

INFORME CDC

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COMERCIO Y CONSUMO, POR LA QUE SE MODIFICA EL HORARIO DIURNO EN QUE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SUMINISTRO AL POR MENOR Y VENTA AL PÚBLICO DE CARBURANTES Y COMBUSTIBLES, DEBERÁN DISPONER DE UNA PERSONA RESPONSABLE DE LOS SERVICIOS QUE SE PRESTAN MIENTRAS ESTÉN ABIERTOS

D. Francisco González Castilla, Presidente

Dña. María José Vañó Vañó, Vocal

Dña. María Estrella Solernou Sanz, Vocal

En Valencia, a veintitrés de enero de dos mil diecisiete

La Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana (CDC), con la composición arriba expresada y siendo Ponente su Presidente, D. Francisco González Castilla, ha emitido el presente informe relativo al *Proyecto de resolución de la Dirección General de Comercio y Consumo, por la que se modifica el horario diurno en que los establecimientos de suministro al por menor y venta al público de carburantes y combustibles deberán disponer de una persona responsable de los servicios que se prestan mientras estén abiertos*

SUMARIO

1. ANTECEDENTES Y OBJETIVO GENERAL DE ESTE INFORME..... 3
2. LOS RETOS DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA ANTE LA DISRUPCIÓN



TECNOLÓGICA	5
3. LAS GASOLINERAS DESATENDIDAS COMO ELEMENTO DINAMIZADOR DEL MERCADO DE DISTRIBUCIÓN DE CARBURANTES	7
4. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y REGLAMENTACIÓN VIGENTE DE LA DISTRIBUCIÓN AL POR MENOR DE CARBURANTES EN LA COMUNITAT VALENCIANA.....	10
5. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL PROYECTO DE RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COMERCIO Y CONSUMO, POR LA QUE SE MODIFICA EL HORARIO DIURNO EN QUE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SUMINISTRO AL POR MENOR Y VENTA AL PÚBLICO DE CARBURANTES Y COMBUSTIBLES DEBERÁN DISPONER DE UNA PERSONA RESPONSABLE DE LOS SERVICIOS QUE SE PRESTAN MIENTRAS ESTÉN ABIERTOS	14
5.1. ESTRUCTURA GENERAL Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE RESOLUCIÓN	14
5.2. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE DISTRIBUCIÓN AL POR MENOR Y VENTA AL PÚBLICO DE CARBURANTES Y COMBUSTIBLES Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	16
5.3. EL NECESARIO RESPETO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE EMPRESA	18
5.4. SOBRE EL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE SERVICIO ATENDIDO EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE SUMINISTRO AL POR MENOR Y VENTA AL PÚBLICO DE CARBURANTES Y COMBUSTIBLES Y SU MARCO TEMPORAL	20
5.4.1. SOBRE LA DETERMINACIÓN GENERAL DEL HORARIO DIURNO Y SUS EXCEPCIONES.....	22
5.4.2. SOBRE LA OBLIGACIÓN GENERAL DE DISPONER DE UNA PERSONA RESPONSABLE DE LOS SERVICIOS QUE SE PRESTAN EN LAS ESTACIONES DE SERVICIO	26
5.5. BREVE REFERENCIA AL CONSELL VALENCIÀ D'ESTACIONS DE SERVEI	31
6. CONCLUSIONES.....	33
6.1. CUESTIONES PRELIMINARES.....	33
6.1.1. SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA LIBRE COMPETENCIA COMO PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA GENERAL.....	33
6.1.2. SOBRE LAS GASOLINERAS DESATENDIDAS COMO ELEMENTO DINAMIZADOR DEL MERCADO DE DISTRIBUCIÓN DE CARBURANTES AL POR MENOR.....	34
6.2. SOBRE LOS LÍMITES DERIVADOS DEL RESPETO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	35
6.3. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL HORARIO DIURNO Y LA POSIBLE AUTORIZACIÓN DE UN RÉGIMEN EXCEPCIONAL.....	37
6.4. SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DEL SERVICIO ATENDIDO EN LAS ESTACIONES DE SERVICIO Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	38
6.5. SOBRE LA CREACIÓN DEL CONSELL VALENCIÀ D'ESTACIONS DE SERVEI	39
6.6. SOBRE LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR EL ESTABLECIMIENTO DE BARRERAS INJUSTIFICADAS A LA LIBERTAD DE EMPRESA DESARROLLADA EN EL MARCO DE LA NORMATIVA DE HIDROCARBUROS	40



1. ANTECEDENTES Y OBJETIVO GENERAL DE ESTE INFORME

1. El Decreto 50/2012 configura a la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana (CDC) como el órgano encargado *«de preservar el funcionamiento competitivo de los mercados autonómicos valencianos y garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mismos, protegiéndola mediante el ejercicio de las funciones de resolución, arbitraje y promoción que su reglamento le atribuye expresamente»*.

Dentro de su actividad de promoción de la competencia, la CDC no solo realiza análisis y estudios de mercado, sino que también puede evaluar el impacto competitivo de las normas y disposiciones reglamentarias que puedan dictar tanto las Cortes como el Gobierno valenciano. Así el Decreto 50/2012 se refiere a la *función consultiva en materia de competencia y de promoción y estudios de investigación en la materia* (art. 1.3 c) Decreto 50/2012), así como la de *acordar la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos de las Administraciones públicas valencianas sujetos al Derecho administrativo y las disposiciones generales de rango inferior a la Ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados*.

En el marco de esta función consultiva se inscribe el presente informe, dictado a petición de la Dirección General de Comercio y Consumo de la Conselleria de Economía Sostenible, sectores productivos, comercio y trabajo, elevada mediante nota interna de 4 de noviembre de 2016.

En la sesión de esta Comisión celebrada el 9 de noviembre de 2016 se dio acuse de recibo de dicha petición y, previa declaración de urgencia al no estar comprendido en el orden del día, su estudio y ponencia fue asignado, por turno de reparto a su Presidente, Francisco González Castilla.

2. El proyecto de Resolución elevado por la Dirección General modifica la Resolución del mismo órgano y sobre la misma materia de 28 de abril de 2016 (DOCV núm. 7801, de 9 de junio). En este sentido, aunque nos centraremos en el análisis del nuevo texto proyectado, deberemos partir del régimen vigente contenido en la citada Resolución



que establece actualmente los extremos del horario diurno en que los establecimientos de suministro deberán disponer de una persona responsable de los servicios que se prestan y en qué condiciones, en desarrollo de la disposición adicional segunda de la Ley 1/2011, de 22 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana.

3. En lo que respecta al marco jurídico en el que se inscribe este informe, debe advertirse que nuestro objetivo como autoridad de competencia no puede ser sino la evaluación de la propuesta de la Dirección General de Comercio y Consumo en la medida en que pueda afectar directa o indirectamente al funcionamiento competitivo del mercado de distribución de carburantes (esto es, a la luz de los principios de regulación eficiente y defensa de la competencia) con el objetivo de coadyuvar a una mejora de la calidad de la regulación y promover unas mejores condiciones de competencia que redunden en beneficio de los consumidores de carburantes al por menor en el territorio de la Comunitat Valenciana. En este sentido quedarán fuera de nuestra atención otros aspectos de la regulación proyectada como pudieran ser los laborales, los de conflicto de competencias o los relativos al cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de legalidad en el desarrollo de la potestad reglamentaria.

Creemos también importante destacar que, *aunque el texto analizado declare que su objetivo es garantizar los derechos de los consumidores y usuarios de las estaciones de servicio, estamos claramente ante una reglamentación que afecta a la libertad de empresa al establecer nuevas condiciones y requisitos que deberán cumplir todos los titulares de establecimientos de suministro de carburantes. Estas condiciones tienen especial transcendencia en cuanto pueden incidir en un concreto modelo de negocio de distribución de carburantes –el de las gasolineras desatendidas o automáticas– y por ello nuestro informe se centrará especialmente en los efectos restrictivos que puede tener la reglamentación proyectada para el desarrollo de esos nuevos operadores.*

En definitiva, el hilo conductor de este informe es abordar el análisis jurídico de la disposición reglamentaria proyectada y pronunciarse sobre si respeta –en opinión de esta Comisión– los principios de necesidad y proporcionalidad en el establecimiento



del sistema obligatorio de atención al usuario de las estaciones de servicio o si, por el contrario, establece condiciones que pueden actuar como una barrera injustificada a la competencia y al principio de libre empresa¹.

4. Este informe, como es propio de su función consultiva, tiene el carácter de facultativo y no vinculante para el órgano que formula la consulta.

2. LOS RETOS DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA ANTE LA DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA

5. Es evidente que la digitalización de la economía no sólo ha generado *nuevos bienes o servicios* sino que está cambiando de raíz los equilibrios existentes en mercados tradicionales o consolidados. Ante esta situación de continua *disrupción tecnológica* las empresas con poder de mercado incurren con frecuencia en lo que podríamos denominar «*tentación negacionista de la innovación*» y pretenden mantener el *statu quo* con iniciativas frecuentemente anticompetitivas, en lugar de utilizar las propias ventajas de su posición para adaptarse al cambio.

En lo que a este informe interesa, llama la atención que esta actitud suele acompañarse de peticiones directas o indirectas a la Administración para que «*discipline*», «*ordene*» o «*reglamente*» el sector de que se trate –es de presumir que en beneficio último de los operadores tradicionales cuya posición se ve amenazada–. La experiencia reciente nos muestra que en cuanto aparece un nuevo elemento competitivo que

¹ Entre los estudios e informes recientes sobre la distribución de hidrocarburos en España, cabe destacar el elaborado por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) el pasado 28 de julio de 2016 («*PRO/CNMC/002/16 Propuesta referente a la regulación del mercado de distribución de carburantes de automoción a través de estaciones de servicio desatendidas*»). En dicho documento la CNMC efectúa un detallado análisis tanto del mercado minorista de distribución de carburantes de automoción en nuestro país como de la normativa aplicable a las «gasolineras automáticas», y evidencia determinadas restricciones a la implantación de este nuevo formato de distribución. El informe realiza también una serie de recomendaciones generales a los reguladores con competencias sobre este sector que, como veremos, pueden ser muy oportunas en esta sede.



amenaza el equilibrio de mercado surgen las apelaciones a la *urgente necesidad* de que el sector se *ordene* por exigencias del *interés general*, *la economía*, *los trabajadores de dichas empresas o, directamente, la seguridad de los consumidores y usuarios* de los bienes o servicios afectados.

6. Sin embargo, debe recordarse no solo que la innovación tecnológica es fuente de oportunidades y crecimiento económico, sino que la Administración se debe al bienestar de los ciudadanos. Y ese bienestar, en el ámbito de la *reglamentación del mercado*, debería orientarse a *procurar unos mercados competitivos que garanticen unos bienes y servicios de calidad al mejor precio*. Desde este punto de vista, cualquier regulación o intervención administrativa en un determinado sector debería respetar los principios de regulación económica eficiente y no establecer barreras de acceso al mercado que no se justifiquen por la existencia de un fallo del mercado o una razón imperiosa de interés general, este es el mandato legal del artículo 5 Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado y la actuación que se alinea mejor con el interés de los ciudadanos.

En los últimos años hemos asistido a esos cambios y tensiones prácticamente en todos los sectores de nuestra economía, desde las agencias de viaje hasta la prestación de servicios bancarios, desde el consumo de bienes de carácter cultural (libros, cine, música) hasta el transporte urbano o interurbano: es indudable que el modo en el que compramos y consumimos, el modo en el que viajamos o nos movemos en la ciudad se ha transformado para siempre. También es verdad que cada innovación supone un nuevo reto para las empresas que se ven obligadas a mejorar y adaptar los bienes y servicios que prestan, y que esos cambios generan y seguirán generando «*ganadores*» y «*perdedores*» en el mercado, pero ante una realidad de innovación tecnológica y cambios acelerados la Administración debería ser más cuidadosa si cabe con los principios de regulación eficiente, evitando que la introducción de reglamentaciones con la excusa de *ordenar lo nuevo* supongan el establecimiento de límites y barreras de entrada a los nuevos bienes, servicios y operadores, o la expulsión injustificada de los establecidos.

7. Estas reflexiones son oportunas porque a pesar de que la habilitación de la Resolución de la Dirección General de Comercio y Consumo procede del mandato legal de



protección de los consumidores y usuarios, y de que su contenido y preámbulo se refiere esencialmente a la protección de las personas con discapacidad, no nos enfrentamos ante una simple «norma de consumo»: estamos ante una reglamentación que pretende «ordenar» un sector o mercado –la distribución al por menor de carburantes– *incidiendo en un elemento* –la atención del personal del operador al usuario– *que ha resultado alterado por una innovación tecnológica que ha alcanzado su punto de madurez* –las estaciones de servicio automatizadas–.

En este orden de ideas, aunque compartimos *el objetivo del Proyecto de Resolución de salvaguardar los intereses de los consumidores y usuarios necesitados de especial protección*, creemos que esa protección *es perfectamente compatible con la introducción de nuevos modelos de negocio en el mercado de distribución de carburantes, como son las estaciones desatendidas, que siempre que respeten el principio de accesibilidad universal* (mediante eliminación de barreras arquitectónicas, garantizando sistemas de aprovisionamiento y pago accesibles para los usuarios con discapacidad, etc.) *no deberían ser obligadas a prescindir precisamente del elemento que las caracteriza que es el servicio automático sin presencia física* de un operador en el proceso de suministro (lo que no es lógicamente incompatible con la asistencia telemática o a distancia).

3. LAS GASOLINERAS DESATENDIDAS COMO ELEMENTO DINAMIZADOR DEL MERCADO DE DISTRIBUCIÓN DE CARBURANTES

8. El sector de los carburantes de automoción en España soporta una *situación estructural de falta de competencia en rasgos generales*². Es cierto que en lo que se

² Pueden consultarse el Informe sobre la Competencia en el Sector de Carburantes de Automoción (2009), Informe de seguimiento del Informe de Carburantes para Automoción de la CNC (2011), Informe de seguimiento del mercado de distribución de carburantes de automoción en España (2012), e Informe sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España (2012), y el más reciente informe de la CNMC, E/CNMC/002. Estudio sobre el mercado mayorista de carburantes de automoción en España (2015).



refiere al mercado minorista de distribución de carburantes el marco normativo mejoró sustancialmente con el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, puesto que eliminó diversas barreras a la apertura de estaciones de servicio y fomentó la entrada de nuevos operadores (piénsese en los puntos de suministro en centro comerciales, polígonos industriales, establecimientos de inspección técnica de vehículos, etc.), pero la situación de partida es claramente de déficit de competencia efectiva.

9. En este contexto los avances tecnológicos han hecho proliferar un «nuevo» modelo de estación de servicio que se caracteriza porque no cuenta con personal físico en las instalaciones: las estaciones de servicio desatendidas o automáticas. Aunque en realidad la novedad es relativa en la medida en que en España han sido tradicionales los puntos de suministro desatendidos en las cooperativas agrarias.

10. Debemos empezar situando este modelo de gasolineras desatendidas en el marco de la evolución de la automoción. En este sentido, todos los análisis inciden en que el desarrollo tecnológico determinará una *doble revolución*: el desarrollo de vehículos de conducción autónoma, y la progresiva sustitución de los combustibles fósiles por la energía eléctrica. Ambos cambios tecnológicos provocarán en el medio plazo un giro copernicano en sectores tan relevantes como el de la fabricación y distribución de vehículos, el asegurador, el de logística y transporte por carretera o el del taxi. *Y ante estos cambios disruptivos en el mercado, el sector de carburantes de automoción deberá buscar mecanismos para competir, vía precios más eficientes, variedad, calidad, proximidad e innovación.*

Como decíamos, en este marco la tecnología ha propiciado la expansión en algunos países de nuestro entorno un nuevo modelo basado surtidores o gasolineras automáticas, en las que las operaciones de suministro y pago de combustible se realizan directamente por el consumidor o usuario, sin intervención directa de personal laboral del titular del establecimiento.

11. No se puede negar que *el desarrollo de este formato de distribución al por menor es susceptible de generar importantes efectos procompetitivos en claro beneficio de*



los ciudadanos: (i) la entrada de nuevos competidores aumentaría la cantidad y variedad de los puntos de venta; (ii) supondría unos precios más competitivos a los usuarios por los menores costes operativos de dichos puntos de venta; (iii) su implantación determinaría una presión a la baja sobre los precios que ofrecen el resto de estaciones de servicio; (iv) además, como la implantación de ese modelo de gasolineras es más flexible, permitiría instalar puntos de venta en zonas rurales con poco tráfico o en lugares donde se presten otros servicios a conductores como puedan ser talleres mecánicos, centros de inspección técnica de vehículos, etc.³

Sin embargo, la implantación actual de este formato de distribución al por menor de carburante es muy limitado en nuestro país: conforme a los datos hechos públicos por la CNMC, en España operan cerca de 10.000 gasolineras o estaciones de servicio de las cuáles menos del 5% son estaciones de servicio desatendidas.

Frente a esa escasa presencia del formato de gasolineras desatendidas en nuestro mercado, a nivel europeo las estaciones de servicio automáticas son un formato consolidado en muchos países como Suecia (61,1%), Dinamarca (65,9%), Bélgica (18,6%) u Holanda (23,7%). Ello no quiere decir que el modelo sea totalmente ajeno a nuestra realidad como se puede apreciar en el entorno rural, donde el suministro desatendido es frecuente en los puntos de abastecimiento gestionados por las cooperativas agrarias, sin que consten problemas específicos técnicos, de seguridad o de atención al usuario.

Aunque el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y la creación de empleo ha supuesto un estímulo a la expansión de este tipo de operadores (véase epígrafe siguiente), en tiempos recientes se han introducido en los ordenamientos de distintas Comunidades Autónomas nuevas reglamentaciones que bajo el argumento de incrementar la seguridad, la

³ Véase en esta línea, informe PRO/CNMC/002/16 Propuesta referente a la regulación del mercado de distribución de carburantes de automoción a través de estaciones de servicio desatendidas, págs. 3-5, entre otras.



atención a las personas discapacitadas, etc. han ido establecido ciertas barreras a su desarrollo.

En relación con lo expuesto hasta ahora, nos corresponde analizar el proyecto de Resolución elevado a esta Comisión a la luz de los principios de necesidad y proporcionalidad y del resto de principios de buena regulación desde el punto de vista de la competencia. En este sentido deberá comprobarse que no existan en su caso alternativas menos restrictivas de la competencia que permitan alcanzar el objetivo de interés público perseguido con la reglamentación, en nuestro caso la protección de las personas con discapacidad, dado que en sí misma la expansión de este modelo de negocio de distribución de carburantes al por menor desatendido, tal y como hemos visto, resultaría indudablemente positiva para los consumidores y usuarios valencianos.

4. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y REGLAMENTACIÓN VIGENTE DE LA DISTRIBUCIÓN AL POR MENOR DE CARBURANTES EN LA COMUNITAT VALENCIANA

12. Resumidamente, la normativa estatal aplicable al sector de la distribución al por menor de carburantes y combustibles petrolíferos en instalaciones de venta al público, distingue tres tipos de instalaciones según la forma de suministro⁴:

⁴ Véase el Real Decreto 2201/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria MI-IP 04 «Instalaciones fijas para distribución al por menor de carburantes y combustibles petrolíferos en instalaciones de venta al público», posteriormente modificado por el Real Decreto 1523/1999, de 1 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de instalaciones petrolíferas, aprobado por Real Decreto 2085/1994, de 20 de octubre, y las instrucciones técnicas complementarias MI-IP03, aprobada por el Real Decreto 1427/1997, de 15 de septiembre, y MI-IP04, aprobada por el Real Decreto 2201/1995, de 28 de diciembre.

También es preciso atender en esta materia al Real Decreto 1905/1995, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para la distribución al por menor de carburantes y combustibles petrolíferos en instalaciones de venta al público y se desarrolla la disposición adicional primera de la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero, norma que define los conceptos de



a) *Instalación atendida*: aquella cuyo suministro lo realiza el personal de la propia instalación.

b) *Instalación desatendida*: aquella en que no existe personal afecto a la instalación y el suministro al vehículo lo realiza el propio usuario.

c) *Instalación en autoservicio*: aquella en la que la operación de llenado la realiza el cliente, pero el surtidor es activado por un operario desde el centro de control de la instalación.

13. Junto al reconocimiento de esas tres modalidades operativas, el segundo pilar de la reglamentación estatal en materia de distribución de carburantes al por menor es el principio de libertad de establecimiento que adopta el art. 43.2 Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en redacción dada por el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo).

Según este precepto *«la actividad de distribución al por menor de carburante y combustibles petrolíferos podrá ser ejercida libremente por cualquier persona física o jurídica. Dichas instalaciones deberán cumplir con los actos de control preceptivos para cada tipo de instalación, de acuerdo con las instrucciones técnicas complementarias que se establezcan, así como cumplir con el resto de la normativa vigente que en cada caso sea de aplicación, en especial la referente a metrología y metrotecnia y a la protección de los consumidores y usuarios»*, pero sin que los instrumentos de planificación territorial o urbanística puedan regular aspectos técnicos de las instalaciones o exigir una tecnología concreta.

En definitiva, y sin que nos corresponda entrar en un examen detallado de la regulación sectorial en la materia, el modelo de estaciones de servicio desatendidas cuenta con un respaldo legal claro que se ha unido a un incremento de su utilización a partir de la entrada en vigor de las medidas de liberalización del sector introducidas por el

estación de servicio y unidad de suministro.



Real Decreto ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y la creación de empleo.

14. Junto a esta normativa estatal diversas Comunidades Autónomas –como señalamos más arriba– han introducido disposiciones que afectan a la actividad de las estaciones de servicio en aquellos aspectos en los que son competentes, habitualmente estableciendo requisitos a su establecimiento o actividad en atención a la protección de la seguridad y derechos de los consumidores y usuarios.

En el caso de la Comunitat Valenciana, ha sido el artículo 81 de la Ley 10/2015, 29 diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, el que introdujo una disposición adicional segunda en la ley 1/2011, que bajo la rúbrica «*Personal en los establecimientos de distribución al por menor y venta al público de carburantes y combustibles*» señala lo siguiente:

«Con la finalidad de garantizar los derechos de los consumidores y usuarios de los colectivos del artículo 6, en todos los establecimientos de suministro al por menor y venta al público de carburantes y combustibles, mientras permanezcan abiertos y en servicio en horario diurno, deberán disponer de una persona responsable de los servicios que se prestan, con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en esta ley.

En el caso de personas con discapacidad, cuando no puedan acceder al suministro en régimen de autoservicio, serán atendidas por una persona responsable de las instalaciones.

El incumplimiento de las obligaciones contenidas en esta disposición adicional se considerará una infracción grave.

La concreción del horario diurno se hará por resolución de la dirección general competente en la materia»

Esta disposición adicional tuvo su primer desarrollo en la vigente Resolución de 28 de abril de 2016, de la Dirección General de Comercio y Consumo, por la que se establece el horario diurno en el que los establecimientos de suministro al por menor y venta al público de carburantes y combustibles, deberán disponer de una persona responsable de los servicios que se prestan mientras estén abiertos, Resolución que quedará derogada, en su caso, por el texto de la Resolución sobre la que se pronuncia este informe.



En definitiva, el punto de partida, *lege lata*, en la Comunitat Valenciana es el mandato legal contenido en el Estatuto de los Consumidores y Usuarios que resumidamente se concretaría en que:

a) *Las gasolineras en el territorio de la Comunitat Valenciana deben disponer de «una persona responsable de los servicios que se prestan» mientras estén abiertas y en horario diurno*, con la finalidad de garantizar los derechos de los consumidores y usuarios necesitados de especial protección mencionados en el art. 6 del Estatuto de los Consumidores⁵.

b) En el caso de las gasolineras en régimen de autoservicio, *cuando las personas con discapacidad no puedan acceder al suministro, deberán ser atendidas por una persona responsable de las instalaciones.*

15. Aunque no es objeto de este informe el análisis de la Ley 1/2011, de 22 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana, sin duda esta imposición del suministro atendido –en mayor o menor medida– constituye una restricción que limita la entrada de nuevos operadores y que perjudicaría a los propios consumidores especialmente si supusiera la atención *presencial* continuada, que restringiría la competencia, la innovación y resultaría en mayores precios para los usuarios.

El examen del modelo de distribución al por menor de otros países europeos demuestra que la atención presencial no es imprescindible para garantizar la seguridad del suministro y el acceso al servicio de las personas con discapacidad. Por ejemplo, en

⁵ Según el art. 6.1 Ley 1/2011, se consideran colectivos necesitados de una especial protección los que se encuentren en situación de inferioridad, subordinación, indefensión o desprotección más acusada por razón de su edad, origen o condición, y, en particular:

- a) Los niños y los adolescentes.
- b) Las personas con discapacidad.
- c) Las personas mayores.
- d) Los inmigrantes.
- e) Las personas que se encuentren desplazadas temporalmente de su residencia habitual.



relación con las razones de seguridad esgrimidas por alguna normativa autonómica el estudio de la CNMC «*PRO/CNMC/002/16 Propuesta referente a la regulación del mercado de distribución de carburantes de automoción a través de estaciones de servicio desatendidas*» demuestra cómo no son en absoluto habituales los accidentes en estaciones de servicio relacionados con el suministro de carburantes a los usuarios finales, sin que además se haya constatado que la mera presencia de personal en el establecimiento sea un elemento que mitigue el riesgo de accidentes.

16. Ahora bien, aun partiendo de ese mandato legal ineludible de la Ley valenciana – si bien criticable *de lege ferenda*– entendemos que la *concreción del horario diurno* de la que habla la Ley 1/2011 *debería materializarse por la dirección general competente en la materia del modo menos restrictivo o distorsionador del mercado*, también por imperativo legal (véase, artículo 5 Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado), *en este sentido nuestro informe tratará de analizar constructivamente el texto presentado para hacerlo compatible en la medida de lo posible con los nuevos modelos de distribución de carburantes.*

5. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL PROYECTO DE RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COMERCIO Y CONSUMO, POR LA QUE SE MODIFICA EL HORARIO DIURNO EN QUE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SUMINISTRO AL POR MENOR Y VENTA AL PÚBLICO DE CARBURANTES Y COMBUSTIBLES DEBERÁN DISPONER DE UNA PERSONA RESPONSABLE DE LOS SERVICIOS QUE SE PRESTAN MIENTRAS ESTÉN ABIERTOS

5.1. ESTRUCTURA GENERAL Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE RESOLUCIÓN

17. Tras un Preámbulo, el Proyecto de Resolución de la Dirección General de Comercio y Consumo se estructura en cuatro capítulos, una disposición adicional, una disposición derogatoria, y dos disposiciones finales.

a) El Capítulo I bajo la rúbrica «*Disposiciones generales*» contiene cuatro preceptos que constituyen el desarrollo esencial de la ya citada disposición adicional segunda



del Estatuto de los Consumidores y Usuarios. En él se determina el ámbito de aplicación de la Resolución, se fija el horario diurno de las estaciones de servicio en 16 horas entre las 06:00 y 22:00 horas –igual que la vigente Resolución de 28 de abril de 2016, apartado primero, con los matices que luego veremos– y se establecen las obligaciones de atención a los consumidores que deben cumplir las estaciones de servicio durante dicha franja horaria.

b) En el Capítulo II se regula el *procedimiento de concesión de la reducción excepcional de horario diurno*. En efecto, aunque la Resolución fija el denominado horario diurno entre las 6 y las 22 horas, el apartado 3.3 del proyecto permite que la Dirección General competente pueda autorizar con carácter excepcional una limitación de ese horario diurno a 8 horas comprendidas entre las 6:00 y 22:00. En este capítulo se regulan las circunstancias y sistema de concesión de esa posible autorización, que viene ligada básicamente al suministro de carburante en zonas rurales.

c) El capítulo III crea el *Consejo Valenciano de Estaciones de Servicio* como comisión adscrita al Observatorio del Comercio Valenciano. Dicho Consejo nace con la única función de actuar como órgano de información, consulta y asesoramiento en relación con el personal en las estaciones de servicio ex disposición adicional segunda Ley 1/2011, y estará integrado por representantes de la Administración, operadores, trabajadores y consumidores y usuarios.

d) Finalmente, el Capítulo IV determina un régimen sancionador por referencia al establecido a la Ley 1/2011, calificando como grave el incumplimiento tanto del horario diurno como de la obligación de atención por parte de una «*persona responsable de las instalaciones*» en el sentido establecido en los números 3 y 4.1 de la Resolución.

e) La Resolución se cierra con la habitual referencia a la nula incidencia económica de su desarrollo en relación con la dotación económica de la Conselleria competente en materia de consumo (disposición adicional única); la derogación de la Resolución de 28 de abril de 2016 (disposición derogatoria); y la declaración de su entrada en vigor a los diez días de su publicación en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana.

18. En rasgos generales *la Resolución proyectada amplía y matiza la vigente de 28*



de abril de 2016, pero su núcleo esencial sigue siendo el establecimiento de la obligación de que las estaciones de servicio dispongan de «una persona responsable de los servicios que se prestan» durante el llamado horario diurno (por regla general entre las 6 y las 22 horas).

Es evidente que esta previsión supone *a priori* un condicionante a la libertad de empresa y puede tener el efecto de impedir el adecuado desarrollo de las denominadas gasolineras automáticas o desatendidas cuya expansión, como hemos señalado, supondría un beneficioso elemento procompetitivo en el mercado de distribución de carburantes aguas abajo. *No obstante el texto proyectado introduce un importante matiz que, como vamos a ver, haría más compatible su contenido con las peculiaridades de las gasolineras desatendidas siempre y cuando se interpretara de la forma procompetitiva que indicaremos.*

5.2. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE DISTRIBUCIÓN AL POR MENOR Y VENTA AL PÚBLICO DE CARBURANTES Y COMBUSTIBLES Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

19. El proyecto de Resolución señala, como venimos indicando, que *estamos ante el desarrollo de la previsión contenida la mencionada disposición adicional segunda de la Ley 1/2011, de 22 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores (véase preámbulo y disposición 1ª).*

A estos efectos, debe recordarse que la Ley 1/2011, en su disposición final segunda, *habilita al Consell para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación de la misma.* Es verdad que, al mismo tiempo, en la tan mencionada disposición adicional segunda se establece que *«la concreción del horario diurno se hará por resolución de la dirección general competente en la materia»*, pero entendemos que esa delegación para concretar el horario diurno no puede ser interpretada en sentido amplio y alcanzar al desarrollo articulado de una previsión legal.

20. Por otra parte, y además de que esa habilitación para el desarrollo de lo previsto en la ley queda circunscrita a la concreción de dicho horario diurno, *puede plantear*



dudas la amplitud del contenido del proyecto analizado a la luz del principio de legalidad, en la medida en que parece inapropiado que el completo desarrollo reglamentario de una previsión legal se contenga en un acto administrativo como en principio es la Resolución de la Dirección General de Comercio y Consumo.

Señala, sin embargo, el Preámbulo a este respecto que:

«Esta resolución se ha tramitado conforme a lo previsto en el Decreto 24/2009, de 13 de febrero, del Consell, sobre la forma, la estructura y el procedimiento de elaboración de los proyectos normativos de la Generalitat, por considerar que la resolución desarrolla la Ley 1/2011, de 22 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana, y que la Dirección General de Comercio y Consumo la dicta en virtud de un mandato de Les Corts Valencianes que determina su competencia y el tipo de norma mediante la cual hay que llevarla a término. La resolución, por razón de su contenido, se integra en el ordenamiento jurídico, lo innova con carácter general y es susceptible de sucesivas aplicaciones sin agotar la eficacia»

Ciertamente no corresponde a esta Comisión de Defensa de la Competencia, sino en su caso a la jurisdicción contencioso-administrativa, pronunciarse sobre la legitimidad de que estas obligaciones de los establecimientos de suministro de carburantes y su propio régimen jurídico vayan a ser determinadas por medio de una Resolución de la Dirección General de Comercio y Consumo, conforme al citado principio de jerarquía normativa y a las exigencias propias del ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero en todo caso no parece la mejor técnica legislativa que un acto administrativo de la Dirección General de Comercio tenga un contenido normativo de alcance general.

A este respecto, la referencia en el preámbulo a que esta «resolución, por razón de su contenido, se integra en el ordenamiento jurídico, lo innova con carácter general y es susceptible de sucesivas aplicaciones sin agotar la eficacia» *no puede obviamente sanar el hecho de que las direcciones generales no tienen atribuida la potestad reglamentaria conforme a nuestro ordenamiento jurídico*⁶.

⁶ Conclusión mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la atribución de la potestad reglamentaria en nuestro ordenamiento jurídico. Véanse a este respecto, arts. 21, 51 y 53 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y arts. 31, 32 y 38 Ley 5/1983, de 30 de diciembre, del Consell.



Es verdad, como decíamos, que existe una específica habilitación legal en lo que respecta a la determinación del horario diurno de las estaciones de servicio, pero el proyecto de resolución comprende las obligaciones del personal de la gasolinera frente a los usuarios, la posible concesión de la reducción excepcional del horario diurno, la creación del Consell Valencià d'Estacions de Servei, e incluso el régimen de sanciones por incumplimiento. Parece a todas luces un contenido no cubierto por el tenor de la disposición adicional segunda de la Ley 1/2011. Aunque es verdad que es propio de la actuación de la Dirección General garantizar la protección efectiva de los derechos de los consumidores y usuarios mediante la adopción de las medidas administrativas que estime oportunas, y también es cierto que el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana le habilita a la concreción de lo previsto sobre la atención a los consumidores pertenecientes a colectivos necesitados de especial protección, esta Comisión considera en definitiva que dichas prescripciones difícilmente pueden amparar tan amplio contenido regulador.

5.3. EL NECESARIO RESPETO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE EMPRESA

21. Pero si no correspondía a las funciones de esta Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana el pronunciarse sobre el instrumento escogido para el desarrollo reglamentario de una disposición legal, sí nos interesa el radical respeto al principio de legalidad cuando un determinado acto administrativo determina la creación de barreras de entrada al desarrollo de una actividad económica.

Debe recordarse que la legitimidad de la injerencia estatal en la libertad de empresa, como en cualquier otro derecho fundamental, está sujeta a dos límites: uno de carácter formal, la reserva de ley; y otro de carácter material, exigencias de interés general o la protección de otros derechos y libertades, que no invadan el contenido esencial del derecho fundamental (v. art. 53.1 CE y art. 52 de Carta de Derechos Fundamentales de la UE) (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre y 225/1993, de 8 de julio).

La reserva de ley, por tanto, asume una función de garantía de respeto de la libertad de iniciativa económica. *Cualquier regulación o limitación de los elementos esenciales*



de las libertades y derechos fundamentales debe llevarse a cabo mediante normas con rango de Ley. Esta reserva alcanza al establecimiento de las condiciones para el ejercicio de la actividad económico-empresarial en sus tres momentos, de inicio, desarrollo y cese, así como a la ordenación de la competencia.

Desde este punto de vista no resulta aceptable para esta Comisión de Defensa de la Competencia que una reglamentación que limita o condiciona la entrada y ejercicio de una actividad económica –el suministro al por menor de carburantes– aun en el supuesto de que se considerara justificada desde el punto de vista de necesidad y proporcionalidad atendiendo al interés general de protección de las personas con discapacidad, no revista la forma de ley sino que se establezca y regule en una resolución de una dirección general.

22. A mayor abundamiento, cabe señalar que dado que el texto vigente (no el proyectado) impone la obligación de un *servicio atendido* supone –si se aplica de forma literal– prohibir un formato de suministro admitido en la normativa de hidrocarburos. Esta prohibición podría resultar atacable desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea en cuanto suponga una restricción a la libertad de establecimiento⁷.

⁷ Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la UE ha determinado que el Artículo 43 de CE –hoy artículo 49 TFUE– debe interpretarse en el sentido de que las normativas domésticas que imponen *distancias mínimas obligatorias entre estaciones de servicio* constituye una restricción a la libertad de establecimiento, consagrada en el Tratado CE. El Tribunal entendió que la restricción no aparecía justificada por los objetivos de seguridad vial, protección de la salud y el medio ambiente, o la racionalización del servicio facilitado a los usuarios, siendo estos asuntos a valorar por los tribunales nacionales (Sentencia del 11 de marzo 2010 en el Caso C-384/08, Attanasio Group). En esta misma línea argumental, la Directiva de Servicios señala que fijar un número mínimo de empleados se encuentra entre aquellos requisitos que deben ser eliminados por los Estados Miembros de su legislación, excepto si son no discriminatorios, justificados y necesarios para proteger una razón imperiosa de interés general.

Conforme a ello, una eventual prohibición de las estaciones automáticas en un Estado miembro podría constituir una restricción a la libertad de establecimiento de operadores económicos de otro Estado, salvo que dicha restricción pudiera entenderse justificada por razones de interés público y fuera no discriminatoria, necesaria y proporcionada en relación al objetivo perseguido.



Por otra parte, en esta interpretación del texto vigente se estaría produciendo una expulsión del mercado de quien empezó a desarrollar su actividad económica de forma legal, conforme a la normativa aplicable al sector, lo que puede derivar en exigencias de responsabilidad patrimonial de la Administración.

5.4. SOBRE EL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE SERVICIO ATENDIDO EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE SUMINISTRO AL POR MENOR Y VENTA AL PÚBLICO DE CARBURANTES Y COMBUSTIBLES Y SU MARCO TEMPORAL

23. Señala la disposición general primera del Proyecto que su objeto es desarrollar el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana y en especial, remitiéndose a lo dispuesto en la Ley 1/2011,

«regular el horario diurno en que los establecimientos de suministro al por menor y venta al público de carburantes y combustibles, mientras permanezcan abiertos y en servicio, deberán disponer de una persona responsable de los servicios que se prestan en ellos, con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la mencionada ley»

Con ese objetivo, y lógicamente circunscrito al ámbito de los establecimientos situados en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana (disposición segunda), la Resolución proyectada configura en sus números tercero y cuarto tanto *qué debe entenderse por horario diurno a los efectos del cumplimiento de esa atención a los consumidores y usuarios como las concretas obligaciones que debe asumir la empresa titular de la estación de servicio a través de esa atención.*

Conforme a lo expuesto, dos de las principales cuestiones que este informe debe analizar son la fijación del *marco temporal de la obligación* y el *contenido de esas prestaciones* que debe garantizar el operador.

24. El punto de partida obligado en este análisis, como hemos tenido reciente ocasión



de subrayar en el *Informe Viviendas turísticas*⁸ –apartado 2.3.1– es que «*la libertad de empresa y la libre competencia constituyen principios informadores de la actividad económica general (art. 51 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y, más concretamente, de la prestación de servicios en tanto que actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios)*».

En este sentido, el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que solo podrán introducirse limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades que reconoce «*respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*».

Este principio de proporcionalidad –como señalábamos en el Informe citado– supone un *límite a la injerencia del Estado en la libertad de empresa y ha sido expresamente recogido por nuestro ordenamiento jurídico*, emblemáticamente en el artículo 5 Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, que establece el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes:

«1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.»

⁸ Informe Exped. CDC PROM 14/2015, Viviendas turísticas, disponible en <https://goo.gl/V5t0BX>.



Esta Comisión de Defensa de la Competencia, debe subrayar una vez más que la libertad de empresa, en tanto que derecho fundamental, y la libre competencia, como parte de ella, no sólo vinculan a los poderes públicos, sino que dichos poderes públicos soportan el mandato de proteger dicha libertad. Eso implica que las competencias reguladoras de la actividad económica, aun dentro de la discrecionalidad propia de la actividad administrativa, deban desarrollarse conforme a los principios de la libertad de empresa y de la libre competencia.

5.4.1. SOBRE LA DETERMINACIÓN GENERAL DEL HORARIO DIURNO Y SUS EXCEPCIONES

25. El número Primero de la Resolución de 28 de abril de 2016 vigente fija ese horario diurno en el período comprendido entre las 6 y las 22 horas. Se trata de un marco temporal de 16 horas que sería aplicable con carácter general.

La única salvedad a esa ventana temporal viene determinada en la norma segunda de la Resolución: los responsables de los servicios territoriales de Comercio y Consumo pueden autorizar motivadamente una reducción al período comprendido entre las 8 y las 14 horas de los días laborables siempre que se trate de establecimientos ubicados en municipios de menos de 1000 habitantes, y atendiendo a dos circunstancias:

1. Que el municipio esté ubicado en una zona rural.
2. Que no exista oferta de suministro de combustibles en un radio de 10 kilómetros.

Entendemos que no es imprescindible que estos requisitos concurren en todos los supuestos. La eventual autorización podría sustentarse, de forma motivada, en la presencia de uno solo, aunque *sólo en ellos*, puesto que se trata de una excepción a la regla general de atención diurna diaria de 6 a 22 horas.

26. Frente a este modelo, el Proyecto de Resolución es más detallado en la determinación del régimen general y las posibles excepciones al mismo.

a) En primer lugar, la disposición Tercera, 1 establece el mismo horario diurno que la



Resolución de 28 de abril de 2016: *con carácter general, el horario en el que los establecimientos deberán disponer de una persona responsable de los servicios que se prestan queda fijado en el período entre las 6.00 y las 22.00 horas.*

b) Sin embargo, el Proyecto introduce un elemento de flexibilización, porque leyendo la disposición tercera, 2, cabe concluir que la obligación real de los operadores sería mantener a una persona responsable durante *al menos 16 horas entre las 4 y las 24 horas de los días laborables.*

De esta forma, a diferencia de la reglamentación vigente, los establecimientos –con la simple comunicación a la Dirección General de Comercio y Consumo– pueden fijar el inicio y fin de esa banda horaria, aunque siempre con el límite general de 16 horas. Esta flexibilidad –señala el Preámbulo de la Resolución– se establece *«para que los establecimientos de distribución al por menor y venta al público de carburantes y combustibles puedan adaptar su horario a las condiciones de su zona y su clientela, sin por eso dejar de asegurar la atención efectiva de las personas con diversidad funcional. Así, como efecto colateral, se podrá producir una ampliación del horario efectivo de atención de estas personas en el conjunto de las estaciones de servicio».*

Esta Comisión es lógicamente favorable a que la determinación de los elementos competitivos en cualquier prestación de bienes y servicios en el mercado (*producto/servicio, precio, tiempo*) corresponda al prestador del mismo en el ejercicio de su derecho a la libertad de empresa. Por ello cualquier flexibilidad en el desarrollo de la actividad frente al régimen vigente es positiva, si bien seguimos estando ante una barrera a la libre prestación de esa actividad económica en el ámbito de la Comunitat Valenciana, *ligeramente flexibilizada*, restricción que deberá superar las exigencias de la regulación económica eficiente y los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión de la competencia. Sobre ello volvemos a continuación.

c) Finalmente, el Proyecto detalla la posible autorización excepcional de un horario reducido de 8 horas (disposición tercera, 3) y regula el procedimiento para su concesión (Capítulo II, números quinto a octavo). Esta concesión se aprobará mediante Resolución de la Dirección General, por un plazo máximo de cinco años, renovables, y deberá atender a las siguientes circunstancias:



1. La ubicación del municipio en zona rural, así como su tamaño.
2. La ubicación del establecimiento, dentro del municipio, en zona urbana, terciaria, industrial o rural.
3. La distancia al establecimiento de suministro de combustibles más próximo.
4. La distancia las principales vías de comunicación.
5. El número de litros anuales suministrados por el establecimiento en el último ejercicio completo.
6. La condición de pequeña empresa o microempresa, de acuerdo con la definición del Reglamento UE/651/2014, de 17.06.2014, de la Comisión.

Al igual que sucede en la reglamentación vigente, no estamos ante requisitos *cumulativos*, sino ante la definición de los criterios en los que se puede basar la resolución administrativa que conceda (o no) la reducción de ese horario diurno y de las obligaciones que conlleva.

27. Dejando para el epígrafe siguiente la valoración conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad de las obligaciones que deben prestarse durante ese horario diurno, *esta Comisión considera criticable la forma de fijar y excepcionar ese margen temporal.*

En el Preámbulo se justifica la situación de reducción horaria del siguiente modo:

«En cuanto a la situación excepcional de una mayor limitación del horario diurno a un período de ocho horas, está amparada en el artículo 29.3 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que considera admisibles las diferencias de tratamiento en el acceso a bienes y servicios «cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para conseguirlo sean adecuados, proporcionados y necesarios», siempre que se prevean los medios o ajustamientos adecuados en la atención personalizada.

Aunque se trate de fundamentar ese régimen en Derecho, esta Comisión considera criticable que el propio órgano que está imponiendo unas determinadas condiciones en el desarrollo de la actividad de los establecimientos minoristas (la Dirección General de Comercio y Consumo) se reserve la facultad de dispensar de su cumplimiento en la Resolución que dicta.

Evidentemente esa dispensa se refiere tan sólo al número de horas en la que deberá



atenderse a las prestaciones obligatorias a los usuarios, deberá ser motivada y atender a los criterios que se fijan en la norma y, en todo caso, la Resolución que corresponda podrá ser impugnada en vía administrativa y ante la jurisdicción en caso de que se incurra en arbitrariedad. Pero aun así no parece conforme a las exigencias de los principios de igualdad y de regulación económica efectiva que se permita un tratamiento distinto a establecimientos que realizan esencialmente la misma actividad a discrecionalidad de la autoridad administrativa.

28. En realidad, el Proyecto de Resolución viene a *salvar de esta manera el tradicional sistema desatendido propio del entorno rural*, aunque en esta ocasión, frente a lo dispuesto en la Resolución vigente, su aplicación no quede vinculada al índice poblacional del municipio. En opinión de esta Comisión, *este reconocimiento del modelo desatendido rural, evidencia que este tipo de suministro no genera riesgo específico – siempre y cuando se cumpla la normativa técnica y de seguridad vigente–* y demuestra que la determinación de los servicios que desea prestar el operador y del tiempo en el que los presta es un elemento competitivo de la actividad que no debiera ser limitado si se pueden alcanzar de otra forma los objetivos de protección de los consumidores y usuarios.

29. Independientemente de lo expuesto, sí que merece un juicio favorable la regulación administrativa del procedimiento de autorización que respeta los principios de transparencia, motivación, audiencia pública, etc. por lo que esta Comisión no tiene nada que alegar desde el punto de vista de la defensa de la competencia en relación con el contenido del Capítulo II del Proyecto⁹.

⁹ El contenido esencial de este capítulo II es el siguiente. Por un lado, el procedimiento se iniciará a instancia de la empresa, sociedad o cooperativa titular del establecimiento mediante solicitud a la dirección general competente en materia de comercio. Dicha solicitud deberá venir acompañada, por lo menos, de la documentación acreditativa de la personalidad de la empresa, sociedad o cooperativa solicitante, así como de su representación legal y la documentación acreditativa de la circunstancia de que se alegue para sustentar su solicitud.



5.4.2. SOBRE LA OBLIGACIÓN GENERAL DE DISPONER DE UNA PERSONA RESPONSABLE DE LOS SERVICIOS QUE SE PRESTAN EN LAS ESTACIONES DE SERVICIO

30. Con carácter general y conforme a lo que llevamos expuesto hasta el momento, esta Comisión debe subrayar que *la obligación de que exista una presencia física en las unidades de suministro, ya sea de forma total o parcial, es una carga que incrementa las barreras de entrada al ejercicio de esta actividad y aumenta los costes operativos¹⁰ y que en todo caso debería establecerse en una disposición con rango de*

Tras ello el instructor podrá solicitar informes a las entidades o a los órganos administrativos que considere oportuno, particularmente, al ayuntamiento del municipio donde se ubique el establecimiento. Estos informes no tendrán carácter vinculante y deberán ser emitidos en el plazo máximo de diez días. En el supuesto de no haber sido evacuado algún de los informes en el plazo concedido, se continuará la tramitación.

Antes de redactar la propuesta de resolución, se dispondrá la apertura de un trámite de audiencia, por un plazo de diez días, para que las personas físicas o jurídicas interesadas puedan aportar los documentos y realizar las alegaciones que estiman oportunas. Con este fin, se pondrá a su disposición toda la documentación que se encuentre en el expediente en la sede del órgano competente para la instrucción del procedimiento.

Finalmente, el órgano instructor elevará la propuesta de resolución a la persona titular de la dirección general competente en materia de consumo, que dictará y notificará a la entidad solicitante la correspondiente resolución, autorizando o denegando la modificación del horario diurno. La firma de estas autorizaciones excepcionales podrá delegarse en las personas responsables de los servicios territoriales competentes en materia de consumo.

Las resoluciones dictadas serán recurribles ante la persona titular de la secretaría autonómica competente en materia de consumo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Transcurridos tres meses desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro departamental de la dirección general competente en materia de consumo, sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, se entenderá denegada la modificación del horario diurno.

¹⁰ En este sentido, v. PRO/CNMC/002/16 Propuesta referente a la regulación del mercado de distribución de carburantes de automoción a través de estaciones de servicio desatendidas, pág. 35.



ley.

En este sentido la opción por el autoservicio, del mismo modo que el resto de variables de atención al cliente, es una decisión que conforme al principio de libertad de empresa debería dejarse a la decisión del operador, puesto que su imposición determina más bien un perjuicio económico a los consumidores a los que se pretende proteger. En efecto, esos consumidores deberán asumir esos costes vía precio, además de las consecuencias de la limitación de competencia derivada de los mayores obstáculos a la implantación de los nuevos establecimientos desatendidos.

31. Por otra parte, como señalábamos, *supra*, 3, hay países con larga tradición de protección de las personas con discapacidad donde el porcentaje de gasolineras desatendidas es mayor del 50%, sin que se hayan producido perjuicios a los consumidores. Y es que esta Comisión considera que la mera imposición de la atención personal física no supone en sí un beneficio a los consumidores en términos de seguridad o calidad del servicio.

32. Ello no obstante, dejando a un lado los argumentos de *enmienda a la totalidad* que se han ido apuntando, y entrando en el contenido del proyecto, hay que subrayar que el régimen previsto mejora claramente desde el punto de vista competitivo el contenido de la Resolución de 28 de abril de 2016.

En efecto, la norma primera de la resolución vigente señala con carácter absoluto que

«El horario diurno en el que los establecimientos de suministro al por menor y venta al público de carburantes y combustibles, deberán disponer de una persona responsable de los servicios que se prestan, queda fijado en el período comprendido entre las 6 y las 22 horas»

Esto es, según la Dirección General de Comercio y Consumo, para cumplir con el mandato legal de garantizar los derechos de los consumidores y usuarios de los colectivos del artículo 6 Ley 1/2011, especialmente los discapacitados, todas las estaciones de servicio con carácter general deberían disponer de una persona responsable de los servicios en horario diurno, atención que del preámbulo y articulado parece implicar presencia física que garantice el servicio de repostaje a personas con discapacidad física o funcional.



Sin embargo, de acuerdo con la Norma cuarta, 1.a) del texto proyectado, esa obligación de asegurar la atención por una persona a los clientes discapacitados físicos será exigible *siempre que no puedan acceder al suministro en régimen de autoservicio*. En este sentido, el proyecto no impediría directamente el establecimiento de gasolineras automáticas o desatendidas siempre que se respete el principio de accesibilidad universal.

Así lo reconoce el preámbulo de la Resolución, al señalar expresamente que

*«Hay que tener en consideración que la DA2ª L1/2011 establece la obligación de atender a las personas con diversidad funcional (discapacitadas) por una persona responsable de las instalaciones, «cuando no puedan acceder al suministro en régimen de autoservicio». **Por tanto, la norma no es incompatible con el régimen de autoservicio ni con las estaciones automatizadas.** Es por eso que se ha tenido en cuenta en la redacción de esta resolución lo que dispone el artículo 18 del Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones (RD 505/2007), que garantiza el acceso de las personas con diversidad funcional (discapacitado) a cajeros automáticos y máquinas expendedoras, así como el artículo 32 de la Orden VIV/561/2010, d'1 de febrero, que desarrolla el anterior, en cuanto a las características que deben tener las máquinas expendedoras, cajeros automáticos, y otros elementos que requieran manipulación, así como las pantallas, botoneras y sistemas de comunicación interactiva.*

Se ha tenido en consideración también la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (L 17/2009), que tiene como objeto, entre otros «evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios» que no resultan justificadas una razón imperiosa de interés general o proporcionadas a esa misma razón.

33. Veamos a continuación el *contenido material de las prestaciones que debe procurar el operador* durante el denominado horario diurno (16 horas con carácter general entre las 4 y las 24, 8 horas en el régimen excepcional):

a) asegurar la atención por una *persona responsable de las instalaciones a las personas con diversidad funcional cuando no puedan acceder al suministro en régimen de autoservicio*.

Esta atención que exige el Proyecto puede ser cumplida, en nuestra opinión, con los sistemas técnicos existentes y previstos por la normativa técnica aplicable (véase la



Instrucción Técnica Complementaria MI-IP 04) como son la comunicación bidireccional a través de un centro de control, así como otro tipo de protocolos y medidas de seguridad como es el caso de circuitos cerrados de televisión, monitorización remota del proceso de suministro de combustible, etc.

En este sentido, consideramos que, en el caso de que se mantuviera –contrariamente a nuestro criterio general– el contenido del numeral cuarto de la Resolución, la Dirección General debería entender cumplida esa atención con el respeto a la normativa técnica estatal que establece los requisitos que debe tener el suministro al por menor de carburantes.

b) Disponer de un medio de comunicación, que en ningún caso supondrá ningún coste añadido a las personas usuarias con diversidad funcional, para que estas se pongan en contacto con una persona responsable de los servicios que se prestan cuando esta no esté presente, la cual deberá personarse en el establecimiento en el plazo máximo de diez minutos, en los casos previstos en el apartado anterior.

Si bien se dice en el proyecto que no es incompatible con las gasolineras desatendidas, literalmente, la obligación comentada implica ir más allá del seguimiento telemático o a distancia que exige la reglamentación técnica estatal de la distribución de carburante al por menor. *Se trataría de garantizar una obligación de servicio atendido en un intervalo temporal (a diez minutos de la estación de servicio).*

Sin embargo, esta obligación parcial de servicio atendido se circunscribe a «los casos previstos en el apartado anterior», por lo que esta Comisión entiende que la Resolución proyectada deberá interpretarse en el sentido de que el servicio atendido no es exigible en ningún caso si el operador garantiza el principio de accesibilidad universal de sus dispositivos de suministro, de forma que puedan operarse en régimen de autoserivicio por personas discapacitadas.

Aun y con esta interpretación, creemos que el proyecto debería justificar el cumplimiento del principio de proporcionalidad y mínima afectación del mercado en la consecución del objetivo declarado de proteger a las personas con discapacidad, puesto que podría haber otros medios para conseguir ese objetivo sin obligar a todos los



operadores a ser –siquiera parcialmente– atendidos. Esta justificación es exigible si se tiene en cuenta que la reglamentación proyectada está en sí misma condicionando una actividad más allá del cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa de hidrocarburos, y en un sector precisamente necesitado de una mayor competencia entre operadores.

34. A continuación el Proyecto de Resolución establece que siempre que el establecimiento permanezca abierto también habrá de:

a) Facilitar el acceso a las hojas de reclamaciones, bien en papel en el establecimiento, a través de las personas responsables o por medios mecánicos, bien facilitando la dirección electrónica donde se puedan descargar o presentar electrónicamente.

b) Informar de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias, y, como mínimo, en valenciano, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, sobre:

1r. Nombre, razón social y domicilio completo del responsable del establecimiento de suministro al por menor y venta al público de carburantes y combustibles.

2n. Precio final completo.

3r. Horario de apertura total de la gasolinera

4t. Horario diurno de atención con personas físicas y, en su caso, los días en que este último servicio estará disponible.

5è. Medio de comunicación con la persona responsable de los servicios que se prestan. Indicación de la posibilidad de cita previa y medio para solicitarla.

6è. Medio por el que las personas consumidoras y usuarias pueden acceder a las hojas de reclamación cuando la estación no esté atendida personalmente.

7è. Distancia en las gasolineras logradas más próximas, y su horario.

8è. Indicación de la resolución de autorización excepcional de horario reducido de atención personal, con expresión de la fecha.

Esta enumeración, referida básicamente a obligaciones de información, no plantea problema alguno desde el punto de vista de la competencia. La única que potencialmente pudiera ser restrictiva sería la relativa a la atención de las reclamaciones de los clientes, pero el Proyecto permite que esta atención se concrete en facilitar la dirección electrónica donde se puedan descargar o presentar electrónicamente, con lo que es



plenamente compatible con los tres formatos de estación de servicio que contempla la normativa estatal: atendidas, autoservicio y desatendidas.

35. Finalmente, y no por ello menos importante, debe considerarse no sólo con relación al Proyecto de Resolución comentado, sino con carácter general para cualquier reglamentación futura en este ámbito, que *los empresarios que en su día comenzaron a operar bajo el formato de «instalación desatendida» lo hicieron lícitamente*: téngase en cuenta que la normativa estatal reconoce expresamente este tipo de instalaciones (Real Decreto 1523/1999, de 1 de octubre y normas concordantes).

Conforme a ello la imposición eventual de nuevos requisitos por parte de la Administración autonómica que impidieran de facto explotar este tipo de negocio supondría, no un límite de acceso al mercado, sino una expulsión del mismo, pues en muchos casos se verían abocados al cese de la actividad (piénsese en las cooperativas agrícolas y sus reducidos márgenes de beneficios). En ese caso hipotético no estaríamos únicamente ante una limitación injustificada de la libertad de empresa, sino ante la producción de un daño directo a través de una normativa que no respondería correctamente a las necesidades de interés general proclamadas, pudiendo llevar aparejada una responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

5.5. BREVE REFERENCIA AL CONSELL VALENCIÀ D'ESTACIONS DE SERVEI

36. Señala el preámbulo del proyecto que se crea el *Consell Valencià d'Estacions de Servei*, como comisión adscrita en el Observatorio del Comercio Valenciano, «*como órgano de información, consulta y asesoramiento en materia de aplicación de la disposición adicional segunda de la Ley 1/2011*».

Llama la atención que con tan limitada competencia se decida crear un Observatorio con la amplitud del previsto en la norma novena de la Resolución. En efecto, formarían parte del mismo:

- Organizaciones empresariales autonómicas representativas del sector de las estaciones de servicio.
- Organizaciones sindicales autonómicas del sector.



- Organizaciones de consumidores y usuarios.
- Organizaciones autonómicas de personas con diversidad funcional.
- Las Direcciones Generales de Consumo, Comercio, Diversidad funcional, industria, trabajo, desarrollo rural, transporte y movilidad, además de la federación valenciana de municipios y provincias.

La creación de «*Observatorios*» –como los de *precios* de determinados sectores, como el agroalimentario, etc.– siempre plantean el problema general de poder ser entendidos como un foro de *ordenación* del mercado y, por tanto, de orquestación de las conductas competitivas de los operadores. En este sentido, el propio preámbulo se ve obligado a destacar que *se ha descartado que este Consell informara preceptivamente en lo que concierne el otorgamiento de autorizaciones individuales*, por prohibirlo expresamente el artículo 10.f) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, según el cual en ningún caso se supeditarán el acceso a una actividad de servicios a la intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios.

Por otra parte, si bien este tipo de Consejos pueden llegar a entenderse en sectores con los desequilibrios de precios del agroalimentario, por ejemplo, no parece que el desarrollo de las previsiones en defensa de los consumidores en este sector justifique la creación de un *Consell* específico, cuando ya hay otros órganos que podrían desarrollar la función del mismo. Ello no obstante, la decisión de mantener un órgano de información, consulta y asesoramiento entre lógicamente en el ámbito de la discrecionalidad del órgano administrativo competente en el sector, por lo que esta Comisión no tendría nada que objetar al respecto.



6. CONCLUSIONES

6.1. CUESTIONES PRELIMINARES

El objetivo de este informe facultativo es la evaluación del *Proyecto de resolución de la Dirección General de Comercio y Consumo, por la que se modifica el horario diurno en que los establecimientos de suministro al por menor y venta al público de carburantes y combustibles deberán disponer de una persona responsable de los servicios que se prestan mientras estén abiertos.*

Como informe emitido al amparo de la función consultiva de esta Comisión en materia de competencia y de promoción y estudios de investigación en la materia (art. 1.3 c) Decreto 50/2012) su objeto es el análisis de dicho proyecto exclusivamente en la medida en que pueda afectar directa o indirectamente al funcionamiento competitivo del mercado de distribución de carburantes.

En este sentido, aunque el propósito declarado del texto analizado es garantizar los derechos de los consumidores y usuarios de las estaciones de servicio, estamos claramente ante una reglamentación que afecta a la libertad de empresa al establecer nuevas condiciones y requisitos que deberán cumplir todos los titulares de establecimientos de suministro de carburantes.

6.1.1. SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA LIBRE COMPETENCIA COMO PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA GENERAL

La libertad de empresa y la libre competencia constituyen principios informadores de la actividad económica general (art. 51 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y de la prestación de servicios en particular (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios). En este sentido, el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que solo podrán introducirse limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades que reconoce «*respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*».



Este principio de proporcionalidad *no solo supone un límite* a la injerencia del Estado en la libertad de empresa (expresamente recogido en el art. 5 Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado), sino que dicha libertad de empresa, en tanto que derecho fundamental, y la libre competencia, como parte de ella, *deben ser protegidas* por los poderes públicos.

El Proyecto de Resolución analizado trae causa de la disposición adicional segunda de la Ley 1/2011, de 22 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana, que establece ciertas precisiones sobre el personal en los establecimientos de distribución al por menor y venta al público de carburantes y combustibles.

Aunque en este sentido dicho Proyecto deriva de la previsión en la legislación valenciana de un suministro de carburante al por menor *atendido* –en mayor o menor medida– consideramos, conforme a lo expuesto, que su desarrollo reglamentario debería hacerse del modo menos restrictivo o distorsionador del mercado posible.

La Administración se debe al bienestar de los ciudadanos. Y ese bienestar, en el ámbito de la reglamentación del mercado, debería orientarse a procurar unos mercados competitivos que garanticen unos bienes y servicios de calidad al mejor precio. Desde este punto de vista, cualquier regulación o intervención administrativa en un determinado sector debería respetar los principios de regulación económica eficiente y no establecer barreras de acceso al mercado que no se justifiquen por la existencia de un fallo del mercado o una razón imperiosa de interés general. Este es el mandato de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, y la actuación que se alinea mejor con el interés de los ciudadanos.

6.1.2. SOBRE LAS GASOLINERAS DESATENDIDAS COMO ELEMENTO DINAMIZADOR DEL MERCADO DE DISTRIBUCIÓN DE CARBURANTES AL POR MENOR

El sector de los carburantes de automoción en España soporta una situación estructural de falta de competencia en rasgos generales. Es cierto que en lo que se refiere al mercado minorista de distribución de carburantes el marco normativo mejoró sustancialmente con el Real Decreto Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo



al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, puesto que eliminó diversas barreras a la apertura de estaciones de servicio y fomentó la entrada de nuevos operadores, pero la situación de partida es claramente de déficit de competencia efectiva.

En este sentido, el incipiente desarrollo del formato de gasolineras desatendidas o automáticas (apenas un 5% en el mercado español, frente al 61,1% de Suecia 65,9% en Dinamarca, o 18,6% en Bélgica) es susceptible de generar importantes efectos procompetitivos en claro beneficio de los ciudadanos: (i) la entrada de nuevos competidores aumentaría la cantidad y variedad de los puntos de venta; (ii) supondría unos precios más competitivos a los usuarios por los menores costes operativos de dichos puntos de venta; (iii) su implantación determinaría una presión a la baja sobre los precios que ofrecen el resto de estaciones de servicio; (iv) además, como la implantación de ese modelo de gasolineras es más flexible, permitiría instalar puntos de venta en zonas rurales con poco tráfico o en lugares donde se presten otros servicios a conductores.

Esta Comisión considera de forma previa que el establecimiento de condiciones suplementarias a las existentes que incidan en este incipiente modelo de negocio de distribución de carburantes –reconocido expresamente en la normativa estatal de hidrocarburos– puede generar barreras de entrada que dificultarían su implantación en perjuicio de los consumidores dado que supondrían menor competencia, menores puntos de venta y mayores precios.

6.2. SOBRE LOS LÍMITES DERIVADOS DEL RESPETO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El contenido del Proyecto de Resolución plantea problemas desde el punto de vista del principio de legalidad:

6.2.1. Esta Resolución constituye desarrollo reglamentario de la disposición adicional Segunda de la Ley 1/2011, de 22 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana. En ella se determina esencialmente que:



a) Las gasolineras en el territorio de la Comunitat Valenciana deben disponer de «una persona responsable de los servicios que se prestan» mientras estén abiertas y en horario diurno, con la finalidad de garantizar los derechos de los consumidores y usuarios necesitados de especial protección mencionados en el art. 6 del Estatuto de los Consumidores.

b) En el caso de las gasolineras en régimen de autoservicio, cuando las personas con discapacidad no puedan acceder al suministro, deberán ser atendidas por una persona responsable de las instalaciones.

La propia disposición adicional señala que «la concreción del horario diurno se hará por resolución de la dirección general competente en la materia». Esta previsión legal tuvo su primer desarrollo en la vigente Resolución de 28 de abril de 2016, de la Dirección General de Comercio y Consumo que en su caso quedaría derogada por el proyecto analizado.

Sin embargo, el Proyecto de Resolución no se limita a la concreción de ese «horario diurno»: reglamenta las obligaciones del personal de la gasolinera frente a los usuarios, la posible concesión de la reducción excepcional del horario diurno, la creación del Consell Valencià d'Estacions de Servei, e incluso el régimen de sanciones por incumplimiento. Parece a todas luces un contenido no cubierto por el tenor de la disposición adicional segunda de la Ley 1/2011, y plantea dudas desde el punto de vista de los principios de legalidad, jerarquía normativa y las exigencias propias del ejercicio de la potestad reglamentaria, al producirse un completo desarrollo reglamentario a través de la Resolución de una Dirección General que, en principio, no tiene atribuida potestad reglamentaria en nuestro ordenamiento jurídico.

6.2.2. Por otra parte, la legitimidad de la injerencia estatal en la libertad de empresa, como en cualquier otro derecho fundamental, está sujeta a dos límites: uno de carácter formal, *la reserva de ley*; y otro de carácter material, que derive de exigencias de interés general o la protección de otros derechos y libertades, que no invadan el contenido esencial del derecho fundamental.

En este sentido *la reserva de ley* asume una función de garantía de respeto de la



libertad de iniciativa económica. Cualquier regulación o limitación de los elementos esenciales de las libertades y derechos fundamentales debe llevarse a cabo mediante normas con rango de Ley. Desde este punto de vista no resulta aceptable para esta Comisión de Defensa de la Competencia que una reglamentación que limita o condiciona la entrada y ejercicio de una actividad económica –el suministro al por menor de carburantes– aun en el supuesto de que se considerara justificada desde el punto de vista de necesidad y proporcionalidad atendiendo al interés general de protección de las personas con discapacidad, no revista la forma de ley sino que se establezca y regule en una resolución de una dirección general.

6.3. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL HORARIO DIURNO Y LA POSIBLE AUTORIZACIÓN DE UN RÉGIMEN EXCEPCIONAL

Con carácter general, el Proyecto de Resolución fija el horario en el que los establecimientos deberán disponer de una persona responsable de los servicios que se prestan en el período entre las 6.00 y las 22.00 horas. No obstante, previa comunicación, los operadores podrán determinar de forma más flexible esa ventana horaria siempre que se mantenga durante al menos 16 horas entre las 4 y las 24 horas de los días laborales.

Esta Comisión no tiene nada que objetar a dicha determinación, realizada por la Dirección General en el ejercicio de sus competencias, con habilitación expresa de la Ley 1/2011.

Sin embargo, el Proyecto detalla la posible autorización excepcional de un horario reducido de 8 horas (disposición tercera, 3) y regula el procedimiento para su concesión (Capítulo II, números quinto a octavo). Esta concesión se aprobará mediante Resolución de la Dirección General, por un plazo máximo de cinco años, renovables, y deberá atender a determinadas circunstancias.

El hecho de que *el propio órgano que está imponiendo unas determinadas condiciones en el desarrollo de la actividad de los establecimientos minoristas se reserve la facultad de dispensar parcialmente de su cumplimiento no parece conforme a las exigencias de los principios de igualdad y de regulación económica efectiva, puesto que*



se estaría dando un trato distinto a establecimientos que realizan esencialmente la misma actividad.

En realidad, el Proyecto de Resolución viene a salvar de esta manera el tradicional sistema desatendido propio del entorno rural, lo que evidencia que este tipo de suministro no genera riesgo específico, siempre y cuando se cumpla la normativa técnica y de seguridad vigente.

6.4. SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DEL SERVICIO ATENDIDO EN LAS ESTACIONES DE SERVICIO Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

6.4.1. Con carácter general, esta Comisión debe subrayar que *la obligación de que exista una presencia física en las unidades de suministro, ya sea de forma total o parcial, es una carga que incrementa las barreras de entrada al ejercicio de esta actividad y aumenta los costes operativos y, en cualquier caso, debería establecerse en una disposición con rango de ley.*

A este respecto, consideramos que la Resolución vigente de 28 de abril de 2016, en cuanto establece de forma absoluta que *todas las estaciones de servicio con carácter general deberían disponer de una persona responsable de los servicios en horario diurno incumple las exigencias derivadas del respeto a la libertad de empresa y la defensa de la libre competencia en beneficio de los consumidores señaladas más arriba.*

6.4.2. Frente a dicha reglamentación, en la Norma cuarta, 1.a) del texto proyectado, se señala que esa obligación de asegurar la atención por una persona a los clientes discapacitados físicos será exigible *siempre que no puedan acceder al suministro en régimen de autoservicio.*

En este sentido, debería entenderse que el proyecto no impide directamente el establecimiento de gasolineras automáticas o desatendidas siempre que se respete el *principio de accesibilidad universal.*

Esta Comisión considera positivo ese planteamiento. El objetivo del Proyecto de Resolución de salvaguardar los intereses de los consumidores y usuarios necesitados



de especial protección debe ser compatible con la introducción de nuevos modelos de negocio en el mercado de distribución de carburantes, como son las estaciones desatendidas. Por consiguiente, *entendemos que siempre que respeten el principio de accesibilidad universal (mediante eliminación de barreras arquitectónicas, garantizando sistemas de aprovisionamiento y pago accesibles para los usuarios con discapacidad, etc.) dichas estaciones desatendidas no deberían ser obligadas a prescindir precisamente del elemento que las caracteriza que es el servicio automático sin presencia física de un operador en el proceso de suministro (lo que no es lógicamente incompatible con la asistencia telemática o a distancia que ya está prevista en la normativa técnica aplicable).*

6.4.3. *La opción por el autoservicio, del mismo modo que el resto de variables de atención al cliente, es una decisión que conforme al principio de libertad de empresa debería dejarse a la decisión del operador, puesto que su imposición determina más bien un perjuicio económico a los consumidores a los que se pretende proteger.*

Por otra parte, como hemos destacado, hay países con larga tradición de protección de las personas con discapacidad donde el porcentaje de gasolineras desatendidas es mayor del 50%, sin que se hayan producido perjuicios a los consumidores.

6.5. SOBRE LA CREACIÓN DEL CONSELL VALENCIÀ D'ESTACIONS DE SERVEI

El Proyecto de Resolución prevé la creación de un Consell Valencià d'Estacions de Servei, como comisión adscrita en el Observatorio del Comercio Valenciano, encargado de proporcionar información, consulta y asesoramiento en materia de aplicación de la disposición adicional segunda de la Ley 1/2011.

La decisión de mantener un órgano de información, consulta y asesoramiento entre lógicamente en el ámbito de la discrecionalidad del órgano administrativo competente en el sector, por lo que esta Comisión no tendría nada que objetar al respecto.

Ello no obstante, la constitución de este tipo de observatorios siempre plantean el riesgo de que sirvan de foro de ordenación del mercado y, por tanto, de orquestación de las conductas competitivas de los operadores. Desde este punto de vista habría



que estar atento a las directrices que pudieran salir de ese organismo consultivo y garantizar que su actividad se centrara exclusivamente en la discusión y asesoramiento sobre cuestiones de personal en los establecimientos de distribución que estuviera relacionada con la finalidad de garantizar los derechos de los consumidores y usuarios de los colectivos del artículo 6 Ley 1/2011, por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana.

6.6. SOBRE LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR EL ESTABLECIMIENTO DE BARRERAS INJUSTIFICADAS A LA LIBERTAD DE EMPRESA DESARROLLADA EN EL MARCO DE LA NORMATIVA DE HIDROCARBUROS

Como se señala en este informe, la normativa estatal aplicable al sector de la distribución al por menor de carburantes y combustibles petrolíferos en instalaciones de venta al público, reconoce y reglamenta las instalaciones desatendidas. Por otra parte, el art. 43.2 Ley 34/2998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, establece de forma específica el principio general de libertad de establecimiento en este sector.

En este sentido, debe finalmente subrayarse que los empresarios que en su día comenzaron a operar bajo el formato de «instalación desatendida» lo hicieron lícitamente. Conforme a ello, la eventual imposición de nuevos requisitos –fuera de los de carácter puramente técnico contenidos en la normativa sectorial– que impidieran de facto explotar este tipo de negocio podría suponer una expulsión del mercado. En ese caso, puramente hipotético, no estaríamos únicamente ante una limitación injustificada de la libertad de empresa, sino ante la producción de un daño directo a través de una normativa que no respondería correctamente a las necesidades de interés general proclamadas, pudiendo llevar aparejada una responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

Conforme a lo expuesto, esta Comisión requiere a la Subsecretaría de la Conselleria de la Conselleria de Economía Sostenible, sectores productivos, comercio y trabajo para que se dé traslado del presente informe a la Dirección General de Comercio y Consumo solicitante del mismo.