

“La normativa comunitaria en materia turística y su aplicación por el Tribunal de Justicia Comunitario”¹

María Isabel Torres Cazorla
Profesora Titular de Derecho Internacional Público
Universidad de Málaga

“European Union Law in the field of tourism: the case law of the EU Court of Justice”

Resumen: Resulta llamativo que en el ámbito de la Unión Europea, a pesar de la relevancia que ocupa el sector turístico en sus múltiples vertientes, especialmente en lo que respecta a su potencial económico, aún no se puede hablar de la existencia de una política turística como tal. Este hecho se desprende claramente, tanto del texto de los tratados fundacionales como de las sucesivas reformas que los mismos han ido sufriendo. A pesar de dicha realidad, un cúmulo de normas, la mayoría de las cuales se encuentran vinculadas al ámbito de la política de protección de los consumidores y usuarios, intentan desde hace décadas velar porque los derechos de los consumidores en general, y de los turistas en particular cuando nos desenvolvemos en este ámbito concreto, sean respetados. Pero nuestro análisis se quedaría prácticamente en nada si ese estudio no estuviese complementado, además de con una visión panorámica de las normas que circundan esta materia, con el tratamiento jurisprudencial que de las mismas ha realizado el Tribunal de Justicia. Su labor interpretativa ha incidido de manera muy relevante en este ámbito del turismo, aclarando e inclusive interpretando de manera muy avanzada numerosas dudas que las disposiciones comunitarias provocan en los tribunales nacionales.

Palabras clave: turismo, consumidores y usuarios, Unión Europea, Tribunal de Justicia

Abstract: It is very curious that, in the field of the European Union, the tourism is a very important sector, in particular due to the economic relevance of it, but the policy concerning this matter has not been established yet. Neither the European Union treaties at the very beginning, neither the successive reforms have transformed this situation. In spite of this reality, a group of norms adopted some decades ago, most of them concerning the field of consumers protection, try to establish that the rights of consumers in general, and those of tourists in particular, should be respected. This approach must be completed with a panoramic vision of the rules concerning this matter and the judicial

1 Sección coordinada por José M^a Pérez Monguió.

decisions of the Court of Justice of the European Union on this subject. Its interpretative labour has been relevant in the field of tourism, in a very advanced way.

Key words: tourism, consumers and users, European Union, Court of Justice of the European Union

Sumario: I. Introducción.— II. La necesidad de proteger a los consumidores y usuarios y de manera tangencial el turismo en los años ochenta.— 1. El derecho primario u originario y el turismo.— 2. El derecho derivado en materia turística: comienzos con el *soft-law* y avances posteriores.— III. La jurisprudencia comunitaria más relevante en materia turística.— 1. En relación con la Directiva sobre viajes combinados.— 2. En el marco de recursos por incumplimiento: guías turísticos y museos.— 3. Un caso emblemático en materia de crédito al consumo: el asunto El Corte Inglés c. Cristina Blázquez Rivero.— 4. Time-Sharing, junto a contratos negociados fuera de establecimientos mercantiles.— 5. Cuestiones penales vinculadas a “turistas”.— 6. El mal llamado “turismo sanitario”: un bloque de sentencias emblemáticas a partir de 1998. 7.— El transporte de viajeros (especialmente en el sector aéreo) y su tratamiento jurisprudencial.— IV. Conclusiones.—

I Introducción

Abordar un tema como el relativo a la normativa comunitaria en materia turística constituye un reto en si mismo. Nos enfrentamos a una gran contradicción en este sector: a pesar de gozar de enorme relevancia en términos cuantitativos², el tratamiento del turismo en el Derecho primario continúa teniendo en la actualidad un papel francamente residual. Pese a que se trata de un sector económicamente esencial para la Unión Europea, aún no se puede hablar con precisión de que nos encontremos ante una verdadera política comunitaria, sino más bien ante un ámbito de normativización relativamente reciente y en constante ebullición (que va desde el *soft-law* plasmado en resoluciones o recomendaciones que datan en su mayoría de los años ochenta del pasado siglo, hasta normas vinculantes como directivas, reglamentos o decisiones). Además, el turismo es un sector que, al no enmarcarse aún en una política comunitaria propia, se encuentra diseminado en ámbitos tan diversos como la protección de consumidores y

2 Tal y como se desprende del documento COM (2007) 621 final, Bruselas, 19.10.2007, en el que se contiene la “Agenda para un turismo europeo sostenible y competitivo”, Comunicación de la Comisión, p. 2: “Desde una perspectiva restringida, el turismo representa actualmente un 4 % aproximadamente del PIB de la UE, desde un 2 % en varios de los nuevos Estados miembros hasta un 12 % en Malta. Su contribución indirecta a la creación del PIB es mucho más elevada, puesto que, indirectamente, el turismo genera más del 10 % del PIB de la UE y proporciona alrededor del 12 % de todos los puestos de trabajo”. A este respecto, acerca de la relevancia que el fenómeno turístico cobra en la actualidad, véase, entre otros, PY, P. (2002), *Le tourisme. Un phénomène économique*, La Documentation Française, París, 5ª ed.; acerca de esta cuestión, enmarcada en el entorno de la Unión Europea, resulta ilustrativo McDONALD, M. et al. (2003), *European Community Tourism Law and Policy*, Dublín.

usuarios³, el sector de los transportes, la libre circulación de personas, mercancías y servicios, la protección del medio ambiente, etc. Todos estos sectores, e inclusive algunos otros de forma indirecta (como el de la salud, que más adelante abordaremos) guardan relación con el turismo y la necesaria normativización de este sector a nivel comunitario, además de la ineludible coordinación que habría de llevarse a cabo, al afectar a materias tan dispares⁴.

La diversidad de sectores implicados, aspecto éste del que las instituciones comunitarias son plenamente conscientes⁵, acentúa las dificultades que conlleva abordar este tema. Junto a ello, el hecho de que los tratados comunitarios no le hayan dedicado la atención merecida al turismo hasta fechas muy recientes, hace necesario llevar a cabo una indagación en las fuentes del derecho derivado concernientes, aún de modo tangencial, a este ámbito, así como a los diferentes casos en los que el Tribunal de Justicia comunitario ha debido aclarar múltiples cuestiones que la escasa normativa existente dejaba abiertas. Ambos ámbitos serán abordados en las líneas siguientes.

3 Tal y como señalan TORRES LANA, J.A., et al. (2003), en *La protección del turista como consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia, especialmente pp. 63-66: "(E)l viajero es un turista y, como tal, un consumidor, ya que es un destinatario final de los servicios turísticos. Es más, el turista es un consumidor especialmente necesitado de protección por la situación en la que se encuentra: en un país muchas veces desconocido, lejos de su residencia habitual, de los lugares que conoce y domina, en circunstancias extrañas, con un idioma distinto que en muchas ocasiones ignora, con regímenes jurídicos distintos y un largo etcétera".

4 Teniendo presente lo anterior, ya el Consejo alertaba en su Resolución de 21 de mayo de 2002 (DOCE C 135, de 6 de junio de 2002) sobre el futuro del turismo europeo, acerca de este particular, al señalar, en p. 1: "2. El turismo es un sector de naturaleza transversal al que afectan muchas de las políticas de la Unión Europea. Aunque no exista una política común europea en esta materia, muchas políticas y medidas comunitarias en ámbitos como los transportes, el medio ambiente, las nuevas tecnologías de la información, la higiene alimentaria, la energía y la fiscalidad inciden directamente en el sector turístico, si bien los intereses de éste no siempre se tienen en cuenta al adoptar decisiones. Conviene, por tanto, dotar a estas políticas y medidas de un amplio marco de coordinación".

5 Así lo puso de relieve la Comisión en el documento de 17.3.2006 (COM (2006) 134 final) titulado "Una nueva política turística en la Unión Europea: hacia una mayor colaboración en el turismo europeo", pp. 10-11, donde se señalaba que "La complejidad del turismo y la amplia diversidad de partes implicadas requieren la colaboración de todos los interesados para planificar y poner en práctica las políticas y medidas europeas relacionadas. Las instituciones comunitarias, las administraciones nacionales, las organizaciones profesionales, los empleadores y trabajadores, las ONG y los investigadores deberían colaborar a todos los niveles para mejorar la competitividad y poner de relieve la importancia del turismo europeo. Con ocasión del Foro del turismo europeo, puede revisarse periódicamente el desarrollo de la colaboración en el marco de la política renovada".

II. La necesidad de proteger a los consumidores y usuarios y de manera tangencial el turismo en los años ochenta

1. El derecho primario u originario y el turismo

Es destacable la ausencia de mención al turismo en el texto original de los Tratados constitutivos de las primitivas Comunidades Europeas. Resulta igualmente llamativo que en la que puede considerarse primera transformación sustancial de estos textos, el Acta Única Europea (que como es sabido entró en vigor en 1987), como ha puesto de relieve la profesora LIROLA DELGADO, “en la que se recogen novedosamente otras políticas comunitarias, sustancialmente similares a la desplegable en materia de turismo (protección del medio ambiente y del consumidor, investigación y desarrollo tecnológico), no se hace mención del turismo”⁶.

Esta situación de ausencia total y absoluta de referencia al turismo en el “derecho primario u originario” no va a ser siempre así. Las enmiendas a los Tratados adoptadas en Maastricht en 1992 incluirán en el art. 3 del Tratado de la Comunidad Europea una referencia a la posibilidad de adoptar medidas “en los ámbitos de la energía, de la protección civil y del turismo”⁷. Este ámbito se incluyó de manera incipiente en el derecho primario, con vistas a un posterior tratamiento y desarrollo del mismo –junto a la energía y la protección civil–, conforme a lo previsto en la Declaración nº 1 aneja al Acta Final del Tratado de la Unión Europea. Ello significaba en realidad, como señala GÓMEZ DE LA CRUZ TALEGÓN⁸, que “la cuestión de dotar al turismo de una base legal autónoma debía ser objeto de la atención por la conferencia intergubernamental prevista para la revisión de los Tratados que dio lugar al Tratado de Amsterdam”. Sin embargo, ello no fue así.

Pese a todo, en el ámbito del “Espacio Económico Europeo”, el Acuerdo que dio lugar al mismo incluyó diversas referencias al sector del turismo, ofreciendo claramente datos acerca de la relevancia que habría de tener en un contexto europeo en sentido

6 Véase LIROLA DELGADO, I. (1988), “Reflexiones en torno a una política comunitaria del turismo”, 15 Revista de Instituciones Europeas, pp. 807-820, p. 814.

7 Referencia contemplada inicialmente en el apartado “t” de dicho art. 3; actualmente, en la versión consolidada del mismo, dicha referencia se contempla en la letra “u” (véase DOUE C 321, 29.12.2006).

8 Véase GÓMEZ DE LA CRUZ TALEGÓN, C. (1999), “Normativa comunitaria en materia turística y su aplicación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en Derecho y Turismo: I y II Jornadas de Derecho Turístico, A. AURIOLES MARTÍN (coord.), Málaga, pp. 39-53, en p. 40.

amplio. Entre otras referencias destaca la realizada en el Artículo 8 del Protocolo 31 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, relativo a la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades⁹, con el siguiente tenor:

“En cuanto al turismo se refiere, el diálogo mencionado en el apartado 1 del artículo 79 del Acuerdo deberá determinar los ámbitos y actividades en los que una cooperación más estrecha podría contribuir al fomento del turismo y a la mejora de las condiciones generales del sector turístico en los territorios de las Partes Contratantes”.

En el propio ámbito de la Unión Europea, tal y como se ha señalado, carece el turismo de una política propia, lo cual no ha implicado, como veremos, que con el paso del tiempo no se haya tomado conciencia de dicha realidad. El Tratado de Lisboa¹⁰ se hace eco de esta idea e incluye un nuevo Título XXII dedicado al turismo, así como un artículo 195 sobre este particular, del que cabe resaltar la relevancia que otorga a la cooperación en este sector¹¹. Dicha disposición pone el acento en su carácter complementario respecto de la acción de los Estados miembros, así como en el sector empresarial dedicado al turismo. La misma resulta criticable, en la medida en que no consolida este ámbito como política propia, en sus múltiples aspectos, vinculados no ya sólo al sector empresarial, que conforma únicamente uno de los ejes alrededor de los cuales

9 DOCE L 1, 3.1.1994. A su vez estos aspectos se encuentran desarrollados en los artículos 78 (donde se menciona expresamente el turismo, como ámbito en que las Partes Contratantes reforzarán y ampliarán su cooperación), 79 y 82 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (véase DOCE L 1, 3.1.1994).

10 Son cientos los trabajos relativos al Tratado de Lisboa y todos los problemas que su entrada en vigor ha conllevado; entre los de más reciente aparición en la doctrina española, véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.) (2008), *El Tratado de Lisboa. Salida de la Crisis Constitucional*, ed. Iustel, Madrid; SOBRINO HEREDIA, J.M. (2009), “El Tratado de Lisboa o la capacidad de Europa para reinventarse constantemente”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 19, 16 pp.; igualmente FARAMIÑÁN GILBERT, J.M. (2009), en “El Tratado de Lisboa: un juego de espejos rotos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 17, 18 pp. De este último autor destacaremos su visión totalmente realista al respecto, al señalar que “debemos reconocer al Tratado de Lisboa el mérito de haber solventado la crisis constitucional, pero habrá que reprocharle que si bien se ha intentado con él simplificar su formato no así se ha hecho lo mismo con su contenido que por momentos resulta enervante cuando queremos alcanzar su entendimiento” (vid. p. 9). A este respecto, véase la publicación del Tratado de Lisboa en BOE 286, de 27.11.2009, donde se anuncia su entrada en vigor para el 1 de diciembre de 2009.

11 Véase DOUE C 306, de 17.12.2007. Su tenor es el siguiente: “1. La Unión complementará la acción de los Estados miembros en el sector turístico, en particular promoviendo la competitividad de las empresas de la Unión en este sector.

Con este fin, la Unión tendrá como objetivo: a) fomentar la creación de un entorno favorable al desarrollo de las empresas en este sector; b) propiciar la cooperación entre Estados miembros, en particular mediante el intercambio de buenas prácticas.

2. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, establecerán las medidas específicas destinadas a complementar las acciones llevadas a cabo en los Estados miembros para conseguir los objetivos mencionados en el presente artículo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”.

gira el turismo, sino también la propia figura del turista y su necesaria protección, que no aparece mencionada de forma directa.

2. El derecho derivado en materia turística: comienzos con el soft-law y avances posteriores

Como ya se ha señalado con anterioridad, es a partir de los años ochenta cuando se observa un cierto interés regulador del turismo por parte de las instituciones comunitarias. Eso sí, cabe destacar que los primeros pasos datan de los años ochenta, encontrando como punto común en todos esos documentos su carácter no vinculante: estas características las observamos en la Comunicación de la Comisión (1982) que lleva por título “Primeras orientaciones para una política comunitaria de turismo”. Asimismo, la relevancia del tema se deja traslucir en la Resolución del Consejo de 10.04.1984, relativa a una política comunitaria de turismo¹², al igual que lo hace en la Resolución del Consejo de 22.12.1986, relativa a un mejor reparto estacional y geográfico del turismo, por citar algunos de los primeros instrumentos que se ocupan de esta cuestión¹³. El carácter meramente recomendatorio de estas disposiciones encuentra su punto de inflexión con la adopción, en estas mismas fechas, de una Decisión del Consejo por la que establece un procedimiento de consulta y coordinación en el ámbito del turismo¹⁴. La profesora LIROLA ha puesto de relieve la importancia que habrá de jugar la existencia de un Comité Consultivo en este sector, “pieza clave del procedimiento decisorio en materia de turismo, promoviendo los intercambios de información, las consultas y, cuando proceda, la cooperación, especialmente la orientada a la prestación de servicios a los turistas”¹⁵.

Precisamente en lo concerniente a la prestación de servicios a los turistas es donde comienzan a surgir los primeros intentos reguladores que mayor repercusión han tenido, por conferir derechos a particulares, y que a su vez han dado lugar a un tratamiento de dichas cuestiones por el Tribunal de Justicia. Como resulta lógico, las primeras directivas

12 *DOCE C* 115, de 30.04.1984, documento en el que se destaca, entre otros aspectos, que “el turismo es una actividad importante para la integración de Europa”, así como que este sector “afecta o es afectado por un gran número de acciones comunitarias”.

13 *DOCE C* 340, de 31.12.1986. A estos instrumentos pueden sumársele, entre otros, la Recomendación del Consejo de 22.12.1986, relativa a la seguridad de los hoteles existentes contra los riesgos de incendio (*DOCE L* 384, 31.12.1986), o la Recomendación del Consejo de 22.12.1986, relativa a la información normalizada en los hoteles existentes (*DOCE L* 384, 31.12.1986).

14 De 22 de diciembre de 1986 (*DOCE L* 384, 31.12.1986). A la misma le seguiría otro conjunto normativo tendente a recoger información estadística sobre este sector, de la que constituye una muestra la Directiva 95/57/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1995, sobre la recogida de información estadística en el ámbito del turismo (*DOCE L* 291, 384, 6.12.1995).

15 En opinión, que compartimos, de LIROLA DELGADO, I. (1988: 810).

que tratan de regular ciertos aspectos vinculados al turismo surgen por una necesidad sentida: concretamente, en el marco de los viajes combinados, fue “el alto grado de insatisfacción de los consumidores en el caso de los contratos de viaje de precio todo incluido (à forfait)”¹⁶ lo que dio origen a una Directiva reguladora de este sector. Se trata de la que quizá cabría calificar como la más importante norma comunitaria europea del derecho turístico: la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados¹⁷ (cuyo fundamento jurídico fue entonces la disposición del Tratado CEE relativa al mercado interior, dado que aún no existía la política de consumidores y usuarios en los tratados)¹⁸.

Sin ánimo de exhaustividad, teniendo muy presente que los sectores que pueden tener relación directa o indirecta con el turismo son casi infinitos, otras normas comunitarias que han tratado de incidir en este ámbito y gozan de cierta relevancia en lo que a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecta, serían las siguientes:

La Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido¹⁹. La misma fue el producto logrado tras diversas iniciativas llevadas a cabo durante la segunda mitad de los años ochenta –como casi todos los ámbitos que estamos tratando en estas líneas– como el Documento de trabajo elaborado

16 Como señala LIROLA DELGADO, I. (1988: 817).

17 *DOCE L* 158, de 23.06.1990. Al respecto, en relación con la transposición de esta Directiva en el ordenamiento jurídico español y sus problemas, véase LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007), Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios, 3ª ed. revisada y actualizada, Madrid, pp. 240-261. Recientemente, en un comunicado de 26 de noviembre de 2009, la Comisaria Europea de Protección de los Consumidores (M. Kuneva) ha hecho pública la intención de la Comisión de estudiar una ampliación de la protección en los viajes turísticos, teniendo en cuenta que en la actualidad un porcentaje cada vez más elevado de los mismos quedan fuera del ámbito de protección de la directiva sobre viajes combinados, al tratarse de los denominados “paquetes dinámicos”. La propuesta se encuentra sometida a estudio en la actualidad, pudiendo consultarse esta información en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1824&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en>.

18 En la actualidad esta Directiva, al igual que algunas otras que afectan directamente al ámbito de la protección de los consumidores y usuarios, se encuentra sometida a un proceso de consultas, de cara a su eventual revisión, para adaptar la misma a los nuevos tiempos. Véase, en relación con la Propuesta de Directiva sobre consumo de 8.10.08, y los diversos sectores que se verán afectados por la misma: http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/COMM_PDF_COM_2008_0614_F_EN_PROPOSITION_DE_DIRECTIVE.pdf. A este respecto, entre los tratamientos doctrinales recientes sobre este particular, LETE ACHIRICA, J., (2009), “La propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores: “Nihil novum sub sole?””, en Estudios Jurídicos en Memoria del profesor José Manuel Lete del Río, García Rubio, M.P. (coord.), Civitas-Thomson- Reuters, Madrid, pp. 493-512.

19 *DOCE L* 280, de 29.10.1994.

por la Comisión el 26 de mayo de 1986 en relación con el “timesharing”, seguido de la “Propuesta de resolución sobre la necesidad de colmar la laguna jurídica existente en materia de multipropiedad”, de 17 de octubre de 1986. Ahora bien, como señala la profesora GARCÍA CALVENTE, “una iniciativa comunitaria en esta materia no podía incidir tanto en la configuración jurídica del “timesharing” como en la protección de los consumidores.(...) En definitiva, se prima la protección del consumidor sobre la uniformización de la naturaleza jurídica de los derechos”²⁰.

La propia complejidad de esta figura, la naturaleza jurídica de este derecho, así como la necesidad de proteger a los consumidores, junto a la aparición de numerosas figuras afines con el paso del tiempo²¹, han motivado la adopción de una nueva Directiva, la 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio²². Se trata de adaptar la figura a los nuevos tiempos, tras la experiencia acumulada²³.

Considero que no nos equivocaríamos mucho si calificásemos a la Directiva sobre viajes combinados, junto a la relativa al time-sharing como las normas comunitarias “esenciales” que afectan al sector del turismo de una forma más directa; junto a ellas, cabe resaltar otras, que como veremos han sido objeto de análisis por la jurisprudencia comunitaria, vinculadas en la mayoría de las ocasiones a alguna de las Directivas ante-

20 Véase a este respecto GARCÍA CALVENTE, Y. (2007b), Aspectos tributarios del turismo residencial, ed. Bosch, Barcelona, p. 128 especialmente.

21 A este respecto, un análisis de las figuras afines que han proliferado, así como de las posibilidades que se presentaban ante el legislador comunitario para regular este sector, véase BENAVIDES VELASCO, P. (2007b), “La propuesta de Directiva sobre protección de los consumidores de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y su incidencia en el ordenamiento jurídico español”, Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 31, pp. 313-340.

22 *DOUE L* 33, 3.2.2009. Esta nueva Directiva derogará la anterior, previéndose para ello un plazo de transposición que finaliza el 23 de febrero de 2011, conforme a lo señalado en su artículo 16. Los motivos fundamentales para llevar a cabo la adopción de esta nueva Directiva han sido la aparición de nuevos productos vacacionales, los contratos de reventa e intercambio, así como la necesidad de adaptar la Directiva a la realidad actual, quince años después de la puesta en práctica de la primera de ellas.

23 Existen además otros problemas en presencia, como apunta BENAVIDES VELASCO, P. (2006a), “Revisión de la Directiva sobre tiempo compartido”, Estudios sobre consumo, nº 79, pp. 47-57, al afirmar que “este carácter de legislación de “mínimos” que proclama la Directiva ha llevado a que su transposición en los diferentes Estados miembros no sea homogénea, pues la mayoría de ellos se limitaron a incorporarla de forma literal, mientras que en otros se optó por reforzar la protección a los consumidores, bien porque ya existiera normativa aplicable, como era el caso de Reino Unido, Francia, Grecia y Portugal, o bien porque con motivo de la transposición al ordenamiento interno se ampliaran las medidas protectoras, sobre todo, en materia de garantías. Así ocurrió en la legislación belga, española, francesa y portuguesa”, en p. 49.

riores. Por ejemplo, cabría mencionar la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; igualmente la Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, modificada a su vez por la Directiva 90/88/CEE de 22 de febrero de 1990 y derogada por la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo²⁴.

Tal y como puede desprenderse de lo anteriormente dicho, los contratos (inclusive los contratos a distancia), el sector de los transportes, el sector publicitario, por citar simplemente algunos de los que pueden verse indirectamente vinculados con el tema que nos ocupa, inciden en la regulación del turismo en el entorno de la Unión Europea. Inclusive, producirán efectos en el propio Espacio Económico Europeo cuando algunas de estas normas le sean de aplicación a los países enmarcados en este entorno de manera estricta (Noruega, Liechtenstein e Islandia) y, por otro lado, respecto de Suiza, como miembro de la EFTA (European Free Trade Association) y parte en más de 120 tratados bilaterales celebrados con la Comunidad Europea que afectan a ámbitos enormemente diversos²⁵.

Uno de los problemas fundamentales que surgen de todo este conjunto normativo disperso que, de un modo u otro se refiere al ámbito turístico, viene de la mano de la que se puede calificar como la norma reguladora por excelencia: la directiva. Como de todos es sabido, la directiva obliga en cuanto al resultado a alcanzar, dejando libertad al Estado en cuanto a la forma y medios para alcanzar dicho fin. El Estado se ve temporalmente limitado a consecuencia del denominado “plazo de transposición”, transcurrido el cual está obligado a cumplir con lo señalado en la Directiva, pudiendo incurrir en responsabilidad si no lo hace, e inclusive pudiendo la Comisión instar el conocido como recurso por incumplimiento. La problemática que se plantea con el posible efecto directo que las directivas, transcurrido el plazo de transposición, podrían llegar a producir (al menos en lo que se conoce como efecto directo vertical, esto es, entre los particulares a los que resultase de aplicación dicha Directiva y el Estado que no la hubiese transpuesto o lo hubiese hecho de forma incorrecta) constituye una cuestión clave, con múltiples facetas, que sobrepasa con mucho el tratamiento de estas páginas²⁶.

24 *DOUE L* 133, 22.5.08.

25 A este respecto, resulta enormemente ilustrativo el trabajo realizado por MARTÍNEZ MERCADER, J. (2009), “Los acuerdos bilaterales entre la Confederación Helvética y la Unión Europea: su incidencia en las relaciones hispano-suizas”, Real Instituto Elcano, ARI nº 142 de 8 de octubre de 2009.

26 Para un análisis pormenorizado de esta cuestión, véase TORRES CAZORLA, M.I. (2009), “Una aproximación a las directivas comunitarias, los problemas jurídicos que plantean y su incidencia en el ámbito de la propiedad intelectual”, en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, 2ª ed., J.M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), Thomson-Civitas, Pamplona, pp. 27-54, especialmente pp. 34-42.

Ahora bien, debe ponerse de relieve que en otros sectores, en particular el relativo al transporte aéreo de pasajeros, la cuestión ha tenido una evolución diferente. La regulación convencional, así como el recurso a la figura de los Reglamentos ha forjado su seña identitaria²⁷. Ello no quiere decir, como seguidamente veremos cuando analicemos la jurisprudencia en esta materia, que sólo por el hecho diferencial de utilizar más profusamente los reglamentos, no se hayan producido cuestiones interpretativas de relevancia ni dudas que el Tribunal ha debido y aún debe despejar.

III La jurisprudencia comunitaria más relevante en materia turística

El presente apartado pretende constituir una aproximación (no exhaustiva) a las sentencias de las últimas décadas en las que el Tribunal de Justicia ha debido pronunciarse y, en la mayor parte de los casos, aclarar los términos de diversas normas comunitarias relacionadas con el sector turístico. Tal y como se señala, se trata de una exposición de algunas sentencias (en ciertos casos emblemáticas), que ponen de relieve un dato: la dispersión de la normativa comunitaria relativa al turismo, que afecta a sectores de una enorme diversidad, lo que provoca que el edificio normativo comunitario acerca de esta materia aún esté muy lejos de tener unos contornos claramente definibles y, lo que es aún más importante, aprehensibles para el consumidor.

27 El ámbito normativo comunitario que regula el sector del transporte –y su vinculación con la protección de consumidores y usuarios- es imposible de abordar en estas páginas. Por dicha razón, recomendamos al lector acudir a la página web en la que se detalla de forma exhaustiva este tema (<http://eur-lex.europa.eu/es/legis/latest/chap07.htm>), refiriéndonos seguidamente tan sólo a aquellas normas que parecen afectar más directamente al sector que nos ocupa: la protección del turista y la jurisprudencia que ha tratado de abordar este campo de forma sectorial. Entre otras, citaremos algunas de las normas que han intentado poner coto al “descontento de los pasajeros”, tratando de “mejorar la prestación de tales servicios mediante la adopción de diversas medidas a nivel comunitario”, como el Reglamento (CE) 2027/1997, del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (*DOCE L* 285, de 17 de octubre de 1997), modificado por el Reglamento (CE) 889/2002, de 13 de mayo (*DOUE L* 140, de 30 mayo de 2002), completado a su vez por otro Reglamento posterior sobre los requisitos en materia de seguros, provocado a raíz de los acontecimientos que tuvieron lugar el 11 de septiembre de 2001 (Reglamento 785/2004, de 21 de abril de 2004, *DOUE L*, 138, de 30 de abril de 2004); igualmente, aún más relevante si cabe es el Reglamento (CEE) 295/1991, de 4 de febrero de 1991, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular (*DOCE L* 36, de 8 de febrero de 1991), sustituido por el Reglamento (CE) 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos (*DOUE L* 46, de 17 de febrero de 2004). Un análisis comparativo de estos últimos Reglamentos, sus avances y los aspectos que aún quedan pendientes, véase en FERRER TAPIA, B. (2005), “Aproximación al nuevo régimen del overbooking y otros incumplimientos del transportista aéreo”, 72 Estudios sobre consumo (enero 2005), pp. 31-48.

1. En relación con la Directiva sobre viajes combinados

Una serie de sentencias emblemáticas han tratado de aclarar e interpretar el contenido de los artículos 2, 5 y 7 de la Directiva sobre viajes combinados, de entre las que podemos destacar las siguientes²⁸:

a) Sentencia de 8 de octubre de 1996: Dillenkofer y otros c. Alemania²⁹. Se establece para los particulares una reparación del Estado alemán como consecuencia de la no transposición de la Directiva en tiempo y forma, no pudiendo dichos particulares beneficiarse de la disposición contenida en el art. 7 de la Directiva³⁰. Se trata en este caso de doce cuestiones prejudiciales suscitadas en el mismo número de recursos de indemnización planteados por diversos particulares contra la República Federal de Alemania debido a los daños sufridos por dichos demandantes a raíz de la no adaptación del derecho nacional a la citada Directiva dentro del plazo establecido. La transposición de la Directiva debería haberse hecho en 1992, siendo así que el legislador alemán no llevó a cabo la misma hasta junio de 1994, introduciendo un artículo (el 651 k) en el Código Civil alemán. Dicha ley, que entró en vigor en julio de 1994, se aplica a los viajes combinados que debían comenzar en una fecha posterior a 31 de octubre de 1994. Sin embargo, tal y como pone de relieve la decisión del Tribunal, de acuerdo con lo contemplado en la propia Directiva, “los Estados miembros debían adoptar, dentro del plazo señalado, todas las medidas necesarias para garantizar a los particulares, a partir del 1 de enero de 1993, una protección efectiva contra los riesgos de insolvencia y de quiebra de los organizadores” (par. 3 de la parte dispositiva de la sentencia).

El problema que se plantea es el siguiente, tal y como señala la sentencia, en sus párrafos 10 y 11:

28 Resulta enormemente ilustrativo el análisis realizado por GUYOT, C. y DYSON, H. (2004), “Review of European Union Case Law in the Field of Tourism”, *International Travel Law Journal*, especialmente pp. 206-209 dedicadas a los asuntos que a continuación se mencionan.

29 El nombre del asunto es Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula y Trosten Knor contra Bundesrepublik Deutschland. En su sentencia el Tribunal de Justicia da respuesta a los asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, en *Recueil de la jurisprudence de la Cour* (en adelante *Rec.*), 1996, p. I-04845.

30 El artículo 7 de la Directiva determina que “El organizador y/o el detallista que sean parte en el contrato facilitarán pruebas suficientes de que, en caso de insolvencia o de quiebra, quedarán garantizados el reembolso de los fondos depositados y la repatriación del consumidor”. Aunque de manera tangencial, cabe citar en relación con el art. 7 de la Directiva, pese a que la cuestión se refiere de manera indirecta al turismo, al versar sobre una agencia de viajes, la sentencia de 1 de diciembre de 1998 (asunto C-410/96), *André Ambry*, cuestión prejudicial en relación con un proceso penal seguido contra este señor, gerente de una agencia de viajes, sin haber obtenido la licencia exigida por la normativa francesa a este respecto. El tribunal llega a la conclusión de que la normativa francesa que exige que el garante celebre un acuerdo suplementario con una entidad de crédito o una empresa de seguros situada en territorio nacional, para hacer frente a posibles contingencias que garanticen el viaje, es contraria a lo contemplado en el art. 59 del Tratado y las Directivas reguladoras de esta cuestión (véase *Rec.* 1998, p. I-07875, y en particular el par. 39 de esta sentencia).

“10. Los demandantes contrataron diversos viajes combinados. Debido a la quiebra, en 1993, de los dos operadores a los que habían adquirido sus respectivos viajes, los demandantes bien no pudieron iniciar los viajes bien tuvieron que correr con los gastos de regreso de su lugar de vacaciones, sin conseguir que se les devolvieran las cantidades que habían pagado a dichos operadores o los gastos en que incurrieron para su regreso.

11. En el marco de los recursos de indemnización que interpusieron contra la RFA alegaron que, si se hubiera adaptado el Derecho alemán al artículo 7 de la Directiva dentro del plazo fijado, es decir, antes del 31 de diciembre de 1992, habrían estado protegidos contra la quiebra de los operadores a los que habían adquirido los viajes combinados.”

El incumplimiento de la RFA en relación con la falta de transposición provocó que los particulares se viesen desprotegidos frente a la quiebra de las compañías con las que habían contratado la realización de los viajes combinados, lo cual no hubiese ocurrido si el Estado alemán hubiese adaptado su ordenamiento interno al artículo 7 de la Directiva. Teniendo esto presente, los particulares tenían derecho a ser compensados por los daños que les había causado la no transposición de la Directiva³¹. En palabras del Tribunal (par. 29 de la sentencia citada):

“...la inexistencia de cualquier medida de adaptación del Derecho nacional a una Directiva para alcanzar el resultado prescrito por ésta dentro del plazo fijado para ello constituye, por sí sola, una violación del Derecho comunitario caracterizada y, por tanto, genera a favor de los particulares perjudicados un derecho a obtener reparación, en la medida en que, por una parte, el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución, a favor de los particulares, de derechos cuyo contenido pueda ser identificado y, por otra parte, exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido”.

b) Sentencia de 14 de mayo de 1998³². Nuevamente se solicita al Tribunal de Justicia la interpretación del artículo 7 de la Directiva sobre viajes combinados; esta vez se trata de una cuestión prejudicial planteada en Austria en relación con el reembolso a los compradores de un viaje combinado de los gastos de alojamiento que éstos abonaron a un hotelero debido a la insolvencia del organizador del viaje. Los datos básicos del caso son:

31 Un análisis en profundidad de esta sentencia, así como de los requisitos que deben darse para que la responsabilidad del Estado entre en juego, véase en PÉREZ GONZÁLEZ, M.C. (1997), “Sobre la responsabilidad del Estado frente a los particulares por la no transposición de las Directivas comunitarias (Comentario a la Sentencia del TJCE de 8 de octubre de 1996. Asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94. Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, y Werner, Ursula y Torsten Knor v. Bundesrepublik Deutschland)”, 1 Revista de Derecho Comunitario Europeo, pp. 261-274, especialmente pp. 264-265.

32 Asunto C-364/96, Rec. 1998, p. I-02949, en el caso concerniente a Verein für Konsumenteninformation contra Österreichische Kreditversicherungs AG.

los sres. Hofbauer habían reservado en la empresa Karthago-Reisen GmbH, domiciliada en Viena, un viaje combinado a Creta del 9 al 16 de septiembre de 1995, que comprendía los billetes de avión y el alojamiento en régimen de media pensión. El precio del viaje había sido pagado en su totalidad antes de iniciarlo. El 15 de septiembre, tras ser informados de la insolvencia de la empresa con la que se contrató el viaje, el propietario del hotel exigió a los viajeros el pago de la totalidad de las noches de estancia pasadas en su establecimiento, recurriendo a la fuerza física, según afirman los viajeros, para impedirles que salieran del establecimiento sin su previo abono. Para poder efectuar la salida hubieron de abonar el precio del alojamiento en el hotel. La cuestión prejudicial que se planteó en este caso fue la siguiente: “¿Debe interpretarse el art. 7 de la Directiva 90/314/CEE, en el sentido de que también se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación de dicho artículo, como “garantía de la repatriación del consumidor”, el pago de las cantidades que el consumidor satisface in situ a un prestador de servicios (por ejemplo, el hotelero) porque de lo contrario éste último le impide emprender su viaje de vuelta?”. La respuesta ofrecida por el Tribunal de Justicia a dicha cuestión fue positiva³³.

c) Sentencia de 11 de febrero de 1999³⁴, relativa a intercambios escolares, excluyéndolos del ámbito de aplicación de la citada Directiva. Se trata de un procedimiento administrativo iniciado en Finlandia por una entidad sin ánimo de lucro que opera en dicho país y que coordina intercambios escolares a escala internacional. La oficina nacional de Finlandia informó a la citada organización que consideraba que dichas actividades de intercambio eran asimilables al concepto de viaje organizado, por lo que le otorgó un plazo a la citada entidad para inscribirse en el registro de empresas de viajes organizados, previa advertencia de que si no lo hacía debería dejar de realizar dichas actividades³⁵. Como no se realizó en tiempo y forma dicha inscripción se le ordenó suspender sus

33 Ello contrasta radicalmente con la visión ofrecida por la entidad demandada, así como con la postura del Gobierno francés que se personó en las actuaciones, al considerar ambos que la respuesta habría de ser negativa. Como señala el par. 16 de la sentencia, “alegan, en especial, que de la expresión “garantizar la repatriación del consumidor” se deduce que únicamente deben reembolsarse los gastos que estén en relación de causalidad directa con la repatriación del consumidor, tales como los gastos de taxi o de avión”. El Tribunal, sin embargo, fue contundente al expresar en par. 23 de la sentencia que “el artículo 7 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que dentro de su ámbito de aplicación, en concepto de reembolso de los fondos depositados, está comprendida una situación en la que el comprador de un viaje combinado, que pagó sus gastos de alojamiento al organizador antes de emprender el viaje, se ve obligado, debido a la insolvencia de este último, a abonar los mismos gastos al hotelero, so pena de no poder salir del hotel para realizar su viaje de vuelta”.

34 Asunto C-237/97, AFS Intercultural Programs Finland ry, Rec. 1999, p. I-00825.

35 La cuestión relativa al tratamiento fiscal (especialmente en relación con el IVA) por parte de las agencias de viajes ha sido objeto de análisis, tanto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en numerosas ocasiones, como a nivel doctrinal. A este respecto, véase GARCÍA CALVENTE, Y. (2004a), “La modificación del régimen especial de las agencias de viaje. Comentario a la Propuesta del Consejo por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, vol. III, pp. 319-331.

actividades. Contra ello se interpuso recurso de anulación a nivel interno, de donde trae causa el planteamiento de esta cuestión prejudicial, suspendiendo el procedimiento. La pregunta que se plantea es si entra o no dentro del ámbito de la Directiva sobre viajes combinados, un viaje realizado en el marco de un programa de intercambio escolar, de una duración aproximada de seis meses o un año, siendo así que no se efectúa con un propósito de vacaciones o de turismo, sino con la intención de asistir a un centro de enseñanza en el país de acogida y de conocer mejor la sociedad y la cultura de ese país, alojándose gratuitamente con una familia local como si se tratase de un miembro de ésta. El Tribunal de Justicia determinó que no se aplica dicha Directiva a este supuesto (par. 34 de la sentencia citada)³⁶.

d) Sentencia de 15 de junio de 1999³⁷, en relación con viajes ofrecidos a precio reducido a los suscriptores de un diario en Austria. A pesar del carácter peculiar de este tipo de viajes, de la quiebra originada por la gran acogida de la oferta planteada por el diario, el Tribunal consideró que estábamos ante un supuesto en que resultaba plenamente aplicable el art. 7 de la Directiva. Como señaló el Tribunal en el párrafo 32 de su sentencia: “El hecho de que la operación publicitaria consistente en viajes ofrecidos como obsequio por el diario *Kronenzeitung* se haya considerado contraria al derecho nacional de la competencia no puede impedir que dichos viajes se califiquen de viajes combinados en el sentido de la Directiva”. Y ello, a pesar de las connotaciones peculiares que presentaba el viaje, al ser prácticamente un obsequio para los suscriptores de dicho diario³⁸. Ello no constituyó un obstáculo para que el Tribunal de Justicia señalase que “El

36 En sentencia de 13 de octubre de 2005 (C-200/04), decisión prejudicial planteada en Alemania por el Bundesfinanzhof, se hace un planteamiento que puede resultar controvertido, en contraposición con lo planteado en este caso, al afirmarse en su par. 33 que “aparte de que la apreciación del Tribunal de Justicia en la sentencia AFS Intercultural Programs Finland, antes citada, no se refería a una cuestión relativa a la aplicación de la Sexta Directiva (sobre el IVA), hay que señalar que las precisiones efectuadas en dicha sentencia no tienen relevancia alguna por lo que respecta a la aplicación del art. 26 de la citada Directiva”.

37 Asunto C-140/97, Walter Rechberger, Renate Greindl, Hermann Hofmeister y otros contra Republik Österreich, Rec. 1999, p. I-03499.

38 Véase a este respecto CORDONES RAMÍREZ, M. (2000), “Ámbito de aplicación de la normativa de viajes combinados: viajes combinados ofertados a precios reducidos (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de junio de 1999)”, *Derecho y Turismo. III Jornadas de Derecho Turístico*, Málaga, pp. 211-216. Concretamente, esta autora nos ofrece el relato de los hechos del caso de una manera muy ilustrativa: el caso se produjo en 1995 cuando los suscriptores de un diario austríaco reciben una carta de la empresa editora en la que se les informa de las exitosas gestiones realizadas por dicha empresa con un organizador oficial de viajes, por el que sus suscriptores pueden disfrutar de un viaje de una duración entre 4 o 7 días, dependiendo del destino elegido entre cuatro destinos europeos ofrecidos. La oferta comprendía el avión con refrigerio a bordo, habitación doble con desayuno para tres o seis noches en hotel de 4 estrellas y visitas guiadas. Había dos modalidades de viaje, según si el suscriptor decidía viajar solo (donde únicamente se pagarían los derechos aeroportuarios y un suplemento por uso individual de habitación doble) o bien si decidía realizar dicho viaje acompañado (en este caso el suscriptor sólo pagaría los derechos aeroportuarios, mientras que el acompañante pagaría el precio completo señalado en el folleto). El atractivo del viaje disparó

artículo 7 –de la Directiva sobre viajes combinados- se aplica a los viajes que se ofrecen como obsequio por un diario a favor exclusivamente de sus suscriptores en el marco de una campaña publicitaria ilícita con arreglo al Derecho nacional de la competencia y por los cuales el contratante principal paga, si viaja solo, los derechos aeroportuarios, así como el suplemento por habitación individual o, si viaja acompañado por, como mínimo, una persona que pague el precio íntegro, únicamente los derechos aeroportuarios” (par. 33 de la sentencia)³⁹.

e) Sentencia de 12 de marzo de 2002⁴⁰, relativa a la reparación de un perjuicio moral sufrido durante un viaje combinado, en particular si dicha reparación estaba o no comprendida en el art. 5 de la Directiva sobre viajes combinados. La señorita Leitner contrata unas vacaciones combinadas con la agencia TUI para realizar un viaje para ella y su familia a Turquía durante quince días. Dicho viaje habría de desarrollarse en un complejo turístico, inclusive las comidas. Tras ocho días de estancia en dicho complejo, la srta. Leitner presenta intoxicación por salmonella, imputable a las comidas servidas en el Club de vacaciones. Ello le origina numerosos trastornos (fiebre, vómitos, diarreas, mareos), debiendo estar bajo el cuidado de sus padres el resto de la estancia. Otros clientes del club también enfermaron. De regreso a Austria presenta una reclamación y al no obtener respuesta, decide demandar a TUI. Reclama una indemnización por varios conceptos, y entre otras, una cantidad relativa al perjuicio moral sufrido. De la Directiva de viajes combinados (en su art. 5) no se desprende claramente si podría quedar comprendido el concepto de perjuicio moral o no. El Tribunal de Justicia da la razón a la demandante, y responde a la cuestión prejudicial determinando que dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que, en principio, confiere al consumidor un derecho a la reparación del perjuicio moral derivado del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones que constituyen un viaje combinado⁴¹.

el interés de los suscriptores (de una previsión de la editorial de 30.000 personas en total se llegó a 52.260 suscriptores interesados, a los que había que sumar 33.041 acompañantes). A esto se sumaron las dificultades de organizar ese volumen de pasajeros con las plazas inicialmente previstas, lo que dio lugar a la solicitud voluntaria de quiebra por parte del organizador del viaje. Seis de los turistas promovieron varios litigios contra Austria ya que, debido a la tardía e incorrecta transposición de la directiva, ni pudieron disfrutar del viaje ni obtuvieron la devolución de las cantidades que habían sido ya entregadas al organizador insolvente.

39 Es más, creemos relevante la cita del par. 77 de la misma sentencia, al determinar el Tribunal que “en la medida en que se determine una relación de causalidad directa, no puede excluirse la responsabilidad del Estado miembro por infracción del artículo 7 de la Directiva en razón de comportamientos imprudentes del organizador de viajes o de la ocurrencia de hechos excepcionales o imprevisibles”.

40 Asunto C-168/00, Simone Leitner contra TUI Deutschland GmbH &Co.KG, en Rec. 2002, p. I-02631.

41 Los párrafos 21 a 24 de la sentencia son enormemente ilustrativos a este respecto, pues el Tribunal

f) Sentencia de 30 de abril de 2002⁴², en la que se dilucida la aplicación del art. 2 de la Directiva, en relación con un viaje que un particular adquirió en Club-Tour, quien para organizarlo lo adquirió a su vez en una agencia de viajes llamada Club-Med. Ésta última fue quien se encargó de efectuar las reservas necesarias en un establecimiento turístico en Gregolimano (Grecia) para el alojamiento, comidas y desplazamientos, elaboró el programa de la estancia y fijó su precio total. Los viajeros comprueban al llegar que el establecimiento estaba infestado por millares de avispas, solicitaron ser trasladados a otro lugar y no se satisfizo su petición, por lo que a su regreso se negaron a pagar a Club-Tour el precio estipulado. La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Judicial da Comarca do Porto al Tribunal de Justicia es si el viaje en cuestión se encuentra comprendido dentro del ámbito del art. 2.1 de la Directiva, e igualmente si el concepto de “combinación previa” que utiliza dicha disposición se refiere al momento en que se celebra el contrato entre la agencia y el cliente. Las respuestas ofrecidas por el Tribunal a ambas cuestiones fueron afirmativas⁴³.

atiende a criterios de justicia material para basar su argumentación, con el tenor siguiente: “21. Pues bien, consta que, en el ámbito de los viajes combinados, la existencia de la obligación de reparar los perjuicios morales en algunos Estados miembros, y su inexistencia en otros, da lugar a considerables distorsiones en la competencia, habida cuenta del hecho de que, como destacó la Comisión, se observan, con frecuencia, perjuicios morales en este ámbito. 22. Además, es preciso señalar que la Directiva, y más en particular su artículo 5, está destinada a dar protección a los consumidores y que, en el marco de los viajes turísticos, la reparación del perjuicio causado por la pérdida del disfrute de las vacaciones tiene una relevancia especial para ellos. 23. Hay que interpretar el artículo 5 de la Directiva a la luz de estas consideraciones. Si bien dicho artículo se limita, en su apartado 2, párrafo primero, a referirse de modo general al concepto de daños, es necesario señalar que, al prever en su apartado 2, párrafo cuarto, que, por lo que se refiere a los daños que no sean corporales, los Estados miembros tienen la facultad de admitir que se limite el resarcimiento en virtud del contrato siempre que dicha limitación sea razonable, la Directiva reconoce de forma implícita la existencia de un derecho a la reparación de los daños que no sean corporales, por lo tanto del perjuicio moral”.

42 Asunto Club-Tour, Viagens e Turismo, S.A. contra Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido, C-400/00, en la que debe aclararse el concepto de viaje combinado.

43 El par. 16 de la sentencia afirma que “procede responder a la primera cuestión que el concepto de “viaje combinado” a que se refiere el artículo 2, punto 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que incluye los viajes organizados por una agencia de viajes a petición y por iniciativa del consumidor o de un grupo restringido de consumidores y según lo solicitado por éstos”. En el párrafo 20, resuelve la segunda cuestión, señalando que “el concepto de “combinación previa” utilizado en el artículo 2, punto 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que incluye las combinaciones de servicios turísticos efectuadas en el momento en que se celebra el contrato entre la agencia de viajes y el consumidor”.

2. En el marco de recursos por incumplimiento: guías turísticos y museos

a) Sentencias de 26 de febrero de 1991 (Comisión c. Italia⁴⁴, Grecia⁴⁵ y Francia⁴⁶) y de 22 de marzo de 1994 (Comisión c. España)⁴⁷ relativas a los guías turísticos. En todas ellas se determina de forma general que los requisitos exigidos por las respectivas normativas nacionales incumplen los artículos del Tratado relativos a la libre prestación de servicios. Se trata de diversos recursos por incumplimiento planteados por la Comisión frente a distintos Estados miembros en relación con el tratamiento otorgado por la legislación interna a los guías turísticos; en el caso de España, condenada al igual que los otros Estados, la Comisión interpone dichos recursos porque la normativa nacional española vigente en aquel momento (de 1964) exigía a los guías turísticos la nacionalidad española, así como tener unas determinadas tarjetas que sólo les podían ser atribuidas de haber realizado cursos de especialización en España, no sólo para poder mostrar museos o lugares de interés general; además, no existía un mecanismo que permitiese a nacionales de otros Estados de la Unión mediante un examen u otra fórmula demostrar sus conocimientos en virtud de un título expedido en otro Estado miembro. Un último aspecto que en el caso español motivó el recurso lo constituía el hecho de que varias Comunidades Autónomas no hubiesen adoptado normativa alguna a este respecto y

44 Asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, C-180/89, Rec. 1991, p. I-00709, especialmente par. 28, que se reproduce al ser idéntico en los cuatro casos mencionados, en la nota a pie referida al asunto Comisión contra España (C-375/92).

45 Asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica, C-198/89, Rec. 1991, p. I-00727, especialmente par. 29.

46 Asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, C-154/89, Rec. 1991, p. I-00659, especialmente par. 25.

47 Asunto C-375/92, Rec. 1994, p. I-00923, del que destacamos los siguientes párrafos: “10. Por consiguiente, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 48, 52 y 59 del Tratado, al subordinar el acceso a la profesión de guía turístico y de guía-intérprete a la posesión de la nacionalidad española”. También se ha producido un incumplimiento de los mismos preceptos, conforme a lo señalado por el Tribunal en el par. 18 “al no establecer un procedimiento de examen y comparación de la formación adquirida por un ciudadano comunitario que esté en posesión de un título de guía turístico o de guía-intérprete expedido en otro Estado miembro en relación con la exigida en España”. Del mismo modo, como se pone de relieve en el par. 21, donde además el Tribunal hace mención expresa y ofrece una solución idéntica a la señalada en los casos planteados por la Comisión contra Francia, Italia y Grecia antes mencionados, “un Estado miembro incumple las obligaciones que le incumben en virtud del art. 59 del Tratado, si subordina la prestación de servicios de guías turísticos que viajan con un grupo de turistas procedentes de otro Estado miembro, cuando dicha prestación consiste en guiar a estos turistas en lugares distintos de los museos o monumentos históricos que sólo pueden visitarse con un guía profesional especializado, a la posesión de un permiso que supone la adquisición de una formación determinada acreditada mediante un título”. Para finalizar, al no haber proporcionado a la Comisión las informaciones que le había solicitado, se determina que España incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 5 del Tratado CEE (par. 26).

no hubiese informado el Gobierno de España sobre este particular en modo alguno a la Comisión.

En otro orden de cosas, por lo que concierne a los guías turísticos y al sector de las agencias de viajes, deben traerse a colación los cambios que en un inmediato futuro se producirán de resultas de la transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006⁴⁸, relativa a los servicios en el mercado interior (la conocida como Directiva Bolkenstein). La fecha para su transposición concluyó el 28 de diciembre de 2009, y a nadie se le escapa que la adaptación de los ordenamientos internos⁴⁹ al contenido de dicha directiva se prevé, no sin razón, complificada⁵⁰. A pesar del carácter reciente de esta normativa, su incidencia en el sector turístico no ha hecho más que comenzar⁵¹.

48 Véase *DOUE L 376*, de 27 de diciembre de 2006. Las dificultades que conlleva su puesta en práctica ha conllevado la adopción del denominado “Manual de transposición”, al objeto de aclarar algunas de las múltiples dudas que suscita este texto. Entre los trabajos relacionados con esta Directiva, y los múltiples problemas que conlleva, véase D’ACUNTO, S. (2007), “Directive Services (2006/123/CE): Radiographie juridique en dix points”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, pp. 261-327; igualmente MUÑOZ MACHADO, S. (2009), “Ilusiones y conflictos derivados de la directiva de servicios”, *Iustel, Revista General de Derecho Administrativo*, num. 21, al ponernos igualmente de relieve las dificultades de este proceso, que en nuestro país ha conllevado la adopción de dos proyectos de ley (las mal llamadas “ley paraguas” y “ley omnibus”, esto es, un primer proyecto de ley “sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio” y un segundo sobre “modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio” (vid. p. 13).

49 De momento, España ha realizado dicha transposición en virtud de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (*BOE 283*, 24.11.09) y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (*BOE 308*, 23.12.09).

50 El propio hecho de que se haya elaborado el denominado “Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios” antes mencionado ya constituye un dato sin duda relevante. En el mismo, que puede consultarse en http://ec.europa.eu/internal_market/services-dir/index_en.htm, se pone de relieve la cuestión relacionada con agencias de viajes y guías turísticos, ejemplo que se menciona expresamente y respecto al cual se señala (vid. p. 42) que “en el artículo 16, apartado 2, letra d), se aluden a los requisitos que prescriben regímenes contractuales específicos respecto a la prestación de determinados servicios y que afectan a la relación del prestador con su cliente, en particular, a su capacidad de establecer relaciones sujetas a contratos de servicio. Tal sería el caso si un Estado miembro excluyera por ley la posibilidad de llevar a cabo ciertas actividades como trabajador por cuenta propia, por ejemplo, exigiendo que éstas se realicen siempre en el contexto de una relación de empleo. Se incluirían aquí, por ejemplo, los casos en que los servicios prestados por un guía turístico no fuesen reconocidos como tales con arreglo a la legislación nacional que prescriba la existencia de una relación de empleo entre los guías turísticos y las agencias de viajes que organizan programas de turismo”.

51 Véase el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio (*BOE 30*, 4.02.10). A nivel autonómico cabe citar la Ley

b) Sentencia de 15 de marzo de 1994 (Comisión c. España)⁵²: discriminación en lo concerniente al acceso a los museos. El recurso por incumplimiento que plantea la Comisión contra nuestro país en este caso se fundamenta en la presunta discriminación para los nacionales comunitarios existente respecto al acceso gratuito a los museos. En aquellos años los museos nacionales eran gratuitos para los nacionales españoles, los extranjeros residentes y los jóvenes menores de 21 años. El Tribunal daría la razón a la Comisión, al considerar que “el sistema español de acceso a los museos de titularidad estatal supone una discriminación en perjuicio únicamente de los turistas extranjeros mayores de 21 años, prohibida respecto de los nacionales comunitarios, por los entonces arts. 7 y 59 del TCEE y que, por esta razón, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los citados artículos” (par. 10 de la sentencia).

3. Un caso emblemático en materia de crédito al consumo: el asunto *El Corte Inglés c. Cristina Blázquez Rivero* (decisión prejudicial de 7 de marzo de 1996)⁵³

Uno de los aspectos esenciales que cabe resaltar de dicha sentencia es la ausencia de efecto directo horizontal de las directivas y la clarificación que el Tribunal de Justicia realiza de esta cuestión. En el momento en que se plantea la cuestión litigiosa, la directiva de crédito al consumo⁵⁴ no había sido transpuesta aún en nuestro país, aunque ya había transcurrido el plazo para llevar a cabo dicha transposición.

El asunto se puede resumir de la manera siguiente: la Sra. Blázquez Rivero contrata un viaje con la agencia de viajes de El Corte Inglés, para cuyo abono parcial concertó un crédito con la sociedad financiadora “El Corte Inglés”. Determinados defectos en el cumplimiento de sus obligaciones por El Corte Inglés conllevan que esta señora presente numerosas reclamaciones y, al no obtener satisfacción, motivaron que dejase de abonar los plazos del préstamo a la entidad financiadora, que presentó ante los juzgados de Primera Instancia de Sevilla una demanda judicial en reclamación de la cantidad dejada de abonar.

14/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canarias (BOE 64, 15.03.10).

52 Asunto C-45/93, Rec. 1994, p. I-00911.

53 Asunto C-192/94, Rec. 1996, p. I-01281.

54 Téngase en cuenta, como ya se ha mencionado, que en materia de crédito al consumo, la Directiva a que hace referencia el asunto antes mencionado, ha sido dejada sin efecto por otra mucho más reciente: Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DOUE L 133, 22.5.08).

El interrogante planteado, sobre el que versa la cuestión prejudicial en este asunto es acerca de si es posible o no aplicar lo dispuesto en el art. 11.2 e) de la Directiva, conforme al cual la consumidora podría entablar una acción judicial contra la entidad financiadora⁵⁵. El problema esencial radica en que la directiva aún no había sido transpuesta en España y lo que se estaría produciendo en este caso sería una solicitud de otorgar efecto directo a la directiva frente a particulares (efecto directo horizontal). El sentido de la cuestión prejudicial que se plantea al Tribunal de Justicia es enormemente clarificador: “¿Es directamente aplicable el artículo 11 de la Directiva del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (87/102/CEE), no transpuesta al Derecho nacional por el Estado español, para el caso de que un consumidor oponga frente a la reclamación del financiador los defectos del servicio prestado por el proveedor con el que tal financiador tenía suscrito un acuerdo de financiación exclusiva a sus clientes?” (párrafo 9 de la citada sentencia).

La sentencia zanjaba la cuestión de la posibilidad de invocar un posible efecto directo horizontal (entre particulares) ante la ausencia de transposición estatal, por la vía negativa⁵⁶.

4. Time-Sharing, junto a contratos negociados fuera de establecimientos mercantiles:

El asunto *Travel Vac S.L. contra Manuel José Antelm Sanchís* (sentencia de 22 de abril de 1999)⁵⁷. Como la Comisión tuvo ocasión de señalar ante el Tribunal, el sr. Manuel José Antelm Sanchís recibe en reiteradas ocasiones diversas cartas por las que

55 Ello, conforme a lo establecido en el apartado 2 e), siempre que “el consumidor haya reclamado contra el proveedor pero no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho, el consumidor tendrá derecho a dirigirse contra el prestamista. Los Estados miembros establecerán en qué medida y bajo qué condiciones se podrá ejercer dicho derecho”.

56 Los párrafos 16 y 17 zanján la cuestión de manera clara: “...la jurisprudencia relativa a la invocabilidad de las Directivas frente a órganos estatales se basa en el carácter obligatorio de las Directivas, que sólo existe respecto de los Estados miembros destinatarios, y tiene por objeto evitar que un Estado pueda sacar ventajas de haber infringido el Derecho comunitario. Ampliar dicha jurisprudencia al ámbito de las relaciones entre particulares equivaldría a reconocer a la Comunidad la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando sólo tiene dicha competencia en aquellos supuestos en que se le atribuye la facultad de adoptar Reglamentos o Decisiones”. La doctrina que ha tratado estos problemas es ingente; a efectos meramente ilustrativos, años antes de que viese la luz esta sentencia, véase SCHOCKWEILER, F. (1993), “Effets des directives non transposées en droit national à l’égard des particuliers”, *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Estudios en Homenaje al profesor D. Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, especialmente pp. 1203-1204.

57 Asunto C-423/97 (Rec. 1999, p. I-02195). Un asunto más reciente en que salen a relucir cuestiones conexas, y se utiliza el razonamiento seguido en este último caso, es la sentencia de 13 de octubre de 2005 (asunto C-73/04), B. y M. Klein contra Rhodos Management Ltd., Rec. 2005, p. I-8667.

se le invita a acudir a una reunión con el fin de recoger uno de los lujosos regalos que se le entregarían por el solo hecho de asistir, sin más compromiso. Las cartas fueron seguidas de llamadas telefónicas, por las que se le incitaba a asistir a reuniones de venta organizadas por la empresa Travel Vac en un complejo turístico, donde se mantenía a los consumidores durante horas, tratando de convencerles de las ventajas de adquirir dichos productos turísticos, además de invitárseles a ingerir bebidas alcohólicas durante el transcurso de dicha reunión⁵⁸.

Las cuestiones a dilucidar en dicha sentencia son diversas: si se trata de un contrato al que resultaría aplicable el régimen de la utilización de inmuebles a tiempo compartido, o bien si podría resultar aplicable lo dispuesto en la Directiva relativa a los contratos negociados fuera de establecimientos mercantiles. Esta última directiva no resultaba aplicable a los contratos relativos a construcción, venta y alquiler de bienes inmuebles. La relevancia de poder aplicarla al caso (como así lo determinó el TJCE al ser el valor del inmueble muy inferior al precio total, que incluía toda una serie de servicios, pertenencia a un club de vacaciones, etc...)⁵⁹ guarda relación con la posibilidad de renuncia por parte del consumidor en un plazo mínimo de siete días, tal y como se contempla en el art. 5 de la Directiva, sin pagar contraprestación alguna ni indemnización⁶⁰. La justificación de ello, que aparece explicada en la propia Directiva relativa a los contratos negociados fuera de establecimiento mercantil y que fue acogida por el Tribunal en el presente caso, la constituye la situación en que se encuentra el consumidor, completamente desprevenido, por lo que resulta conveniente concederle ese derecho de rescisión.

58 Todos estos datos se recogen de forma literal en el par. 31 de la citada sentencia.

59 Conforme a lo señalado por el Tribunal, “según el contrato, Travel Vac tenía, además, la obligación de prestar al Sr. Antelm Sanchís determinados servicios, como el mantenimiento del inmueble, la gestión y administración de la multipropiedad, la utilización de servicios comunitarios de la urbanización y la afiliación a la organización Resort Condominium International, club internacional que permite al comprador intercambiar sus estancias vacacionales de acuerdo con las normas de dicho club. A tenor del contrato, el comprador debía pagar 1.090.000 ptas. de las que 285.000 ptas. representaban el valor inmobiliario de la parte indivisa y el resto del precio correspondía al Impuesto sobre el Valor Añadido, a la copropiedad del mobiliario según inventario, a los servicios mencionados y a la afiliación a Resort Condominium International” (véanse los párrs. 10-11 de esta sentencia).

60 A este respecto, véase MUNAR BERNAT, P.A. (1999), “Sobre la aplicabilidad de la directiva 85/577/CE, de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, a un contrato de multipropiedad. (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1999)”, 13 Derecho Privado y Constitución (enero-diciembre), pp. 235-272. A pesar de que la doctrina civilista ha puesto el acento en que el término “multipropiedad” no es correcto, de hecho se suele decir “la mal llamada multipropiedad”, la sentencia del TJ comentada lo utiliza.

5. Cuestiones penales vinculadas a “turistas”

a) Restricciones a las importaciones de bebidas alcohólicas en Finlandia: sentencia de 15 de junio de 1999⁶¹. El presente caso se produce en relación con la aplicación de la normativa de alcoholes finlandesa que es muy restrictiva, y en la que se contempla que “los residentes en Finlandia que regresen por una vía distinta de la aérea de un país situado fuera del Espacio Económico Europeo no podrán importar bebidas alcohólicas cuando el viaje haya durado menos de 20 horas”⁶². El caso lo protagoniza en 1997 el sr. Heinonen, que reside en Finlandia y embarca en Helsinki con destino a Tallin (Estonia). Regresa el mismo día por vía marítima en un viaje de menos de 20 horas. En un control en la aduana se le encontraron 19 latas de cerveza de 33 cl. cada una. Se le impuso una multa y se le decomisó la sustancia. Presentó al fiscal un escrito oponiéndose y la fiscalía ejerció la acción penal. En el curso de la causa penal se planteó esta cuestión prejudicial⁶³ en la que el Tribunal de Justicia da la razón a Finlandia, considerando que la normativa comunitaria al respecto no se opone a estas normas internas, en principio, dada la finalidad perseguida y los destinatarios de la misma, considerando que esta normativa tiene carácter apropiado⁶⁴.

61 Asunto C-394/97, Rec. 1999, p. I-03599.

62 La adopción de una normativa tan restrictiva obedece a diversos motivos, tal y como se desprende de los trabajos preparatorios que llevaron a la modificación de la Ley de Alcoholes finlandesa: que el nivel de precios del alcohol es mucho más caro en Finlandia que en países vecinos, como Estonia o Rusia; los graves problemas sanitarios, sociales y de orden público que conlleva la aplicación de la normativa comunitaria sobre importaciones realizadas por viajeros procedentes de países terceros; el entorpecimiento en frontera provocado por el número de personas que traen de Rusia bebidas alcohólicas o tabaco; que en la frontera con Rusia se han abierto muchos establecimientos que venden bebidas alcohólicas y tabaco libres de impuestos; el aumento del consumo de alcohol en Finlandia en un 10% durante 1995, lo que conlleva problemas sanitarios y sociales; que han disminuido las ventas en los establecimientos de la empresa finlandesa titular del monopolio de alcoholes; que se han perdido ingresos fiscales cuantiosos (vid. par. 16 de la sentencia).

63 Cuyo contenido es el que sigue: 1) ¿Pueden interpretarse el Reglamento de franquicias aduaneras y la Directiva sobre tráfico internacional de viajeros en el sentido de que no se oponen a que los Estados miembros impongan a las importaciones de cerveza y otras bebidas alcohólicas efectuadas por viajeros restricciones basadas en los motivos citados en el noveno considerando del Reglamento de franquicias aduaneras y en el artículo 36 del Tratado CE o en otras exigencias imperativas de interés general?

2) Las circunstancias descritas en las letras a) a h) del apartado 6 de la Sección IV de la resolución de remisión [apartado 18 de la presente sentencia], que han motivado las restricciones decididas por el Estado miembro, ¿hacen compatibles dichas disposiciones nacionales con lo dispuesto en el Reglamento y la Directiva citadas en la primera cuestión?

3) ¿Puede considerarse compatible con el Reglamento y la Directiva citados una normativa que establece una restricción, basada en la duración del viaje, a la importación por los viajeros de bebidas alcohólicas, concepto que en el caso de autos comprende también la cerveza?

64 A este respecto, el Tribunal señala (párrs. 40 y 41 de la sentencia) que: “En cuanto al carácter apropiado de esta normativa, procede señalar que sólo constituye una excepción limitada al régimen comunitario de franquicias aduaneras y fiscales aplicables a los viajeros, dado que sólo se refiere a una categoría precisa de

b) Condena por consumo de estupefacientes y prohibición de residencia de por vida en Grecia (sentencia de 19 de enero de 1999)⁶⁵. Este caso hace referencia a una turista nacional de Italia que se encuentra en Creta (Grecia) de vacaciones, donde es acusada de tenencia y consumo de estupefacientes prohibidos. Se la declara culpable de infracción de la ley de estupefacientes, es condenada a tres meses de prisión y se ordena su expulsión de por vida del territorio griego. La misma recurre en casación dicha medida, por ser contraria a normas comunitarias relativas a ciudadanía europea, libre circulación de personas y servicios, así como al principio de igualdad. El Tribunal da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas señalando que sólo puede dictarse una orden de expulsión, justificada por la excepción de orden público prevista en el art. 56 del Tratado contra un nacional comunitario si, además de haber infringido la ley de estupefacientes, su comportamiento personal crea una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (par. 25). No es el caso, puesto que la orden de expulsión se dio al imponerle la condena y además la adquisición y tenencia de estupefacientes fue sólo para su consumo personal.

6. El mal llamado “turismo sanitario”: un bloque de sentencias emblemáticas a partir de 1998

Ha habido un antes y un después, marcado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con estas situaciones, el conocido como “turismo sanitario” esto es, personas que viajan para que les sea realizado un determinado tratamiento médico o una determinada prestación en un Estado diferente al de su residencia habitual. Puede parecer un tema completamente novedoso en el ámbito de la Unión Europea, pero cabe afirmar que ello no es del todo así, dado que se encuentran múltiples ejemplos de esta situación a lo largo de prácticamente todo el siglo XX⁶⁶. En realidad, las figuras que podemos encontrarnos en esta esfera son múltiples, que podrían oscilar desde el que podríamos denominar “turista sanitario” estricto sensu, es decir, la persona que realiza el viaje con la idea premeditada de someterse a una intervención (quirúrgica o de la índole que sea), hasta aquellas otras ocasiones en las que el turista es tal, pero las circunstancias

mercancías: las bebidas alcohólicas. Esta excepción está, además, limitada por el hecho de que sólo afecta a viajes que cumplan criterios precisos, en concreto, viajes por vía terrestre o marítima de duración inferior a 20 horas. Estas limitaciones corresponden a circunstancias concretas que las autoridades finlandesas consideran el principal origen de los problemas sociales y sanitarios con los que se enfrentan. Además, el Gobierno finlandés ha señalado que pudo apreciarse una mejora de la situación desde que empezó a aplicarse la normativa controvertida en el procedimiento principal. Estos elementos permiten considerar que esta normativa tiene carácter apropiado”.

65 Asunto C-348/96, Rec. 1999, p. I-00011.

66 A este respecto, un análisis de este tema, si bien desde una perspectiva geográfica muy diferente a la que aquí tratamos, véase SVANTESSON, D.J.B. (2008), “From the Airport to the Surgery to the Courtroom-Private International Law and Medical Tourism”, *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 34, nº2, pp. 265-276.

hacen que requiera una prestación durante el transcurso del viaje (por ejemplo debido a un accidente, o a la aparición repentina de una enfermedad). Son por tanto diversas las visiones que concurren ante esta situación: los Estados comunitarios, que ven con recelo estas situaciones ante el temor de que los sistemas de salud peligren, frente a una avanzada jurisprudencia del Tribunal a este respecto⁶⁷; frente a ellas, la Comisión elaboró el 2 de julio de 2008 una valiente propuesta de Directiva, que intentó acoger la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en esta materia. Dicha propuesta no fue aceptada por el Consejo de la UE que en Junio de 2010 ha conseguido aprobar un nuevo texto patrocinado, entre otros, por España.

De manera tradicional y durante décadas, el acceso a la asistencia sanitaria en otros Estados miembros se basaba en dos Reglamentos: el Reglamento CEE 1048/71 e igualmente el Reglamento de aplicación 574/729⁶⁸. El aspecto novedoso y aperturista que la jurisprudencia del Tribunal marca se caracteriza por “reconocer la asistencia sanitaria como un servicio más dentro de la Unión Europea, lo que propició un giro importante en el tratamiento de la cuestión”⁶⁹.

67 Entre otros, véanse los trabajos de LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. (2006), “La protección de la salud pública en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 11, pp. 95-116; RAMÍREZ DE ARELLANO, A. (2006), “La movilidad de pacientes en el contexto internacional, europeo y español”, *Economía de la Salud*, vol. 5, pp. 32-36.

68 *DOCEL* 149, de 5 de julio de 1971 y *DOCEL* 74, de 27 de marzo de 1972. Como señala GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C. (2003), “¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 47, p. 50, “sus disposiciones prevén la movilidad de unos ciudadanos que pueden transformarse imprevistamente en pacientes. Sin embargo, no contempla, excepto de forma muy restringida y siempre sometida a autorización previa, el desplazamiento al territorio de un Estado distinto al competente para recibir en el mismo asistencia sanitaria”.

69 Como señala CERVELL HORTAL, M.J. (2009), “Libre circulación de pacientes en la Unión Europea: ¿Desideratum o realidad?”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18, p. 4.

Los pronunciamientos del Tribunal de Justicia a partir de las sentencias Khol⁷⁰ y Decker⁷¹, ambas de 28 de abril de 1998 y en relación con Luxemburgo, son emblemáticos en esta esfera, fundamentándose el primero en la libre prestación de servicios (tratamiento de ortodoncia para su hijo en Alemania) y el segundo en la libre circulación de mercancías (compra de unas gafas adquiridas en Bélgica). Se rompe así una tradición en virtud de la cual la sanidad no se consideraba incluida entre las actividades económicas⁷², sujetas al régimen de libertades previstas en los tratados. Las dos sentencias mencionadas inician una senda⁷³ corroborada por un sin fin de sentencias posteriores. Entre ellas pueden

70 Asunto C-158/96, Raymond Khol contra Union des caisses de maladie, Rec. 1998, p. I-01931. En ella el Tribunal llegó a la conclusión de que “los artículos 59 y 60 del Tratado se oponen a una normativa nacional que supedita a la autorización del organismo de Seguridad Social del asegurado el reembolso, con arreglo al baremo del Estado de afiliación, de las prestaciones de cuidados dentales dispensadas por un ortodontista establecido en otro Estado miembro. Dicho tipo de normativa disuade a los beneficiarios de la Seguridad Social de dirigirse tanto a los prestatarios de servicios médicos establecidos en otro Estado miembro y constituye, tanto para estos últimos como para sus pacientes, un obstáculo a la libre prestación de servicios. La mencionada normativa no está justificada ni por la existencia de un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social, ya que el reembolso de los cuidados dentales dispensados en otros Estados miembros con arreglo a las tarifas del Estado de afiliación no tiene una incidencia significativa sobre la financiación del sistema de Seguridad Social, ni por razones de salud pública (...)”.

71 Asunto C-120/95, Nicolas Dekker contra Caisse de maladie des employés privés, Rec. 1998, p. I-01831. En este caso, el Tribunal señaló que “los artículos 30 y 36 del Tratado se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual un organismo de Seguridad Social de un Estado miembro deniega a un asegurado el reembolso a tanto alzado de un par de gafas con lentes correctoras comprado a un óptico establecido en otro Estado miembro, basándose en que la compra de cualquier producto médico en el extranjero debe ser autorizada previamente”. Además, a juicio del Tribunal, “la compra de un par de gafas, presentando receta extendida por un oftalmólogo, a un óptico establecido en otro Estado miembro, ofrece garantías equivalentes a las de la venta de un par de gafas por parte de un óptico establecido en el territorio nacional”.

72 En el párrafo 29 del asunto *Khol* se afirma con rotundidad que un tratamiento aplicado por un ortodontista establecido en otro Estado miembro, fuera de cualquier infraestructura hospitalaria “debe considerarse un servicio a efectos del artículo 60 del Tratado, que se refiere expresamente a las actividades de las profesiones liberales”.

73 El tratamiento doctrinal al que han dado lugar ambas sentencias, junto a otras posteriores que comentaremos seguidamente, ha sido ingente; entre otros trabajos, véanse FURET, M.D. (2005), “Les conséquences en termes de santé publique des arrêts *Khol* et *Decker* sur la construction de l’Europe de la santé”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, n°487, abril, pp. 253-262; CANTARERO MARTÍNEZ, J. (2003), “Hacia la libre circulación de pacientes en el ámbito de la Unión Europea (a propósito de las sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1998 y de 12 de julio de 2001)”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 221, pp. 83-98; GRAU PINEDA, M.M. (1999), “La incidencia de las sentencias Decker y Khol sobre el reembolso de los gastos médicos producidos en otro Estado miembro en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 4, pp. 151-173; ROFES I PUJOL, M.I. (2003), “Los regímenes nacionales de Seguridad Social y la libre prestación de servicios sanitarios en la Comunidad: el estado de la cuestión. Las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictadas en los asuntos Decker, Khol, Vanbraekel y Smits y Peerbooms. El asunto Müller-Fauré”, *222 Noticias de la Unión Europea*, pp. 65-75.

señalarse, sin ánimo de exhaustividad, dado que este ámbito ha sido objeto de numerosísimos pronunciamientos por parte del Tribunal de Justicia en los últimos años, las siguientes: asuntos Geraets-Smits y Peerbooms⁷⁴, Vanbraekel⁷⁵, Ika⁷⁶, Müller-Fauré y Van Riet⁷⁷, Inizan⁷⁸, Leitchtle⁷⁹ o Keller⁸⁰. Además, el planteamiento de la cuestión no se rea-

74 Sentencia de 12 de julio de 2001 (asunto C-157/99), B.S.M. Smits, esposa de Geraets, contra Stichting Ziekenfonds VGZ y H.T.M. Peerbooms contra Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, en Rec. 2001, p. I-05473. Se trata de sendas cuestiones prejudiciales relativas al reintegro de gastos de hospitalización causados, respectivamente, en Alemania y en Austria. La sentencia señala que “las actividades médicas están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 60 del Tratado, sin que a este respecto se deba considerar entre la asistencia dispensada en un marco hospitalario o fuera de él” (par. 53). Además, el Tribunal sostiene que “es obligado admitir que una prestación médica dispensada en un Estado miembro y pagada por el paciente no puede dejar de estar comprendida en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios garantizada por el Tratado por el solo hecho de que el pago de la asistencia controvertida se solicita al amparo de una legislación sobre el seguro de enfermedad de otro Estado miembro que prevé esencialmente una intervención en especie” (par. 55).

75 Sentencia de la misma fecha que la anteriormente citada, esto es, 12 de julio de 2001 (asunto C-368/98), Abdon Vanbraekel y otros contra Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC), Rec. 2001, p. I-05363. El litigio en este caso se refiere a la negativa de la mutualidad a reembolsar los gastos de hospitalización en que incurrió la esposa del sr. Vanbraekel a raíz de una intervención quirúrgica de ortopedia que le fue efectuada en un hospital situado en Francia. Ahondando en la misma línea comentada anteriormente, el Tribunal señala en par. 45 de la sentencia: “En el presente caso, el hecho de que el nivel de cobertura que obtiene un beneficiario de la seguridad social sea menos ventajoso cuando se somete a un tratamiento hospitalario en otro Estado miembro que cuando recibe el mismo tratamiento en el Estado miembro de afiliación puede indudablemente disuadir a dicho beneficiario de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en otros Estados miembros, e incluso impedirselo, por lo que constituye, tanto para el beneficiario como para los prestadores, un obstáculo a la libre prestación de servicios”.

76 Sentencia de 25 de febrero de 2003 (asunto C-326/00), Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA) contra Vasileios Ioannidis. En dicha sentencia se determina que el art. 31 del Reglamento n. 1408/71 se opone a que un Estado miembro supedita a un procedimiento de autorización el derecho a disfrutar las prestaciones en especie garantizadas por esta disposición (par. 63).

77 Sentencia de 13 de mayo de 2003 (asunto C-385/99), V.G. Müller-Fauré contra Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA, y entre E.E.M. van Riet contra Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen.

78 Sentencia de 23 de octubre de 2003 (asunto C-56/01), Patricia Inizan contra Caisse Primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, en relación con la negativa de esta institución de hacerse cargo del coste de un tratamiento hospitalario contra el dolor al que la sra. Inizan tenía previsto someterse en Alemania.

79 Sentencia de 18 de marzo de 2004 (asunto C-8/02), Ludwig Leitchtle contra Bundesanstalt für Arbeit, en relación con los gastos ocasionados por una cura termal a la que el demandante tenía previsto someterse en Italia.

80 Sentencia de 12 de abril de 2005 (asunto C-145/03), Herederos de Annette Keller contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, anteriormente Instituto Nacional de la Salud. El asunto del litigio lo constituye la negativa de dicha institución a reembolsar los gastos de

liza en todas ellas de forma unívoca, como podemos observar en el asunto Van der Duin (pensionistas holandeses residentes en Francia y en España que deciden someterse a tratamiento en su país de origen, determinando el Tribunal que la institución competente para autorizar dichos tratamientos es la del lugar de residencia de los interesados)⁸¹.

Un asunto enormemente controvertido que preocupa sobremanera a los Gobiernos es la cuestión de las listas de espera y cómo se gestionan las mismas; precisamente, este hecho salió a relucir como una cuestión clave sobre la que hubo de pronunciarse el Tribunal en el asunto Watts⁸². Queda claro que el Tribunal, en su emblemática jurisprudencia sobre cuestiones vinculadas al “turismo sanitario”, desde 1998 ha dejado claros

la asistencia hospitalaria recibida por la Sra. Keller en una clínica suiza, habiendo sido dicho tratamiento el recomendado para el caso en cuestión por el especialista que la trató en Alemania, al ser dicha clínica privada la única en Europa en la que se trataba, con reconocida eficacia científica, la patología que sufría dicha paciente. Esta señora residía en España, desplazándose a Alemania por motivos familiares, solicitando la expedición del certificado E-111 y posteriormente el E-112 al INSALUD. Le fue expedido el citado certificado y diagnosticada en Alemania una enfermedad muy grave, por lo que se desaconsejaba su traslado a España. Su delicada situación y la pericia requerida para su tratamiento motivaron que a su vez en Alemania se le aconsejase ser tratada en la Clínica Universitaria de Zurich, en Suiza. El Tribunal da la razón a la familia Keller, al considerar (par. 51) que “la autorización expedida por la institución competente implica que, durante el período de validez de dicha autorización, la citada institución otorga su confianza a la institución del Estado miembro en el que permitió que estuviera el asegurado con fines médicos y a los médicos autorizados por ésta”. Además, en el par. 52 señala que “debe considerarse que los médicos establecidos en otros Estados miembros ofrecen garantías profesionales equivalentes a las de los médicos establecidos en el territorio nacional”. Este mismo razonamiento se expone en el par. 67 de la citada sentencia, al que remitimos al lector.

81 Sentencia de 3 de julio de 2003 (asunto C-156/01), R.P. van der Duin contra Onderlinge Waarborgmaatschappij ANOZ Zorgverzekeringen UA y entre Onderlinge Waarborgmaatschappij ANOZ Zorgverzekeringen UA contra T.W. van Wegberg-van Brederode. Como señala GARCÍA DE CORTÁZAR y NEBREDA, C., “¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea?...”, *loc.cit.*, p. 72, “con una lógica cartesiana, el Tribunal de Justicia, aceptando la aplicabilidad del artículo 22.1 c) a estos pensionistas, se decanta por la institución del lugar de residencia a la que convierte, ficticiamente desde el punto de vista jurídico, pero realmente desde el punto de vista práctico, en institución competente. (...) El lema de este instrumento podría ser “*quien paga, decide*”. Por ello, si la institución del lugar de residencia al haber recibido una cuota global, debe hacerse ella cargo de todos los gastos ocasionados por el pensionista dentro y fuera de su territorio, a ella correspondería aceptar o denegar una autorización que entra en el ámbito de la discrecionalidad cuando dicha autorización se separa de los requisitos listados y tasados en el artículo 22.1.c)”.

82 Sentencia de 16 de mayo de 2006 (asunto C-372/04), The Queen, a instancia de Yvonne Watts contra Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health. El Tribunal, entre otros múltiples aspectos que fueron aclarados en el presente caso, consideró que “la denegación de una autorización previa no puede basarse únicamente en la existencia de listas de espera destinadas a planificar y gestionar la oferta hospitalaria en función de prioridades clínicas determinadas de antemano con carácter general, sin que se haya procedido a una evaluación médica objetiva del estado patológico del paciente, de sus antecedentes, de la evolución probable de su enfermedad y de su grado de dolor o de la naturaleza de su discapacidad en el momento en que se solicite o se vuelva a solicitar dicha autorización”.

diversos aspectos⁸³ cuya normativización resulta cada vez más necesaria, al objeto de plasmar los avances desarrollados en su jurisprudencia.

Tiene relevancia el pronunciamiento del Tribunal que resuelve el recurso por incumplimiento planteado por la Comisión (asunto C-211/08)⁸⁴ contra España en relación con el art. 49 del Tratado “al denegar a los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud español el reembolso de los gastos médicos incurridos por ellos en otro Estado miembro”. La posición que sostiene el Abogado General en sus conclusiones recientemente presentadas⁸⁵, sin embargo no ha sido la misma que la acogida por el Tribunal en su sentencia de 15 de Junio de 2010.

7. El transporte de viajeros (especialmente en el sector aéreo) y su tratamiento jurisprudencial

La protección de los turistas en lo que concierne al sector de los transportes se ha plasmado en varias sentencias emblemáticas –a las que se suma un cúmulo de supuestos que aún no se han resuelto–, en su mayoría vinculadas a la interpretación y aplicación del Reglamento 261/2004, ya comentado en otra sede. El conocido como asunto “IATA y otros”, que daría lugar al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de 10 de enero de 2006, originó numerosos estudios doctrinales sobre el particular. Como señala GONZÁLEZ VAQUÉ, la oposición de las compañías aéreas a la entrada en vigor del citado Reglamento “se concretó en dos recursos interpuestos en el Reino Unido, ante la High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Administration Court), por la “International Air Transport Association” (IATA) y la “European Low Fares Airline Association” (ELFAA), en los que se cuestionaba la validez de dicha normativa comunitaria”⁸⁶. Las Organizaciones que plantean los recursos tienen gran relevancia en el ámbito que nos ocupa dado que la primera de ellas (IATA)

83 Una de las sentencias más recientes sobre este particular, de 19 de abril de 2007 (asunto C-444/05), Aikaterini Stamatelaki contra NPDD Organismos Asfaliseos Eleftheron Epangelmaton (OAE), pone el acento en una normativa nacional que excluía el reembolso por una aseguradora de los gastos de tratamiento de uno de sus afiliados mayor de catorce años (pues éstos eran los gastos que sí serían reembolsables) en una clínica privada extranjera. Dicha normativa se consideró contraria al art. 49 por parte del Tribunal.

84 Véase DOUE C de 2.8.2008 y DOUE C de 14.8.2010.

85 Las Conclusiones del Abogado General, Paolo Mengozzi, fueron presentadas el 25 de febrero de 2010. El Abogado General sugiere al Tribunal que declare que España ha incumplido sus obligaciones y condene en costas a nuestro país. Sin embargo, el Tribunal ha desestimado el recurso.

86 Asunto C-344/04. Véase GONZÁLEZ VAQUÉ, L. (2006), “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas confirma la validez del Reglamento nº 261/2004 (compensación en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de un vuelo)”, 243 Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, pp. 3-17, especialmente p. 4.

agrupa actualmente a 270 compañías aéreas repartidas en 130 países que transportan al 93% de los pasajeros de las líneas aéreas regulares internacionales⁸⁷; por otro lado, la ELFAA representa los intereses de diez compañías aéreas de tarifas reducidas procedentes de nueve países europeos⁸⁸.

Siete cuestiones prejudiciales dieron lugar al pronunciamiento comentado. Entre ellas, la presunta incompatibilidad alegada por IATA y ELFAA respecto del art. 6 del Reglamento mencionado⁸⁹ y los arts. 19, 22 y 29 del Convenio de Montreal, firmado por la Comunidad el 9 de diciembre de 1999, aprobado por Decisión del Consejo de 5 de abril de 2001 y cuya entrada en vigor se produjo el 28 de junio de 2004⁹⁰. Esta duda es despejada de forma muy clara por el Tribunal de Justicia, determinando que ambas disposiciones son plenamente compatibles, al entrar en juego las mismas en momentos diferentes⁹¹. En realidad, las medidas previstas en el Reglamento mejoran la protección de los intereses de los pasajeros y las condiciones en las que se les aplica el principio de reparación, por lo que no pueden ser consideradas incompatibles con el Convenio de Montreal⁹².

Los demandantes además alegaban que el Reglamento no respetaba ciertos principios que han de inspirar la legislación comunitaria (principio de seguridad jurídica, motivación, proporcionalidad y no discriminación), así como que habían existido irregularidades en el procedimiento de elaboración del mismo, concretamente en lo concerniente al papel jugado por el Comité de Conciliación. En este sentido, el Tribunal

87 Tal y como señala en su página web: <http://www.iata.org/about/> .

88 Según la información suministrada por GUERRERO LEBRÓN, M.J. (2006), “La regulación comunitaria de las situaciones de “gran retraso” en el transporte aéreo de pasajeros. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de enero de 2006 (TJCE 2006, 2)”, 17 Revista de Derecho Patrimonial, pp. 554-561, especialmente en p. 555.

89 En el que se dispone que, en caso de retraso de un vuelo, el transportista aéreo encargado de efectuar dicho vuelo debe ofrecer asistencia y atención a los pasajeros afectados.

90 Su denominación oficial es la de “Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional”.

91 El Tribunal señala que “las medidas de asistencia y atención estandarizadas e inmediatas no impiden por si mismas que los pasajeros afectados, en el caso en que el mismo retraso les cause también daños que den derecho a una indemnización, puedan ejercitar, además, las acciones de indemnización de dichos daños en las circunstancias previstas en el Convenio de Montreal”. En consecuencia, añade que “estas medidas que mejoran la protección de los intereses de los pasajeros y las condiciones en que se les aplica el principio de reparación, no pueden, por tanto, considerarse incompatibles con el Convenio de Montreal” (párrs. 47-48 de la citada sentencia).

92 Véase GUERRERO LEBRÓN, M.J. (2006: 558).

estimó que no se había producido exceso alguno en las atribuciones de dicho órgano, de conformidad con lo previsto en los tratados. El Tribunal además, concluye que “el examen de las cuestiones planteadas no ha puesto de manifiesto ningún elemento que pueda afectar a la validez de los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento” al que se ha hecho mención con anterioridad. En suma, el hecho de que las compañías aéreas se vean compelidas tras la entrada en vigor del citado Reglamento a compensar a los pasajeros –con un régimen de mayor protección al que existía con anterioridad–, posiblemente les irrogará una carga financiera suplementaria. Como señala GUERRERO LEBRÓN, en opinión que compartimos, es posible que este Reglamento “resulte efectivo no sólo para lograr la adecuada compensación de los pasajeros en los supuestos en los que sufran los perjuicios indicados (cancelaciones, grandes retrasos y overbooking), sino para influir en las propias políticas comerciales de los operadores aéreos, por ejemplo, disuadiéndolos de recurrir al overbooking de manera abusiva, incentivándolos para que en caso de cancelaciones los pasajeros sean informados con mayor antelación, etcétera”⁹³.

El asunto anteriormente comentado ha sido seguido por casos recientes relacionados todos ellos con la interpretación de distintos preceptos del mismo Reglamento, entre otros, por ejemplo, el concepto de “vuelo” que como tal no aparece definido en dicha norma, pero para cuya interpretación se ha debido acudir a su art. 3, en sus apartados a) y b)⁹⁴.

Otra cuestión interpretativa que ha suscitado dudas es la relativa a la distinción entre “cancelación” y “retraso” en los vuelos. El 19 de noviembre de 2009, el Tribunal de Justicia resolvía dos asuntos acumulados⁹⁵ en los que las peticiones de decisión prejudicial tenían como punto de mira los arts. 2, letra l, 5, 6 y 7 del Reglamento al que hemos hecho alusión con anterioridad. En ambos casos, la sentencia dilucida la cuestión de la negativa de dos compañías aéreas a compensar a unos pasajeros cuyo traslado al aeropuerto de destino se efectuó con retrasos de 22 horas y 25 horas, sobre la hora de llegada prevista. El razonamiento del Tribunal a la hora de interpretar las disposiciones

93 Véase GUERRERO LEBRÓN, M.J. (2006: 561).

94 Cuestión ésta dilucidada en el asunto Emirates Airlines-Direktion für Deutschland y Diether Schenkel, en su sentencia de 10 de julio de 2008, en la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Alemania). En el mencionado asunto se pretendía por parte del sr. Schenkel la aplicación del art. 3.1 a), en el que se dice: “El presente Reglamento será aplicable: a) a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado [CE]; b) a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en un tercer país con destino a otro situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado, a menos que disfruten de beneficios o compensación y de asistencia en ese tercer país, cuando el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo en cuestión sea un transportista comunitario”.

95 Asuntos *Christopher, Gabriel y Alana Sturgeon contra Condor Flugdienst GmbH (C-402/07)* y *Stefan Böck y Cornelia Lepuschitz contra Air France S.A. (C-432/07)*.

del Reglamento hace referencia a que “debe tenerse en cuenta no sólo el tenor de la disposición, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte” (par. 41). Para ello, tiene muy presente el objetivo perseguido por el citado Reglamento, especialmente el estipulado en el segundo de los considerandos del mismo, consistente en “garantizar un nivel elevado de protección de los pasajeros aéreos con independencia de que se les haya denegado el embarque o se haya cancelado o retrasado su vuelo, puesto que todos se ven confrontados a similares trastornos y molestias graves en relación con el transporte aéreo” (par. 44). De esta manera, el Tribunal, al interpretar ampliamente las disposiciones que conceden derechos a los pasajeros, “entre las que se encuentran las que confieren un derecho a compensación”, sigue una senda ya trazada en sentencias relativamente recientes en las que se plantea la interpretación restrictiva que ha de dársele a las disposiciones que constituyan una excepción a las normas de protección de los consumidores⁹⁶.

El Tribunal se fundamenta en el principio de igualdad de trato, “que exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se traten de manera idéntica situaciones distintas, a no ser que este trato esté objetivamente justificado” (par. 48). En línea directa con dicha argumentación, “procede declarar que los pasajeros cuyo vuelo ha sido objeto de cancelación y aquellos cuyo vuelo se ha retrasado sufren un perjuicio análogo que se materializa en una pérdida de tiempo, de tal modo que se encuentran en situaciones comparables a efectos de la aplicación del derecho a compensación previsto en el artículo 7 del Reglamento nº 261/2004. El Tribunal llega, por tanto, a la conclusión de que se adquiere un derecho a compensación tanto en caso de cancelación como de retraso en los vuelos cuando los pasajeros soportan una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas con respecto a la duración inicialmente prevista por el transportista (par. 57). De manera contundente, lo expresa así el párrafo 60 de esta decisión:

“Dado que los perjuicios que sufren los pasajeros aéreos en caso de cancelación o de gran retraso de los vuelos son análogos, no se puede, so pena de menoscabar el principio

96 Véase por ejemplo la sentencia de 22 de diciembre de 2008, asunto C-549/07, *Friederike Wallentin-Hermann contra Alitalia-Linee Aeree Italiane SPA*. En este caso, el problema que se planteó es si una compleja avería del motor que afectaba a una turbina que provocó la cancelación del vuelo podría considerarse una “circunstancia extraordinaria” de la que se derivase la exoneración del pago de una indemnización. A juicio del Tribunal, “el artículo 5, apartado 3, del Reglamento nº 261/2004 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “circunstancias extraordinarias” utilizado en dicha disposición no se aplica a un problema técnico surgido en una aeronave que provoqué la cancelación de un vuelo, a menos que este problema se derive de acontecimientos que, por su naturaleza o por su origen, no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo de que se trate y escapen al control efectivo de dicho transportista” (par. 34 de la sentencia citada). Asimismo, continuando con esta línea de interpretación restrictiva, el par. 43 de la sentencia determina que “el hecho de que un transportista aéreo haya respetado las normas mínimas de mantenimiento de una aeronave no basta por sí solo para acreditar que dicho transportista adoptó “todas las medidas razonables” con arreglo al artículo 5, apartado 3, del Reglamento nº 261/2004 y para exonerar, por tanto, a dicho transportista de la obligación de indemnizar que le imponen los artículos 5, apartado 1, letra c), y 7, apartado 1, de dicho Reglamento”.

de igualdad de trato, tratar de manera diferente a los pasajeros de los vuelos retrasados y a los pasajeros de los vuelos cancelados. Así lo exige, a fortiori, el objetivo perseguido por el Reglamento nº 261/2004, que consiste en ampliar la protección de todos los pasajeros aéreos”.

A pesar de todo, lo anteriormente señalado no tiene carácter absoluto, dado que “este retraso no da derecho a compensación a los pasajeros si el transportista aéreo puede probar que el gran retraso producido se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables, es decir, circunstancias que escapan al control efectivo del transportista aéreo” (par. 70). La determinación de qué ha de entenderse como “circunstancias extraordinarias” conforme a dicha disposición se había aclarado previamente por el Tribunal en la sentencia Wallentin-Hermann⁹⁷.

Cabe citar igualmente, esta vez en relación con el concepto de daño plasmado en el Convenio de Montreal, la reciente sentencia de 6 de mayo de 2010, que contempla como tales los daños materiales y morales⁹⁸.

IV Conclusiones

Resulta llamativo que en el ámbito de la Unión Europea, a pesar de la relevancia que ocupa el sector turístico en sus múltiples vertientes, especialmente en lo que respecta a su potencial económico, aunque no sólo a él, aún no se puede hablar de la existencia de una política turística como tal. Este hecho se desprende claramente, tanto del texto de los tratados fundacionales como de las sucesivas reformas que los mismos han ido sufriendo. Sin embargo, a pesar de dicha realidad, un cúmulo de normas, la mayoría de las cuales se encuentran vinculadas al ámbito de la política de protección de los consumidores y usuarios, intentan desde hace décadas velar porque los derechos de los consumidores en general, y de los turistas en particular, cuando nos desenvolvemos en

97 Sentencia de 22 de diciembre de 2008 (asunto C-549/07), Friederike Wallentin-Hermann contra Alitalia-Línea Aerea Italiana Spa. En los párrafos 24-26 de la citada sentencia, el Tribunal llega a la conclusión de que “La resolución de los problemas técnicos provocados por fallos de mantenimiento de los aparatos debe considerarse inherente al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo. Por consiguiente, los problemas técnicos detectados con ocasión del mantenimiento de las aeronaves, o a causa de fallos en dicho mantenimiento no pueden constituir, como tales, “circunstancias extraordinarias” en el sentido comentado. Ahora bien, el Tribunal añade que “Sin embargo, no cabe excluir la posibilidad de que ciertos problemas técnicos constituyan “circunstancias extraordinarias” (...) en la medida en que se deriven de acontecimientos que no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo de que se trate y escapen al control efectivo de dicho transportista”. El Tribunal cita ejemplos posibles de ello como que el fabricante informe de un defecto de fabricación oculto que afecte a la seguridad en los vuelos, o cuando estemos en presencia de daños causados a las aeronaves por actos de sabotaje o de terrorismo.

98 Asunto C-63/09 (Axel Walz contra Clickair S.A.).

este ámbito concreto, sean respetados. Pero nuestro análisis se quedaría prácticamente en nada si ese estudio no estuviese complementado, además de con una visión panorámica de las normas que circundan esta materia, con el tratamiento jurisprudencial que de las mismas ha realizado el Tribunal de Justicia. Su labor interpretativa ha incidido de manera muy relevante en este ámbito del turismo, aclarando e inclusive interpretando de manera muy avanzada numerosas dudas que las disposiciones comunitarias provocan en los tribunales nacionales. Ello explica el enorme número de cuestiones prejudiciales que han permitido al Tribunal de Luxemburgo ofrecer respuestas la mayoría de las ocasiones muy avanzadas a las cuestiones que le han sido sometidas. Esta labor del Tribunal se ha centrado frecuentemente en normas de derecho derivado, en su mayoría directivas, aunque ha habido también algún Reglamento en el que el Tribunal de Luxemburgo ha fijado su atención de manera especial, como ha sucedido en el ámbito del transporte aéreo, de forma particular. Ahora bien, las propias disposiciones de los tratados han salido también a colación, especialmente en ámbitos relativamente novedosos, tales como el sector de la sanidad, y su vinculación con el turismo, si bien de forma indirecta. Debe ponerse de relieve que en las páginas anteriores se ha tratado de ofrecer una visión amplia del turismo y sus repercusiones, en lo que al tratamiento jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia se refiere, pero sin que ello implique que se hayan podido contemplar de forma exhaustiva y con la extensión merecida todos y cada uno de dichos pronunciamientos que inciden de alguna forma en este sector⁹⁹. Se trata meramente de una aproximación, indiciaria si se quiere, a los casos considerados más emblemáticos, o que abren una nueva senda por su originalidad, en el tratamiento de una cuestión que se revela, aún, insondable.

V Bibliografía

BENAVIDES VELASCO, P. (2006a): “Revisión de la Directiva sobre tiempo compartido”, Estudios sobre consumo, nº 79, pp. 47-57.

BENAVIDES VELASCO, P. (2007b): “La propuesta de Directiva sobre protección de los consumidores de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y su incidencia en el ordenamiento jurídico español”, Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 31, pp. 313-340.

99 De hecho, pueden existir ciertos ámbitos conexos que no se han contemplado aquí, y que guardan cierta relación con el turismo; por ejemplo, las cuestiones relacionadas con competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y comercial (asunto C-241/83, asunto C-280/90); las cuestiones vinculadas a establecimientos hoteleros en relación con la protección de los derechos de autor (asunto C-306/05); o las cuestiones relacionadas con alquiler de vehículos (asunto C-336/03). A este respecto, un análisis de los mismos, así como de diversos asuntos comentados en las líneas anteriores pueden verse en GUYOT, C. y LANOTTE, A., “Chronique de jurisprudence européenne en droit du tourisme”, documento accesible en <http://www.tourismlaw.eu/documents/library/chronique.pdf>.

CANTARERO MARTÍNEZ, J. (2003): “Hacia la libre circulación de pacientes en el ámbito de la Unión Europea (a propósito de las sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1998 y de 12 de julio de 2001)”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 221, pp. 83-98.

CERVELL HORTAL, M.J. (2009): “Libre circulación de pacientes en la Unión Europea: ¿Desideratum o realidad?”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18.

CORDONES RAMÍREZ, M. (2000): “Ámbito de aplicación de la normativa de viajes combinados: viajes combinados ofertados a precios reducidos (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de junio de 1999)”, *Derecho y Turismo. III Jornadas de Derecho Turístico*, Málaga, pp. 211-216.

D’ACUNTO, S. (2007) : “Directive Services (2006/123/CE): Radiographie juridique en dix points”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, pp. 261-327.

FARAMIÑÁN GILBERT, J.M. (2009): “El Tratado de Lisboa: un juego de espejos rotos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 17, 18 pp.

FERRER TAPIA, B. (2005): “Aproximación al nuevo régimen del overbooking y otros incumplimientos del transportista aéreo”, *Estudios sobre consumo*, nº 75, pp. 31-48.

FURET, M.D. (2005): “Les conséquences en termes de santé publique des arrêts Khol et Decker sur la construction de l’Europe de la santé”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, nº 487, pp. 253-262.

GARCÍA CALVENTE, Y. (2004a): “La modificación del régimen especial de las agencias de viaje. Comentario a la Propuesta del Consejo por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, vol. III, pp. 319-331.

GARCÍA CALVENTE, Y. (2007b): *Aspectos tributarios del turismo residencial*, ed. Bosch, Barcelona.

GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C. (2003): “¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 47, pp. 47-97.

GÓMEZ DE LA CRUZ TALEGÓN, C. (1999): “Normativa comunitaria en materia turística y su aplicación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *Derecho y Turismo: I y II Jornadas de Derecho Turístico*, A. AURIOLES MARTÍN (coord.), Málaga, pp. 39-53.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L. (2006): “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas confirma la validez del Reglamento nº 261/2004 (compensación en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de un vuelo)”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 243, pp. 3-17.

GRAU PINEDA, M.M. (1999): “La incidencia de las sentencias Decker y Khol sobre el reembolso de los gastos médicos producidos en otro Estado miembro en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, nº 4, pp. 151-173.

GUERRERO LEBRÓN, M.J. (2006): “La regulación comunitaria de las situaciones de

“gran retraso” en el transporte aéreo de pasajeros. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de enero de 2006 (TJCE 2006, 2)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 17, pp. 554-561

GUYOT, C. y DYSON, H. (2004): “Review of European Union Case Law in the Field of Tourism”, *International Travel Law Journal*, pp. 206-209.

GUYOT, C. y LANOTTE, A. (2007), “Chronique de jurisprudence européenne en droit du tourisme”, accesible en <http://www.tourismlaw.eu/documents/library/chronique.pdf> .

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007): *Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios*, 3ª ed. rev., Madrid.

LETE ACHIRICA, J. (2009): “La propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores: “Nihil novum sub sole?””, en *Estudios Jurídicos en Memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, García Rubio, M.P. (coord.), Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, pp. 493-512.

LIROLA DELGADO, I. (1988): “Reflexiones en torno a una política comunitaria del turismo”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 15, pp. 807-820.

LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. (2006): “La protección de la salud pública en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 11, pp. 95-116.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.) (2008): *El Tratado de Lisboa. Salida de la Crisis Constitucional*, ed. Iustel, Madrid.

MARTÍNEZ MERCADER, J. (2009): “Los acuerdos bilaterales entre la Confederación Helvética y la Unión Europea: su incidencia en las relaciones hispano-suizas”, *Real Instituto Elcano*, ARI nº 142/2009, de 8 de octubre de 2009.

McDONALD, M. *et al.* (2003): *European Community Tourism Law and Policy*, Dublín.

PY, P. (2002): *Le tourisme. Un phénomène économique*, La Documentation Française, París, 5ª ed.

MUNAR BERNAT, P.A.(1999): “Sobre la aplicabilidad de la directiva 85/577/CE, de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, a un contrato de multipropiedad. (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1999)”, *Derecho Privado y Constitución* (enero-diciembre 1999), nº 13, pp. 235-272.

MUÑOZ MACHADO, S. (2009): “Ilusiones y conflictos derivados de la directiva de servicios”, *Iustel, Revista General de Derecho Administrativo*, nº 21.

PÉREZ GONZÁLEZ, M.C. (1997): “Sobre la responsabilidad del Estado frente a los particulares por la no transposición de las Directivas comunitarias (Comentario a la Sen-

tencia del TJCE de 8 de octubre de 1996. Asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94. Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, y Werner, Ursula y Torsten Knor v. Bundesrepublik Deutschland)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 1, pp. 261-274.

RAMÍREZ DE ARELLANO, A. (2006): “La movilidad de pacientes en el contexto internacional, europeo y español”, *Economía de la Salud*, vol. 5, pp. 32-36.

ROFES I PUJOL, M.I. (2003): “Los regímenes nacionales de Seguridad Social y la libre prestación de servicios sanitarios en la Comunidad: el estado de la cuestión. Las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictadas en los asuntos Decker, Kroll, Vanbraekel y Smits y Peerbooms. El asunto Müller-Fauré”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 222, pp. 65-75.

SCHOCKWEILER, F. (1993) : “Effets des directives non transposées en droit national à l’égard des particuliers”, *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Estudios en Homenaje al profesor D. Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, especialmente pp. 1203-1204.

SOBRINO HEREDIA, J.M. (2009): “El Tratado de Lisboa o la capacidad de Europa para reinventarse constantemente”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 19, 16 pp.

SVANTESSON, D.J.B. (2008): “From the Airport to the Surgery to the Courtroom-Private International Law and Medical Tourism”, *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 34, nº2, pp. 265-276.

TORRES CAZORLA, M.I. (2009): “Una aproximación a las directivas comunitarias, los problemas jurídicos que plantean y su incidencia en el ámbito de la propiedad intelectual”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Segunda edición, J.M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), Thomson-Civitas, Pamplona, pp. 27-54.

TORRES CAZORLA, M.I. y BENAVIDES VELASCO (2010): “La incidencia de la normativa comunitaria materia turística en el ordenamiento jurídico español”, en C.F. MOLINA DEL POZO, (coord.), *Veinticinco años de impacto del Derecho comunitario en el Derecho español*, ed. Liceus, Madrid, pp. 535-553.

TORRES LANA, J.A., *et al.* (2003): *La protección del turista como consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia.