:

«... la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 1992 ... declaró nulo el artículo 25, número 3, a) del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar aprobado por el Real Decreto 593/1990, que preveía igual-

mente unos supuestos de capital mínimo y nominatividad obligatoria de los títulos representativos del capital de las empresas actuantes en el sector, por entender que tales exigencias contradecían lo establecido en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. Idéntico criterio había sido ya avanzado por este Consejo en su dictamen al Proyecto que desembocó finalmente en el Real Decreto 877/1987, de 3 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar anterior al actualmente vigente (dictamen de 9 de abril de 1987, recaído en el expediente número 50.372) y fue reiterado en el dictamen relativo a la reciente modificación parcial que el Real Decreto 259/1993, de 19 de febrero, introdujo en el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar aprobado por el Real Decreto 593/1990 (dictamen de 7 de enero de 1993 recaído en el expediente número 1506/92) y en los dictámenes del pasado 8 de julio, relativos a los Proyectos de Decreto por los que se aprobaban los Reglamentos de Máquinas Recreativas y de Azar, de Salones Recreativos y de Juego y del Juego del Bingo (expedientes números 294, 295 y 296/93).

Esta observación tiene carácter esencial, a efectos de lo dispuesto por el artículo 130.3 del Reglamento del Consejo de Estado.

B.2) En esta misma línea y por las razones anteriormente apuntadas, también carecen de cobertura legal las siguientes previsiones: el establecimiento de un límite de participación en el capital de cinco empresas (artículo 6.d)); y el carácter obligatorio de la administración colegiada (artículo 6.g)). Estas observaciones tienen carácter esencial a efectos de lo dispuesto por el artículo 130.3 del Reglamento del Consejo de Estado».

Hecha esa aproximación, comprobemos cómo han ejercido las Comunidades Autónomas sus competencias de ordenación del turismo en materia de agencias de viaje⁴. Algunas Comunidades han dictado una Ley general sobre turismo, en la que se hace una amplia remisión al Reglamento para que sea esta norma administrativa la que adopte im-

⁴ En relación a las Comunidades Autónomas: Canarias (Decreto 176/1997, de 24 de julio). Comunidad Valenciana Decreto 20/1997, de 11 de febrero). Comunidad de Madrid (Decreto 99/1996, de 27 de junio). Castilla y León (Decreto 61/1990, de 19 de abril). Castilla-La Mancha (Decreto 2/1988, de 12 de enero). La Rioja (Decreto 35/1997, de 27 de junio). Cataluña (Decreto 45/1988, de 13 de enero). Galicia (Decreto 155/1989, de 22 de junio). Región de Murcia (Decreto 115/1987, de 24 de diciembre). Navarra (Decreto Foral 141/1988, de 4 de mayo). Aragón (Decreto 184/1988, de 5 de diciembre). Asturias (Decreto 31/1988, de 18 de febrero). Cantabria (Decreto 50/1990, de 3 de septiembre). Illes Balears (Decreto 60/1997, de 7 de mayo). Madrid (Decreto 99/1996, de 27 de junio). Extremadura (Decreto 82/1987, de 28 de diciembre, parcialmente modificado por Decreto 7/1990, de 23 de enero).

portantes decisiones sobre el estatuto de algunas empresas turísticas, como por ejemplo el capital social de las agencias de viajes, o la decisión de reservar esa actividad económica a las empresas mercantiles (con exclusión de las personas físicas o empresarios individuales)⁵. En otras ocasiones ni siquiera hay esa previsión en una Ley y es el Reglamento quien directamente regula la materia.

Para su válido funcionamiento las Agencias de Viaje deben cumplir los requisitos comunes a todos los operadores turísticos (autorización administrativa e inscripción en el Registro). En el caso de las Agencias esa autorización se denomina título-habilitación o título-licencia. A esas técnicas de limitación administrativa de la libertad de empresa se añaden otras como la imposición de la obligatoria suscripción de una póliza de responsabilidad civil o el depósito de una suma de dinero en concepto de garantía, así como la exigencia de un capital social mínimo o un capital mínimo desembolsado. En Cataluña, Aragón, Canarias, Murcia, Navarra, Cantabria, Asturias y Castilla-La Mancha *sólo pueden ser Agencias de Viajes las empresas mercantiles que tengan la forma de sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada* (el capital social mínimo desembolsado debe ser de 30 millones para las Agencias mayoristas-minoristas, 20 millones para las mayoristas y 10 millones para las minoristas).

En Galicia, Islas Baleares, La Rioja, Comunidad de Madrid, Castilla y León, y en la Comunidad Valenciana pueden ser titulares de una Agencia de Viajes *las personas físicas o jurídicas* cuyo domicilio o sede social radique en la Comunidad Autónoma (en el caso de las empresas mercantiles el capital mínimo desembolsado es el mismo que el exigido en las otras Comunidades Autónomas).

De especial importancia en esta materia es la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1997 (referencia Aranzadi 3372). En ella se declara que es contrario a Derecho que el Reglamento dictado por la

⁵ Con arreglo a lo establecido en el artículo 29.2 de la Ley 6/1994, de 16 de marzo (de ordenación del turismo en el País Vasco): «Las agencias de viaje deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Estar en posesión del correspondiente título-licencia. b) Tener las sociedades mercantiles desembolsado como mínimo el capital social que en cada caso se determine reglamentariamente. c) Cubrir, aquéllas que no revistan la forma de sociedad mercantil, el conjunto de garantías que en cada momento se establezcan, no siendo en ningún caso mayores que las exigidas a las mercantiles».

Dispone el artículo 48.4 de la Ley 7/1995, de 6 de abril (de ordenación del turismo en Canarias): «Todas las agencias de viaje deberán cumplir los requisitos sobre capital mínimo, seguro de responsabilidad civil y fianza que reglamentariamente determine el Gobierno de Canarias, en atención a su tipo y número de sucursales». Esa misma línea es seguida por el artículo 61.1 de la Ley 9/1997, de 21 de agosto (de ordenación y promoción del turismo en Galicia): «Para el ejercicio de las actividades propias de las agencias de viaje será necesario contar con el preceptivo título-licencia, que otorgará la Administración turística una vez cumplimentados los requisitos de capital mínimo, seguro de responsabilidad civil y fianza que reglamentariamente determina la Junta de Galicia atendiendo a su tipo y número de sucursales».

Comunidad de Madrid para regular la actividad de las Agencias de Viaje, ya que fija para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada un capital social superior al establecido con carácter general en la legislación estatal reguladora de esas sociedades mercantiles; también declara contraria a Derecho la exigencia de forma mercantil para el ejercicio de la actividad de Agencia de Viajes (excluyendo al empresario individual); en cambio, califica de ajustada a Derecho la exigencia de fianzas para proteger a los consumidores (aunque sin entrar a examinar que la fuente de esa obligación contractual radica en un Reglamento aprobado por una Comunidad Autónoma); sobre este último extremo ver también la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1991 (referencia Aranzadi 6455).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1997 (referencia Aranzadi 3372), declara lo siguiente: «En cuanto a la exigencia de un capital social mínimo para la constitución de la agencia de viajes en forma societaria (anónima o limitada), norma que hay que entender como voluntaria al haber anulado la sentencia recurrida el artículo 1 del Decreto en cuanto a esa obligatoriedad, no parece conforme al ordenamiento jurídico en cuanto supere el mínimo exigible por la normativa propia de tales sociedades, ya que, *a través de una norma de carácter reglamentario, sin cobertura legal habilitante, no puede modificarse lo dispuesto en una norma jerárquicamente superior*. El capital social mínimo para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada está establecido respectivamente en 10.000.000 de pesetas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre) y 500.000 pesetas (Ley 2/1995, de 23 de marzo), por lo que la exigencia establecida en el artículo 5.a), párrafo último, que sin distinguir entre las formas societarias anónima y limitada exige unos mínimos superiores a los establecidos en normas de rango superior, debe ser anulada siguiendo la doctrina de esta Sala manifestada en la Sentencia de 21 de abril de 1992, que declaró la nulidad del apartado 3.a) del artículo 25 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar promulgado por Real Decreto 593/1990, precepto que establecía una exigencia semejante para las sociedades dedicadas a tal actividad».

Finalmente, en relación a los empresarios individuales que no tienen la condición de empresa societaria, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1997 (referencia Aranzadi 3372) dice así: «Es evidente que la citada disposición adicional debe ser entendida en el sentido de que la posibilidad de continuar desempeñando actividades turísticas ajenas a las propias de las agencias de viajes no sólo debe mantenerse en relación a las empresas constituidas en forma societaria, sino también para el empresario individual, solución ésta que se refuerza con la eliminación de la exigencia que aparece en el artículo 1 del

Decreto de que las empresas se constituyan en forma de sociedad mercantil, anónima o limitada. Siempre teniendo en cuenta que la posibilidad abierta por la disposición adicional está supeditada a que esas actividades turísticas pero ajenas a las propias de agencias de viajes efectivamente se realizaran por el empresario individual con anterioridad a la promulgación del Decreto objeto de impugnación».

Baste por el momento con esta primera aproximación al estatuto empresarial, que nos permite apreciar alguna diferencia entre la regulación del deporte (Ley estatal), ocio (Ley autonómica) y turismo (Reglamento autonómico).

5. *Bases de las obligaciones contractuales*

El problema de la ordenación o desordenación del turismo no se reduce a la reglamentación autonómica de las estructuras empresariales o estatuto mercantil de los operadores turísticos; el problema se extiende también a la regulación de los contratos que celebran. Para constatar esa cuestión baste con el siguiente ejemplo. Mientras que el régimen del contrato de viaje combinado está dispuesto en una Ley, el de los contratos de servicios sueltos se incluye en simples Reglamentos aprobados por las distintas Comunidades Autónomas. Como dice el Preámbulo de la Ley 21/1995 (de viajes combinados), *«la norma por la que se materializa la transposición adopta el rango de ley por cuanto en ella se establecen preceptos que afectan y modulan el perfeccionamiento, eficacia y ejecución del contrato de viaje combinado, lo que implica que su regulación singularizada incide en los preceptos contractuales generales que se contienen en el Código Civil y en el de Comercio. En razón de tal incidencia, la presente Ley se dicta al amparo de las competencias reconocidas al Estado por el artículo 149.1.6 y 8 de la Constitución»*.

Hay muchas manifestaciones de la invasión del Derecho privado por las normas reglamentarias dictadas por las Comunidades Autónomas al intervenir u ordenar ciertos sectores del turismo. Así, el Decreto de la Generalidad Valenciana 19/1997, de 11 de febrero (por el que se aprueba el régimen de precios y reservas en alojamientos turísticos), con arreglo al cual los clientes tienen la obligación de satisfacer el precio del contrato en el tiempo y lugar convenidos (salvo pacto en contrario el pago se realizará en el propio establecimiento y en el momento de que le fuese presentada al cobro la factura). El *contenido material* de esa regulación es enteramente razonable, pero ello no permite ocultar la *deficiencia de rango* de la norma que lo dispone y la incompetencia de la misma para regular la forma de pago de un contrato celebrado entre el usuario y el titular del establecimiento turístico. Sin cobertura legal adecuada para ello, el artículo 13 del Decreto

19/1997 modifica el artículo 1171 del Código Civil en relación al lugar de pago de las obligaciones, ya que con arreglo al citado precepto del Código Civil, a falta de pacto, el lugar de pago será el del domicilio del deudor.

Ese mismo Reglamento dispone que el titular del alojamiento puede solicitar un anticipo que, salvo pacto en contrario constatado por escrito, no puede sobrepasar el 25% del precio del servicio reservado. En caso de cancelación o anulación de la reserva, el titular del alojamiento tiene derecho a resarcirse reteniendo un porcentaje del anticipo que oscila entre el 10% y el 100%, en este último caso cuando la cancelación se efectúe con 7 días o menos de antelación. *En términos contractuales ese resarcimiento por cancelación es una cláusula penal de las reguladas en los artículos 1152 a 1155 del Código Civil. Quien determina el contenido de la cláusula penal no son las partes del contrato sino un Poder Público, con la singularidad de que se trata de una Comunidad Autónoma que además lo hace por medio de un simple Reglamento.* Con arreglo a lo establecido en el artículo 10.1 del Decreto 19/1997, de 11 de febrero (del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el régimen de precios y reservas en alojamientos turísticos):

«En los casos de anulación de reserva por parte del cliente, la empresa tendrá derecho a que se le abonen los gastos de gestión que resulten debidamente justificados.

Salvo el caso demostrable de fuerza mayor del cliente, la empresa también tendrá derecho a una indemnización consistente en:

- a) El 10 % del anticipo a que se refiere el artículo anterior cuando dicha anulación se efectúe con una antelación de más de 30 días al fijado para la ocupación del alojamiento.*
- b) El 50% cuando se realice con una antelación de más de 7 y hasta 30 días.*
- c) El 100% cuando la anulación se efectúe con 7 o menos días de antelación.*

La cantidad resultante de la aplicación de los anteriores porcentajes se podrá retener del anticipo que, en su caso, hubiera entregado el cliente. También podrán retenerse los gastos de gestión justificados si hubiera saldo para ello».

La regulación u ordenación del contenido contractual es distinta en las diferentes Comunidades Autónomas; en la Comunidad Valenciana la penalización es del 10 % cuando la reserva se cancela con más de 30 días de antelación, pero en Cantabria la penalización es del 5%⁶; en el

⁶ Decreto 50/1989, de 5 de junio, de ordenación y clasificación de establecimientos hoteleros en Cantabria; artículo 36: «La anulación de reserva dará derecho a retener como máximo, en concepto de indemnización, el siguiente porcentaje de la señal exigida: a) El 5% cuando la anulación se haga con más de treinta días de antelación a la fecha fijada para ocupar el alojamiento. b) El 50% cuando se haga con treinta o menos días y más de siete. c) El 100 % cuando se haga con menos de siete días».

Principado de Asturias no hay penalización cuando la reserva se anula con más de 30 días⁷.

¿Es libre el precio que el hostelero puede cobrar por instalar una cama supletoria en la habitación? Con arreglo a lo establecido en la reglamentación del Principado de Asturias, el precio de una cama supletoria no podrá ser superior al 60% del de la habitación sencilla ni el 35% del precio de la habitación doble⁸; distinto es el régimen en Cantabria, donde la suma de precio de una cama supletoria y el de la habitación individual no puede superar el 90% del precio de una habitación doble, y el precio de una cama supletoria instalada en una habitación doble no puede ser superior al 35% del precio de la habitación, o del 25% cuando la cama supletoria sea para niños menores de 10 años⁹; también es diferente la regulación catalana, donde el precio máximo a cobrar por la cama supletoria es del 40% del precio de la habitación en que se instale¹⁰.

La variedad de ordenaciones se amplía si examinamos el alojamiento en establecimientos de turismo rural; en La Rioja¹¹, el precio de la cama supletoria no puede ser superior al 60% del precio de la habitación sencilla, ni del 35% de la habitación doble. Cuando en atención a la superficie de la habitación se instale una segunda cama supletoria, el precio de ésta no puede ser superior al 40% (si es sencilla) o al 45% (si es doble). Esas cifras son distintas en Extremadura¹², donde el precio de las camas supletorias no puede ser superior del 70% del establecido para las ordinarias. En los establecimientos de agroturismo del País Vasco¹³ es gratuita la instalación de cunas para menores de 2 años.

Esa amplia y diversa regulación del contenido de las obligaciones contractuales del turista permite constatar la invasión por las Comunidades Autónomas de una materia que la Constitución atribuye y reserva al Estado.

⁷ Artículo 43 del Decreto 11/1987, de 6 de febrero (ordenación y clasificación de los hoteles radicados en Cantabria): «1.- A falta de acuerdo entre el cliente y el establecimiento en cuanto al régimen de reservas y anulaciones de plazas, el anticipo o señal podrá alcanzar como máximo un 40 por ciento del importe que resulte en razón a las plazas y número de días por los que se efectúe la reserva. 2.- Si el desistimiento o anulación se comunica al establecimiento con más de siete días y menos de quince días, de antelación al señalado para la ocupación, el establecimiento podrá retener el 50 por ciento del importe del depósito. Si la anulación se comunica dentro de los siete días anteriores al señalado para la ocupación, quedará a disposición del establecimiento la cantidad recibida en concepto de señal o depósito, conforme a lo establecido en el número uno de este artículo. Si los clientes no llegan antes de las veinte horas del día señalado para el comienzo de la estancia, se entenderá anulada la reserva».

⁸ Artículo 48 del Decreto 11/1987, de 6 de febrero.

⁹ Artículo 31 del Decreto 50/1989, de 5 de junio.

¹⁰ Artículo 25 del Decreto 53/1994, de 8 de febrero.

¹¹ Decreto 8/1995, de 2 de marzo.

¹² Decreto 132/1992, de 15 de diciembre.

¹³ Decreto 128/1996, de 28 de mayo, parcialmente modificado por Decreto de 23 de septiembre de 1997.

Distinto al problema de la invasión competencial en materia de bases de las obligaciones contractuales es el de la existencia previa de una habilitación legal expresa, es más, de una habilitación legal suficiente que preste cobertura a la intervención administrativa en las relaciones entre particulares. La reglamentación valenciana sobre el tiempo del pago del contrato de hospedaje tiene cobertura expresa en la Ley 3/1998, de 21 de mayo (de turismo de la Comunidad Valenciana), cuyo artículo 18.1.2 establece expresamente la posibilidad de que ese concreto extremo se regule contractualmente. Con arreglo a ese precepto legal, es obligación del turista «satisfacer el precio de los servicios contratados en el momento de la presentación de la factura, o en el plazo pactado, sin que, en ningún caso, el hecho de presentar una reclamación o queja exima de su pago». En cambio, no tiene cobertura en la Ley valenciana la reglamentación imperativa sobre penalizaciones por cancelación de reservas, ni tampoco la tiene la reglamentación dispositiva sobre duración del alojamiento. Mientras que en relación al pago del hospedaje es la Ley quien elige y establece el carácter dispositivo de la norma administrativa, en materia de penalizaciones o de duración del servicio de alojamiento es el propio Reglamento quien señala su alcance y fuerza obligatoria. Frente a esta última situación, debe defenderse con energía el principio de juridicidad¹⁴ para exigir que sea una Ley la norma que establezca el carácter dispositivo o imperativo de la reglamentación administrativa del Derecho privado.

Es más, como ya he puesto de relieve en otras ocasiones¹⁵, esa Ley debe ser una Ley estatal, porque en virtud de la distribución constitucional de competencias (artículo 149.1.6 y 8 de la Constitución), la regulación de las relaciones contractuales es competencia exclusiva del Estado. Las Comunidades Autónomas tienen competencia para ordenar y promover el turismo (artículo 148.1.18 de la misma), pero no están habilitadas por la Constitución para fijar y establecer el régimen sustantivo de los contratos turísticos (ni mediante Leyes ni a través de Reglamentos). Ocurre con frecuencia que las normas sobre sectores específicos (defensa de la competencia, comercio, banca, seguros, transportes, turismo ...), inciden en el estatuto de los consumidores y usuarios¹⁶; ello plantea un problema jurídico, ya que sucede a menudo

¹⁴ David BLANQUER, *Introducción al Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pp. 221 y siguientes.

¹⁵ David BLANQUER, *Derecho del Turismo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pp. 279 y siguientes.

¹⁶ David BLANQUER, «Potestad reglamentaria y Derecho Privado; protección del turista y contrato de hospedaje; réplica», trabajo publicado en la obra colectiva, *III Congreso de Turismo Universidad y Empresa. Municipios turísticos; tributación y contratación empresarial; formación y gestión de capital humano* Tirant lo Blanch, Valencia 2000, páginas 701 a 739.

que quien tiene competencia normativa en el sector específico no la ostenta en materia de consumidores y usuarios. Para establecer cuál es el título competencial predominante, el Tribunal Constitucional¹⁷ afirma que hay que utilizar criterios teleológicos (¿cuál es el fin predominante de la norma?).

Estamos ante un problema de distribución de competencias entre las Comunidades Autónomas (protección del turista) y la del Estado (Derecho civil y mercantil), que con frecuencia se superpone al ya planteado de la regulación del Derecho privado mediante Reglamentos dictados por las Comunidades Autónomas. Las competencias autonómicas inciden en la finalidad perseguida (la protección del turista), objetivo que no debe ser ni confundido ni mezclado con los instrumentos jurídicos empleados para alcanzarlo. Las Comunidades Autónomas pueden buscar la protección del turista mediante la regulación de la potestad sancionadora o de la potestad autorizatoria (Derecho del consumo), pero es competencia estatal el régimen del contrato como instrumento de protección del usuario de servicios turísticos (Derecho civil y mercantil). Como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 264/1993, de 22 de julio (FJ 5):

«.. la regulación autonómica de las diferentes modalidades de venta para proteger derechos de los consumidores y reequilibrar la posición de éstos en el mercado —sobre todo cuando la adquisición de bienes tiene lugar fuera de los establecimientos comerciales o en otras circunstancias especiales— debe ceñirse al espacio de las relaciones jurídico-públicas, impidiendo o limitando las prácticas lesivas de los intereses tutelados, definiendo las conductas exigibles en congruencia con tales intereses y estableciendo las sanciones administrativas pertinentes, pero sin determinar consecuencia alguna en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas ni imponer un contenido contractual determinado pretendidamente acorde con el fin protector perseguido, ya que corresponde al acervo competencial del Estado ex artículo 149.1.6 y 8 CE».

O por decirlo en los términos empleados por la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1991, de 22 de marzo (FJ 4.e):

«No requiere de mayores discusiones afirmar que la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución, se insertan dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida al Estado por los artículos 149.1.6 y 8 CE (...) La determinación del contenido de los contratos, aunque su finalidad sea como en el presente caso la protección del consumidor y del usuario, no puede ser entendida, como pretende el representante de la Junta, como una «declaración de objetivos ge-

¹⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional 88/1986, de 1 de julio (FJ 4), 264/1993, de 22 de julio (FJ 4.A).

nerales». Se trata, por el contrario, de un reforzamiento de las obligaciones del vendedor sobre cuya determinación tiene competencia exclusiva el Estado (art. 149.1.6 CE)».

No debe ignorarse que es competencia estatal y no autonómica la legislación mercantil (artículo 149.1.6 de la Constitución). Declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre (FJ 2), que es competencia estatal la fijación de las condiciones básicas de la actividad empresarial. Esa misma Sentencia precisa que dentro de esa competencia estatal «habrá que incluir en todo caso la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales. Sólo a través de sus órganos centrales puede el Estado determinar cuál es el ámbito propio de la actividad libre del empresario mercantil, y sólo la legislación emanada de esos órganos centrales puede regular la *forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones* a que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar y el contenido necesario de aquéllos y éstas» (FJ 3).

En lo que se refiere a las bases de las obligaciones contractuales, la legislación civil también es competencia estatal y no autonómica (artículo 149.1.8 de la Constitución). En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1982, de 30 de noviembre (FJ 14), declara que «la *regulación de las condiciones generales de contratación* o de las modalidades contractuales corresponde al legislador estatal». Esa misma Sentencia declara que es constitucionalmente legítima la ordenación por las Comunidades Autónomas de la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios a través de la *ordenación de la transparencia de los precios o de la calidad de los bienes y servicios* (FJ 16). También es constitucionalmente legítimo que una Ley de una Comunidad Autónoma (nunca un Reglamento sin la debida cobertura legislativa), imponga la *obligación de facilitar información veraz al consumidor o usuario* sobre las características o calidades de los servicios contratados (FJ 10). En cambio, desborda la competencia autonómica la *imposición de obligaciones contractuales*, como el establecimiento de un servicio postventa (FJ17). También desborda el ámbito competencial autonómico la exigencia de una obligación contractual de carácter general que fuerza al empresario a informar al consumidor o usuario (FJ 18). La regulación de la *responsabilidad contractual* del empresario frente a los consumidores y usuarios incide en la regulación dispuesta en el Código Civil (artículos 1089, 1093, 1902), y por tanto es competencia estatal; como dice la citada Sentencia 71/1982, «el régimen de la responsabilidad debe ser uno y el mismo para todo el territorio del Estado» (FJ 19).

IV. ¿A DÓNDE DEBERÍAMOS IR?

A) EL FUNDAMENTO Y RACIONALIDAD DE LA DECISIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE.

Una vez constatada la realidad existente, el «*ser*» del ordenamiento jurídico turístico, quiero hacer alguna reflexión sobre el «*deber ser*», análisis en el que intencionadamente prescindo de un dato: la vigente distribución de competencias dispuesta por la Constitución. En la antes citada Sentencia 75/1989, de 24 de abril, el Tribunal Constitucional afirma que «*no cabe justificar una competencia estatal por la mera razonabilidad de la medida, ni por la conveniencia de adoptar estas medidas a nivel «supraautonómico», ya que la persecución del «interés general» que representa el Estado «se ha de materializar «a través de» no «a pesar de» los sistemas de reparto de competencias articulados en la Constitución»* (STC 146/1986, de 25 de noviembre), excluyéndose así que el ámbito de competencias autonómicas pueda ser extendido por meras consideraciones finalísticas».

Impecable es esa afirmación en el marco de las funciones que corresponden al Tribunal Constitucional, pero otros tenemos otras tareas y podemos contemplar el ordenamiento jurídico de una forma más abierta y menos condicionada por la concreta redacción de un precepto de la Constitución. Por muy importante que sea la Constitución como cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, ese libro no debe ser leído como una biblia ajena al transcurso del tiempo, ni como un catecismo que no puede ser modificado pese a que la realidad haya puesto de manifiesto errores o excesos. No es irreverente ni insolente reflexionar sobre el mayor o menor acierto del Poder Constituyente cuando atribuyó a las Comunidades Autónomas no sólo la promoción, sino también la ordenación del turismo. Conocida la pobreza del debate constituyente sobre este punto concreto, resulta indicado pensar si los intereses generales ganan con esa atribución de competencias, si en un mercado turístico globalizado tiene sentido que sean las Comunidades Autónomas quienes ordenen el turismo; ¿cuál es el fundamento objetivo, racional y razonable de esa decisión del Poder Constituyente?

B) EL SIGNIFICADO DEL CONCEPTO DE «ORDENACIÓN»

Sin perjuicio de esa reflexión sobre el mayor o menor acierto de la decisión del Poder Constituyente, aceptando la actual redacción del artículo 148.1.18 como un dato de hecho, creo que la interpretación se-

guida en la práctica por las Comunidades Autónomas y consentida por el Estado es un claro despropósito jurídico que abre la duda sobre la ordenación o la desordenación del turismo. *Las Comunidades Autónomas tienen competencia para ordenar el turismo en su ámbito territorial, pero no por ello pueden desordenar el estatuto empresarial y las bases de las relaciones contractuales.* En tiempos de internacionalización del turismo y de globalización de la economía, no tiene sentido que una gran empresa dedicada a la instalación, explotación y gestión de casinos, tenga que constituir una empresa distinta en cada Comunidad Autónoma para satisfacer las exigencias impuestas para obtener la correspondiente autorización administrativa. Lo mismo cabe decir de las agencias de viaje. Los clubs deportivos constituidos como sociedades anónimas deportivas compiten en ligas nacionales, pero las agencias de viajes o las cadenas hoteleras compiten en mercados mucho más abiertos e internacionalizados en los que no es razonable balcanizar su estatuto empresarial. Es posible que alguien piense que hay diferencias, ya que en materia de turismo las Comunidades Autónomas tienen una doble competencia (promoción y ordenación), mientras que en ocio o deporte sólo tienen competencia para promocionar. Pero ese argumento es en sí mismo inconsistente. Como ya he destacado, la clave está en el alcance que otorguemos a la «ordenación» como concepto jurídico indeterminado.

La ordenación autonómica del turismo debería reconducirse a potestades como las atribuidas por la primera norma de transferencia a las preautonomías (el ya mencionado Real Decreto 2115/1978, de 26 de julio), pues ese fue el dato de hecho en que se inspiró el Poder Constituyente. *Nada hay que objetar al otorgamiento por las Comunidades Autónomas de autorizaciones turísticas, a la clasificación de los establecimientos, o a su inspección o la imposición de las sanciones que correspondan.* Sobre esos extremos hay que reconocer potestades normativas y ejecutivas a las Comunidades Autónomas. Ahora bien, esas potestades normativas deben respetar lo establecido en los apartados 6 y 8 del artículo 149.1 de la Constitución. Las Comunidades Autónomas tienen competencia para ordenar el transporte por carretera cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en su territorio (art. 148.1.5 CE), pero no por ello pueden regular el estatuto de las empresas de transporte o los contratos que celebren con los viajeros. Las Comunidades Autónomas tienen competencia para ordenar el turismo (art. 148.1.18 CE) igual que tienen competencia en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 148.1.3 CE). A nadie se le ocurre defender que esa competencia de ordenación territorial legitime que las Comunidades Autónomas regulen el estatuto de las empresas de urbanización o construcción, ni que para proteger a los consumidores de los productos

inmobiliarios las Comunidades Autónomas puedan regular los contratos que éstos celebran con aquellas empresas.

A la vista de todo lo anterior, *parece urgente que el Estado tome cartas en la regulación jurídica de la primera industria nacional y dicte una Ley que establezca las especialidades societarias de las empresas turísticas y las singularidades contractuales orientadas a proteger a los usuarios de los servicios turísticos.* Esa legislación estatal no puede limitarse a la regulación del contrato de viaje combinado (Ley 21/1995, de 6 de julio) o al régimen del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (Ley 42/1998, de 15 de diciembre); ¿por qué no legisla el Estado sobre el contrato de arrendamiento de alojamientos extrahoteleros?; ¿y el contrato de hospedaje en establecimientos hoteleros?; ¿y el estatuto mercantil de las agencias de viajes?; ¿por qué no regula el contrato de reserva de contingentes de alojamiento para proteger a las pequeñas y medianas empresas españolas frente a los grandes operadores turísticos de ámbito internacional?

De igual manera que para proteger a los usuarios de los servicios financieros una Ley estatal establece las singularidades del estatuto de las empresas financieras, una Ley estatal debería regular de forma uniforme el estatuto de las empresas turísticas y establecer el régimen jurídico de los contratos que celebren. La legislación estatal regula las especialidades de las empresas de seguros (Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados) o de las pólizas (Ley 50/1980, de 5 de octubre, de contrato de seguro). Me parece muy bien que se ordene el sector financiero o el asegurador, pero ¿por qué no se ordena también el sector turístico?; ¿por qué consiente el Estado la desordenación dispuesta por las Comunidades Autónomas en la primera industria española?