Superintendencia de Control del Poder de Mercado

RECOMENDACIÓN No. SCPM-DS-2022-002

Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

CONSIDERANDO:

Que el artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que: "*Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general* (…)";

Que el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, señala: "*Las Instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce de los derechos reconocidos en la Constitución*";

Que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 261, dispone que el Estado Central tiene competencia exclusiva sobre: *"*(…) *Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales* (...)*"*;

Que el artículo 283 de la Constitución de la República del Ecuador establece que: *"El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir* (...)*"*;

Que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 284 instituye como objetivos de la política económica del Estado: *"1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. 2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional. 3. Asegurar la soberanía alimentaria y energética. 4. Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas. 5. Lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, la integración entre regiones, en el campo, entre el campo y la ciudad, en lo económico, social y cultural. 6. Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales. 7. Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo. 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes. 9. Impulsar un consumo social y ambientalmente responsable."*;

Que el artículo 304 de la Constitución de la República del Ecuador, determina como objetivos de la política comercial: *"*(…) *1. Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo.* (...) *3. Fortalecer el aparato*

productivo y la producción nacionales. (...) *5. Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo.* (...) *6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados."*;

Que el artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador, señala: *"*(…) *Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley"*;

Que el artículo 315 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que: *"El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas"*;

Que el artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador, establece: *"*(…) *El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal."*;

Que el artículo 336 de la Constitución de la República del Ecuador, señala: "(…) *El Estado asegurará la transparencia y eficacia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.*";

Que el artículo 1-A de la Ley de Hidrocarburos, establece: *"En todas las actividades de hidrocarburos, prohíbense prácticas o regulaciones que impidan o distorsionen la libre competencia, por parte del sector privado o público* (…)";

Que el artículo 3 de la Ley de Hidrocarburos determina que la comercialización de hidrocarburos podrá realizarse a través de las empresas públicas o privadas, nacionales y/o extranjeras legalmente establecidas en el país, las cuales deberán asumir el riesgo de su inversión, sin comprometer el erario nacional;

Que el artículo 11 de la Ley de Hidrocarburos establece que el ente competente para regular y controlar el sector de hidrocarburos en todas sus fases, es la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH);

Que mediante Resolución No. 004-002-DIRECTORIO-ARCH-2015, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 621 de 05 de noviembre de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH), expidió el Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización de Derivados del Petróleo o Derivados del Petróleo y sus Mezclas con Biocombustibles, excepto el Gas Licuado de Petróleo (GLP);

Que mediante Decreto Ejecutivo No. 1036 publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 209 del 22 de mayo de 2021, se fusionaron la Agencia de Regulación y Control Minero, la Agencia de Regulación y Control de Electricidad y la ARCH, en una sola entidad denominada "Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables" (ARC);

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

Que el Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización de Derivados del Petróleo o derivados del Petróleo y sus mezclas con biocombustibles, excepto el Gas Licuado de Petróleo (GLP) y sus reformas, en su artículo 1 determina que regula al sector de derivados del petróleo, en las actividades de importación, comercialización, exportación, almacenamiento, abastecimiento, transporte y distribución;

Que en el artículo 6 del Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización de Derivados del Petróleo o derivados del Petróleo y sus mezclas con biocombustibles, excepto el Gas Licuado de Petróleo (GLP) y sus reformas, establece la prevención del abuso del poder de mercado y la protección a la competencia;

Que el artículo 12 del Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización de Derivados del petróleo o derivados del petróleo y sus mezclas con biocombustibles, excepto el Gas Licuado de Petróleo (GLP), fue reformado por la Resolución No. ARCERNNR-008/2020 del 11 de septiembre de 2020, publicada en el Registro Oficial Tercer Suplemento No. 339 del 27 de noviembre de 2020;

Que el artículo 12 del Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización de Derivados del Petróleo o derivados del Petróleo y sus mezclas con biocombustibles, excepto el Gas Licuado de Petróleo (GLP) manifiesta:

> "*Art. 12.- Requisitos para la calificación. - Las personas jurídicas interesadas en obtener la calificación para la comercialización de derivados del petróleo, biocombustibles y sus mezclas en cada segmento de mercado, presentarán ante el Ministro del Ramo los siguientes documentos:*
>
> (...) *d. Documentos que demuestren que la empresa solicitante dispondrá de una red de distribución vinculada contractualmente para operar, con los siguientes requerimientos para cada uno de los segmentos de mercado:*

SEGMENTO DE MERCADO	***PRODUCTOS A COMERCIALIZAR***	***REQUERIMIENTOS***
Aéreo	*Jet A-1* *Avgas*	-
Automotriz	*Gasolinas* *Diésel* *Biocombustibles y sus mezclas*	*Mínimo 10 centros de distribución*
Pesquero Artesanal	*Gasolina de Pesca Artesanal*	*Mínimo 10 centros de distribución*

(…)";

Que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado fue creada mediante la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011, como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de

administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa;

Que el 6 de noviembre de 2018, la Asamblea Nacional de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador y de acuerdo a la Resolución del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social No. PLE-CPCCS-T-O-163-23-10-2018, de 23 de octubre de 2018, según fe de erratas de 5 de noviembre de 2018, posesionó al doctor Danilo Sylva Pazmiño como Superintendente de Control del Poder de Mercado;

Que el artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece: *"Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica* (…)*"*;

Que el artículo 38 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, determinan como atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que se ejerce a través de sus órganos el: *"1. Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades públicas la documentación y colaboración que considere necesarias* (…) *11 Emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados.* (…) *21. Promover medidas de control tendientes a la eliminación de barreras a la libre concurrencia al mercado, de acuerdo con los lineamientos fijados por la ley* (…) *24. Proponer la remoción de barreras, normativas o de hecho, de entrada a mercados, que excluyan o limiten la participación de operadores económicos*";

Que en le Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, señala: *"Regulación Sectorial.- En el ámbito de su competencia, las entidades públicas a cargo de la regulación observarán y aplicarán los preceptos y principios establecidos en la presente Ley y coadyuvarán en el fomento, promoción y preservación de las condiciones de competencia en los mercados correspondientes*";

Que mediante Resolución SCPM-DS-2021-03 de 05 de enero de 2021, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado expidió el Instructivo para la Identificación y Revisión de Barreras Normativas, el cual: "(…) *establece el procedimiento y los parámetros que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado* (…) *aplicará para la identificación y revisión de barreras normativas en los mercados nacionales, que excluyan o limiten de manera injustificada la participación de los operadores económicos, y que tengan como origen el ejercicio de la potestad normativa de los organismos y entidades que conforman el sector público* (…)";

Que el artículo 13 del Instructivo para la Identificación y Revisión de Barreras Normativas, dispone que: "*A más del informe de evaluación, la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, remitirá a la Intendencia General Técnica una propuesta de recomendaciones para emisión de parte de la Máxima Autoridad a la entidad emisora de la normativa que contiene la barrera analizada. El procedimiento para la emisión y seguimiento de las recomendaciones se sujetará a lo previsto en la normativa procedimental pertinente de la SCPM.*";

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

Que en atención a la disposición dada por la Intendencia General Técnica, la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, a través de su Dirección Nacional de Promoción de la Competencia procedió con la apertura del expediente correspondiente No. SCPM-IGT-INAC-003-2021 denominado "Gasolineras", para desarrollar el análisis de barreras normativas al Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización de Derivados del petróleo o derivados del petróleo y sus mezclas con biocombustibles, excepto el Gas Licuado de Petróleo (GLP), en específico sobre el artículo 12 literal d); y,

Que la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, a través de su Dirección Nacional de Promoción de la Competencia, presentó los resultados y conclusiones del análisis de barreras normativas al Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización de Derivados del petróleo o derivados del petróleo y sus mezclas con biocombustibles, excepto el Gas Licuado de Petróleo (GLP), en específico sobre el artículo 12 literal d); mismos que luego fueron puestas en consideración de la máxima autoridad institucional.

Sobre la base de las consideraciones expuestas y en ejercicio de las atribuciones conferidas en el número 11 del artículo 38 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado,

RECOMIENDA:

- **A LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE ENERGÍA Y RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES (ARC):**

Revisar el requerimiento de disponer, en el segmento automotriz, de una red de distribución con un mínimo de diez (10) centros de distribución para la obtención de la calificación para la comercialización de derivados del petróleo, biocombustibles y sus mezclas, contemplado en la tabla contenida en el artículo 12, literal d), del Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización de Derivados del Petróleo o Derivados del Petróleo y sus mezclas con Biocombustibles, excepto el Gas Licuado de Petróleo (GLP), en virtud de que:

- De la revisión de la información documental proporcionada por la ARC a esta Superintendencia, no se encontró información que brinde sustento técnico del requisito, por lo que la imposición de la medida no estaría debidamente justificada por el ente regulador.

- Del análisis realizado bajo la *Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas*, sobre la "Idoneidad" del artículo 12 literal d) del Reglamento se concluyó que no existiría una articulación congruente y concordante entre la medida implementada (el establecer una red de mínimo diez (10) centros de distribución por comercializadora) y los objetivos de la misma (que para el caso concreto, se identificó que estaría relacionado al control de las comercializadoras y el debido abastecimiento de combustible). En este sentido, dicha medida no sería adecuada para atender los supuestos fines que se pretende alcanzar a través del requisito establecido en la norma.

  Por lo señalado, el requisito objeto de análisis se constituye como una barrera normativa para la entrada y/o permanencia de comercializadoras de combustible en el sector, la cual podría

estar restringiendo o limitando el número de operadores económicos (potenciales o instalados) en el segmento automotriz, en perjuicio de la competencia en el mercado.

Revisar el Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización de Derivados del Petróleo o Derivados del Petróleo y sus mezclas con Biocombustibles, excepto el Gas Licuado de Petróleo (GLP) respecto de los demás segmentos del artículo 12, literal d), tomando en cuenta la *Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas* emitida y publicada por esta Superintendencia.[1]

- **AL MINISTERIO DE ENERGÍA Y RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES:**

Revisar, y de ser el caso, plantear ante el legislador una reforma al artículo 1 A de la Ley de Hidrocarburos, para que el mismo guarde congruencia con lo establecido en la LORCPM, con el fin de brindar mayor claridad a la forma en que este artículo debería ser aplicado.

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA.- Se dispone a la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia realizar el seguimiento de las recomendaciones realizadas en el presente instrumento.

SEGUNDA.- Encárguese a la Secretaría General, en coordinación con la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, la notificación de la presente recomendación a la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables (ARC) y al Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables.

TERCERA.- Encárguese a la Secretaría General de la publicación de la presente Recomendación en la página web e intranet institucional.

CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.-

Dada en Quito, Distrito Metropolitano, el 21 de abril de 2022.

Firmado electrónicamente por:
DANILO IVANOB
SYLVA PAZMINO

Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

[1] https://www.scpm.gob.ec/sitio/metodologia-para-la-identificacion-revision-y-eliminacion-de-barreras-normativas/

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

FIRMAS DE RESPONSABILIDAD		
Revisado por:	Nombre: Juan Raúl Guaña Pilataxi Cargo: **Asesor de Despacho**	Firmado electrónicamente por: **JUAN RAUL GUAÑA**
	Nombre: Elizabeth Landeta Tobar Cargo: **Intendente Nacional Jurídico**	Firmado electrónicamente por: **RUTH ELIZABETH LANDETA TOBAR**
	Nombre: Francisco Dávila Herrera Cargo: **Intendente General Técnico, subrogante**	Firmado electrónicamente por: **FRANCISCO JAVIER DAVILA HERRERA**
	Nombre: Daniel Granja Matovelle Cargo: **Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia**	DANIEL ESTEBAN GRANJA MATOVELLE Firmado digitalmente por DANIEL ESTEBAN GRANJA MATOVELLE Fecha: 2022.04.21 13:50:41 -05'00'