



Informe de análisis de barreras normativas Caso "Gasolineras" Versión pública

Expediente N° SCPM-IGT-INAC-003-2021

**INTENDENCIA NACIONAL DE ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA
DIRECCIÓN NACIONAL DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA**

El texto original del informe técnico no ha sido modificado en su esencia,
únicamente se ha omitido información confidencial y reservada.

Quito - Ecuador
Abril de 2022



SCPM

www.scpm.gob.ec

Elaborado por:

Soc. David Aldaz
Analista de la Dirección Nacional de Promoción de la Competencia

Abg. Cristian Romero
Experto Zonal de Apoyo Técnico

Abg. Kimberly Triviño
Analista de la Dirección Nacional de Estudios de Mercado

Mgs. Francisco Urresta
Asistente de la Dirección Nacional de Promoción de Competencia

Revisado por:

Mgs. Isabel Jaramillo
Directora Nacional de Promoción de la Competencia

Aprobado por:

Mgs. Daniel Granja
Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia.

Índice

Capítulo 1. Resumen del análisis de evaluación	4
Capítulo 2. Antecedentes	5
Capítulo 3. Base Jurídica	7
3.1. Constitución de la República del Ecuador (CRE)	7
3.2. Ley de Hidrocarburos	8
3.3. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM)	8
3.4. Reglamento 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	8
3.5. Decreto Ejecutivo No. 1036	9
Capítulo 4. Sustentos técnicos de la creación de la norma y reportes del impacto de su aplicación, aportados por las entidades reguladoras de oficio o a solicitud de la SCPM	10
4.1. Solicitudes de información	10
4.2. Descripción de lo consultado con el ente regulador en reuniones de trabajo	10
Reunión entre la ARCH y la INAC el 15 de junio de 2020	10
Reunión entre la ARC y la INAC el 9 de noviembre de 2021	12
Oficio No. ARCERNNR-CTRCH-2021-0615-OF de 19 de noviembre de 2021, mediante el cual la ARC dio respuesta al último requerimiento de información realizado	15
Capítulo 5. Descripción del mercado	15
5.1. Definiciones del sector	16
5.2. Cadena de valor de las operaciones hidrocarburíferas	17
5.3. Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador (EP PETROECUADOR)	18
5.4. Comercializadoras en el segmento automotriz	19
Capítulo 6. Análisis de legalidad de la barrera normativa	23
6.1. Primer subnivel del análisis de legalidad: Existencia de competencias y/o atribuciones conferidas por ley a las entidades que emiten y/o imponen la barrera normativa	24
6.2. Segundo subnivel del análisis de legalidad: Si la barrera normativa contraviene o no alguna disposición del ordenamiento jurídico vigente	26
Capítulo 7. Análisis de proporcionalidad de la barrera normativa	29
7.1. Primer subnivel del análisis de proporcionalidad: Idoneidad	29
7.1.1. Problema o contingencia	29
7.1.2. Interés público legítimo	29
7.1.3. Objetivo de la norma	31
7.1.4. Medida implementada	32
7.1.5. Análisis del objetivo identificado y del medio propuesto	32

Capítulo 8. Conclusiones sobre la legalidad y/o proporcionalidad de la barrera normativa	34
8.1. Conclusión de legalidad	34
8.2. Conclusión de proporcionalidad	34
Capítulo 9. Referencias bibliográficas	36
Capítulo 10. Anexo	38

Capítulo 1. Resumen del análisis de evaluación

El presente informe comprende el análisis de barreras normativas sobre el requisito establecido por la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables (ARC) en 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), en su artículo 12 y literal d); el cual determina que todos los operadores económicos que deseen ingresar o continuar participando en el segmento automotriz de la comercialización de gasolinas, diésel, biocombustibles y sus mezclas deberán contar con un mínimo de diez (10) centros de distribución o estaciones de servicio.

En el Ecuador, la competencia exclusiva sobre los recursos hidrocarburíferos está a cargo del Estado Central, al cual le corresponde la administración, regulación, control y gestión de sectores estratégicos como el de hidrocarburos. Para tal efecto, la ARC es el organismo técnico del Estado encargado de regular, controlar y fiscalizar las actividades técnicas y operacionales que se realizan en cada una de las fases de la cadena de valor de la industria hidrocarburífera (exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de los hidrocarburos y de sus derivados), con el fin de garantizar el aprovechamiento óptimo de los recursos hidrocarburíferos.

En este contexto, el examen de barreras normativas aborda: 1) el análisis de legalidad; y, 2) el análisis de proporcionalidad. El primero comprende la evaluación de dos subniveles: a) La existencia de atribuciones o competencias de una entidad para expedir una norma, y b) Determinar si dicha norma contraviene el ordenamiento jurídico. De esta evaluación, se pudo concluir que se superó el primer subnivel; sin embargo, no fue posible deducir si la normativa referida superaría o no el segundo subnivel del análisis de legalidad, por lo que se consideró pertinente continuar con el de proporcionalidad.

Por su parte, el análisis de proporcionalidad evalúa tres aspectos: a) La idoneidad de la medida; b) La necesidad de la medida; y, c) La proporcionalidad de la barrera. Dentro del primer subnivel se evaluó la idoneidad de la medida con el fin de determinar si el requisito establecido en el Reglamento ejerce una restricción justificada o no, sobre la entrada y permanencia de los operadores económicos en el mercado. En este análisis se pudo concluir que no habría relación entre los objetivos de la norma (control y abastecimiento), con el requerimiento mínimo de diez (10) centros de distribución a las comercializadoras para poder operar. En tal virtud, no se superó este primer subnivel, y por ende, no se consideró pertinente continuar con el análisis de los siguientes subniveles de proporcionalidad.

Capítulo 2. Antecedentes

El ámbito de actuación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante “SCPM”) dentro del proceso de *mejora regulatoria* está previsto, entre otros, en los numerales 21 y 24 del artículo 38 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”), que faculta a la autoridad a *“promover medidas de control tendientes a la eliminación de barreras a la libre competencia al mercado, de acuerdo con los lineamientos fijados por la ley”*; y, a *“proponer la remoción de barreras, normativas o de hecho, de entrada a mercados, que excluyan o limiten la participación de operadores económicos”*.

Mediante la Resolución No. SCPM-DS-2019-29 de 17 de junio de 2019, el Superintendente de Control del Poder de Mercado, procedió a delegar al Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia o a quien cumpla sus funciones (en caso de encargo o subrogación), ejercer las atribuciones establecidas en el párrafo anterior, para lo cual revisará y controlará las barreras de entrada en el mercado nacional, y emitirá informes con recomendaciones en materia de competencia tendientes a su eliminación.

El Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCPM, expedido mediante Resolución No. SCPM-DS-2019-62 de 25 de noviembre de 2019, en su artículo 10, numeral 1.2.2.5., determina las atribuciones y responsabilidades de la Dirección Nacional de Promoción de la Competencia (en adelante “DNPC”), entre las cuales consta el literal b: *“Proponer la eliminación de barreras normativas a la competencia”*.

A través de la Resolución No. SCPM-DS-2021-03 de 5 de enero de 2021, se expide el Instructivo para la Identificación y Revisión de Barreras Normativas (en adelante el “Instructivo”) y en su artículo 7, que se refiere a la metodología de análisis, señala que: *“La Dirección Nacional de Promoción de la Competencia evaluará la legalidad y proporcionalidad de la barrera normativa, de conformidad con los parámetros de la Metodología”*.

La elaboración del presente informe toma como normativa a ser analizada 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 adelante “Reglamento”). Con esta norma, la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables busca garantizar el abastecimiento continuo de las diferentes zonas a nivel nacional y, el control que se lleva a cabo a las comercializadoras.

El presente informe atiende al Informe Técnico de Opinión sobre 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), Informe No. SCPM-INAC-DNPC-2021-002 (en adelante “Informe de Opinión”),

remitido mediante Memorando No. SCPM-INAC-DNPC-2021-014 de 17 de febrero de 2021, sobre 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) (en adelante el “Reglamento”), en específico sobre el artículo 12 literal c).¹ Cabe indicar que el referido artículo fue reformado por la Resolución No. ARCERNR-008/2020 del 11 de septiembre de 2020, publicada en el Registro Oficial Tercer Suplemento No. 339 del 27 de noviembre de 2020, y en dicha reforma la medida objeto del presente análisis, pasó a estar en el literal d).

En dicho informe se concluyó que:

Con todo lo indicado, la exigencia de los requisitos establecidos por el Reglamento en su artículo 12, literal c), podría tener como consecuencia una restricción injustificada de las actividades económicas en el segmento automotriz de la comercialización de combustibles, y por ende generar efectos negativos en la eficiencia, la libre competencia y/o el bienestar general de los respectivos mercados del sector.

Y en el Informe de Opinión en la sección de Recomendaciones, literal d), se sugirió:

Que conforme a los resultados y a los hallazgos del presente informe de opinión de competencia, el Superintendente de Control del Poder de Mercado o el Intendente General Técnico determine la conveniencia de disponer la apertura de un expediente de análisis de barreras normativas conforme a lo establecido en el “INSTRUCTIVO PARA LA DETERMINACIÓN Y REVISIÓN DE BARRERAS NORMATIVAS”.

Al respecto, la DNPC requirió mediante Memorando No. SCPM-IGT-INAC-2021-066 de 6 de mayo de 2021, la apertura del expediente correspondiente No. SCPM-IGT-INAC-003-2021 denominado “Gasolineras”.

Cabe señalar que el cómputo de términos para el presente caso inició considerando lo señalado en la Resolución No. SCPM-DS-2021-14 de 26 de abril de 2021, en la cual se dispuso:

Suspender el cómputo de los términos y plazos, tanto para los operadores económicos y ciudadanos así como para la administración, dentro de los procedimientos administrativos y procedimientos administrativos sancionadores, que se tramitan y sustancian en los distintos órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, desde el lunes 26 de abril hasta el jueves 20 de mayo del año en curso, inclusive.

A través de Memorando No. SCPM-INAC-DNPC-2021-061 de 13 de septiembre de 2021, la DNPC solicitó una prórroga de cuarenta y cinco (45) días término, acogándose a lo

¹ Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos, *Resolución No. 004-002-DIRECTORIO-ARCH-2015*, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 621 del 5 de noviembre de 2015. Artículo 12 fue reformado mediante Resolución No. ARCERNR-008/2020 publicada en el Registro Oficial No. 339 Tercer Suplemento de 27 de noviembre de 2020.

dispuesto en el artículo 12 del Instructivo. Dicho pedido fue debidamente acogido y el término concedido en él feneció el viernes 3 de diciembre de 2021.

Para efectos del análisis, al amparo de los artículos 38, 48, 49 y 50 de la LORCPM que confieren las facultades de investigación a la SCPM, se solicitó información a los reguladores y a distintos operadores del sector; así como también, se convocó a reuniones de trabajo a actores relacionados, con el objetivo de conocer la estructura y dinámica del segmento económico en el cual interviene la normativa.

Es así que, el presente informe aborda, al amparo de lo señalado en la Metodología, un análisis que comprende la verificación de legalidad y proporcionalidad de la normativa, con el fin de identificar la existencia de una posible barrera para el ingreso, permanencia y/o salida de operadores económicos del mercado, análisis que se ha manejado desde un enfoque de libre competencia y concurrencia de los actores del segmento económico en el que incide la normativa, en *“búsqueda permanente de una regulación inteligente, moderna y eficiente es la ‘mejora regulatoria’”*.²

Por lo mencionado cabe señalar que el presente examen no deriva de un estudio de mercado o un informe especial; por lo tanto, no se ha definido un sector económico en concreto, ni un mercado relevante, sin perjuicio de que más adelante sí se hará una descripción del mercado.

Capítulo 3. Base Jurídica

En este acápite se examinará de manera general el conjunto de normas jurídicas que regulan al sector de comercialización de Derivados del petróleo o derivados del petróleo y sus mezclas con biocombustibles, excepto el Gas Licuado de Petróleo (GLP), en el segmento automotriz. Para tal efecto, se analizará de acuerdo a lo establecido en el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante “CRE”), es decir, de la norma jerárquica superior.³

3.1. Constitución de la República del Ecuador (CRE)

La administración, regulación, control y gestión de los hidrocarburos es competencia exclusiva del estado ecuatoriano.⁴ Este recurso no renovable está considerado como parte de los sectores estratégicos del país;⁵ sin embargo, el Estado de forma excepcional

² SCPM, *Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas* - Guía No. SCPM – INAC –DNPC – 001 de 26 de octubre del 2020, p.6.

³ *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, art. 425.

⁴ *Ibíd.*, art. 261, núm. 11.

⁵ *Ibíd.*, art. 313.

podrá delegar a la empresa privada la participación en este sector estratégico (hidrocarburos).⁶

3.2. Ley de Hidrocarburos

La Ley de Hidrocarburos es el cuerpo normativo que regula el sector hidrocarburífero en el Ecuador. Esta Ley 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.⁷

El ente competente para regular y controlar el sector de hidrocarburos en todas sus fases, es la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables (en adelante “ARC”), antes llamada “Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero” (en adelante “ARCH”).⁸

3.3. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM)

La LORCPM tiene como finalidad evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar la afectación a la competencia y al bienestar general de los consumidores.⁹ Están sometidos a la LORCPM todos los operadores económicos, públicos o privados, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas dentro o fuera del país, en la medida que sus actos perjudiquen el mercado nacional.¹⁰

Las entidades estatales en todos sus niveles, respetarán dentro de sus potestades normativas, los principios, derechos y obligaciones establecidos en la LORCPM.¹¹

3.4. Reglamento 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

Esta es la normativa específica que regula al sector de derivados del petróleo, en las actividades de importación, comercialización, exportación, almacenamiento, abastecimiento, transporte y distribución.¹²

⁶ *Ibíd.*, art. 316.

⁷ *Ley de Hidrocarburos*, Registro Oficial No. 711, 15 noviembre de 1978, art. 3.

⁸ *Ibíd.*, art. 11.

⁹ *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial No. 555, 13 de octubre de 2011, art. 1.

¹⁰ *Ibíd.*, arts. 1 y 2.

¹¹ *Ibíd.*, art. 33

¹² *Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables, Reglamento Actividades de Comercialización de Derivados de Petróleo*, Registro Oficial No. 621, 5 de noviembre de 2015, art. 1.

En este Reglamento también se establece la prevención del abuso del poder de mercado y la protección a la competencia.¹³ Asimismo, contempla los requisitos para la calificación y autorización de comercializadoras de combustibles, conforme se detalla a continuación:¹⁴

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

Es fundamental señalar que el presente informe de análisis de barrera normativa se realiza sobre el literal d) del artículo 12 del Reglamento, referente al segmento de mercado automotriz, sin perjuicio de que lo analizado en este informe pueda aplicar a otros segmentos contemplados en la medida restrictiva examinada, como por ejemplo, el sector de pesca artesanal.

3.5. Decreto Ejecutivo No. 1036

Mediante esta norma, en 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

¹³ *Ibíd.*, art. 6.

¹⁴ Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables, *Reglamento Actividades de Comercialización de Derivados de Petróleo*, Registro Oficial No. 621, 5 de noviembre de 2015, art. 12. Artículo reformado mediante RESOLUCIÓN Nro. ARCERNR-008/2020 publicada en el Registro Oficial No. 339 Tercer Suplemento de 27 de noviembre de 2020.

denominada “Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables” (ARC).¹⁵

En tal virtud, para efectos del presente análisis, cualquier referencia a la autoridad, ya sea por documentación presentada, reuniones mantenidas o cualquier otra, que sea previa a mayo de 2021, se deberá entender como ARCH y cualquier referencia posterior a dicha fecha, se deberá entender como ARC.

Capítulo 4. Sustentos técnicos de la creación de la norma y reportes del impacto de su aplicación, aportados por las entidades reguladoras de oficio o a solicitud de la SCPM

4.1. Solicitudes de información

Con el objetivo de realizar el presente análisis, la INAC, en el ámbito de sus atribuciones, realizó solicitudes de información al ente regulador.

4.2. Descripción de lo consultado con el ente regulador en reuniones de trabajo

Reunión entre la ARCH y la INAC el 15 de junio de 2020

La reunión se realizó a través de videoconferencia en el marco del Informe de Opinión en materia de competencia, efectuada entre la ARCH y la INAC el 15 de junio de 2020. En ella, se les consultó a los funcionarios de este ente regulador sobre la motivación que sustentó el requisito contemplado en el literal d) del artículo 12 del Reglamento. Para responder, sus representantes expusieron los siguientes argumentos:

El Director de Control Técnico de Combustibles a la fecha manifestó que:

a) Con respecto al **abastecimiento**:

El requisito de un mínimo de diez (10) centros de distribución para operar es para poder garantizar el abastecimiento en el mercado, y al tener una comercializadora con una sola estación de servicio puede ser que no se logre garantizar este aspecto. Esto se da debido a que si se llega a suspender a la comercializadora por incumplimiento de la normativa, a su vez se tendrá que cerrar el centro de distribución a quien provee. De esta manera se evidencia que las comercializadoras no tienen un interés de ampliar su red de distribución.

¹⁵ Decreto Ejecutivo No. 1036, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 209 del 22 de mayo de 2021, art. 1.

En este sentido, la premisa básica del requisito es el abastecimiento continuo de combustible en todo el país, para no arriesgar un posible desabastecimiento al tener una comercializadora con un solo centro de distribución.

b) En relación con el **control**:

El Director mencionado describió, que en su gran mayoría, las comercializadoras han cumplido con el requisito establecido en el Reglamento, teniendo como ejemplo a una nueva empresa que en corto tiempo (un año) logró llegar a la mitad del número mínimo de centros de distribución.

Por otra parte, se señala que no se ha suspendido o extinguido el permiso de operación a ninguna comercializadora por incumplimiento del requisito mencionado. Sin embargo, sí se han concedido prórrogas necesarias con el fin de que puedan llegar a cumplir con el mínimo requerido de estaciones de servicio.¹⁶

Finalmente, respecto al control técnico destacó que, sin importar el número de centros de distribución, *“(...) el control de la ARCH siempre se acopla al Reglamento que la autoridad competente autorice o apruebe”*.

Por su parte, el Director de Regulación y Normativa, manifestó lo siguiente:¹⁷

a) En relación al **abastecimiento**:

El abastecimiento de los centros de distribución por parte de las comercializadoras, es solo una variable de las consideradas dentro del análisis para ser aprobadas por parte del Ministerio al momento de otorgar el permiso de operaciones, pero se debe mencionar que es considerada de suma importancia por la afectación que podría dar a la ciudadanía ante un eventual desabastecimiento de combustible.

b) Respecto al **control**:

¹⁶ Reglamento. - Disposición Transitoria Única: Extiéndase por veinte y cuatro (24) meses plazo adicionales, a lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Resolución No. 004-002-DIRECTORIO-ARCH-2015, publicada en el Registro Oficial No. 621, el 05 de noviembre de 2015, a los sujetos de control regulados por este Reglamento, los cuales deberán cumplir con la actualización de la documentación de calificación que les habilite obtener la Resolución de autorización, observando los requisitos fijados en este Reglamento, caso contrario se procederá con la suspensión y posterior con la extinción de la Autorización por parte del Ministerio del Ramo o de la Agencia.

Es oportuno recalcar, que para el caso de las comercializadoras suspendidas por el Ministerio Rector, podrán continuar realizando los trámites administrativos frente a la Agencia, con la finalidad de afiliar nuevos centros de distribución a su red y cumplir los requisitos. Mientras dure la suspensión la Empresa Pública deberá abastecer a los centros de distribución vinculados a la red de la comercializadora suspendida.

¹⁷ Si bien anteriormente ya se descartó el aspecto de rentabilidad, consideramos relevante mencionar lo señalado por este servidor respecto de este tema, quien mencionó que si nos concentráramos en *“(...) los sustentos netamente técnicos y que fueran netamente económicos, (...) diez (10) incluso es un valor muy pequeño, es extremadamente al límite de lo que se debería hacer para que sea rentable”*.

Se destacó que para el cumplimiento del requisito, una comercializadora tuvo cinco (5) años para poder captar el mínimo de estaciones de servicio dentro de su red de distribución; y que si no logró este objetivo, es debido a que su capacidad operativa no le permitió atraer a los centros de distribución necesarios, e incluso generó un resultado contrario, puesto que ciertos centros se desafilieron.

Por otra parte, este funcionario considera que al no poner un limitante como el requisito mínimo analizado, las comercializadoras con una (1) sola estación de servicio podrían aumentar significativamente, lo cual a estas les podría representar ciertos beneficios en su condición de únicas; sin embargo, al Estado le podría acarrear inconvenientes en cuanto a su control.

En conclusión, los funcionarios mencionados pudieron concordar con lo señalado en el párrafo anterior.

Reunión entre la ARC y la INAC el 9 de noviembre de 2021¹⁸

Posteriormente, mediante Oficio No. SCPM-IGT-INAC-2021-393 de 4 de noviembre de 2021, la INAC convocó a la ARC a una nueva reunión de trabajo para el 9 de noviembre con el fin de tratar los aspectos que motivaron el establecimiento del requisito estipulado en el Reglamento, los cuales se describen a continuación:

El Coordinador Técnico de Regulación y Control Hidrocarburífero (s), mencionó que:

a) En relación al **abastecimiento**:

La ARC realiza el control y fiscalización de toda la cadena de comercialización, “(...) *del abastecimiento, (...) (para que (las comercializadoras) tengan combustible para poder vender, y adicionalmente que cumplan aspectos técnicos y administrativos para poder operar*”.

En ese sentido, cabe la explicación respecto de que las comercializadoras reciben el producto según el volumen de combustible que requieren, para abastecer a sus centros de distribución, el cual a su vez es calculado con base en sus consumos del último

¹⁸ Para efectos de este informe, la INAC por medio del Oficio No. SCPM-IGT-INAC-2021-307 de 03 de septiembre de 2021 convocó a una reunión de trabajo a la ahora llamada ARC para el día miércoles 08 de septiembre de 2021, misma que a petición de la Agencia fue reprogramada y notificada mediante Oficio No. SCPM-IGT-INAC-2021-308 de 08 de septiembre de 2021. En este sentido, se efectuó la reunión de trabajo el 10 de septiembre de 2021, permitiéndonos consultar cuál es el interés público o derecho que se buscaba proteger al establecer lo señalado en el literal d) artículo 12 del Reglamento, en relación al segmento automotriz; sin embargo, no pudimos contar con respuestas concretas al respecto, toda vez que por varios factores señalados por parte de los representantes de la ARC, no tenían el respaldo pertinente que sustente la creación de la normativa analizada.

periodo. Esto les permite realizar una redistribución dentro de su red de estaciones de servicio con el fin de no tener problemas de abastecimiento.

De la misma manera, si una comercializadora tendría solo una estación de servicio, en caso de presentarse algún problema de abastecimiento, no se podría realizar la redistribución del combustible y ese centro quedaría desabastecido del producto. En dicho caso, tendría que esperar para poder abastecerse nuevamente en el centro de abastecimiento.

Sin embargo, no se puede dejar de lado las acciones que lleva a cabo la ARC para prevenir el desabastecimiento de combustible en los centros de distribución a nivel nacional. Entre otras, la Agencia lleva un registro mensual del combustible asignado a cada comercializadora con el fin de proyectar el producto que necesitaría en los periodos subsiguientes.

Por otro lado, en el eventual caso de que una comercializadora presente problemas y no pueda abastecer a su centro de distribución, la ARC realiza las gestiones pertinentes para que EP PETROECUADOR abastezca directamente al centro. Y si una comercializadora deja de operar, la ARC solicita a EP PETROECUADOR que tome a la estación de servicio como parte de su red hasta que esta pueda definir una relación contractual con una de las comercializadoras que se encuentran operando.

A través de estas acciones la ARC no permite que un centro de distribución deje de comercializar combustible, con lo cual evita el desabastecimiento en protección de la ciudadanía.

Por otra parte, se afirmó que no habría relación entre el requisito de mínimo diez (10) estaciones de servicio, contemplado en el Reglamento, y el abastecimiento de combustible que realiza la comercializadora a toda su red, ya que no dependería de un número determinado para poder operar.

- b) En cuanto al **control** a las comercializadoras, se pudo conocer cuál es el procedimiento que llevan a cabo:

La ARC afirma que basa su accionar en lo estipulado en la Ley de Hidrocarburos, a fin de realizar los siguientes controles:

- i) Regulares, que son aquellos que están programados;
- ii) Aleatorios, que se pueden efectuar en cualquier momento; y,
- iii) Anuales, que se lo realiza una vez durante el año; esto con el fin de poder identificar el cumplimiento de la norma, tanto en la parte administrativa como técnica.

En este sentido, los representantes de la ARC mencionaron que en el caso en el que se tuviera que realizar el control, regulación y fiscalización a un número mayor de comercializadoras –producto de la eliminación del requisito mínimo de centros de distribución–, el ejercicio podría volverse más arduo y el capital humano y técnico con el que actualmente cuenta la Agencia no sería suficiente.

Esto tomando en consideración, que hoy en día la ARC realiza un control *administrativo* hacia las comercializadoras y asimismo, es la encargada del control *técnico* con el fin de verificar que cada uno de sus centros de distribución o estaciones de servicio abanderados cumplan con los parámetros establecidos en la norma.

De conformidad con lo señalado por parte de los funcionarios, el primer tipo de control se da respecto de la verificación del cumplimiento de los requisitos formales hacia las comercializadoras (que la documentación esté al día, entre otros aspectos), mientras que el segundo se da *in situ*, para la constatación de que cada centro de distribución o estación de servicio se encuentre en acatamiento de las normas de carácter práctico (verificación del estado físico de la infraestructura, misma que comprende una revisión integral del establecimiento en cuanto a: dispensadores de combustible, calidad del producto, aspectos estéticos de la estación de servicio, entre otros). En ese sentido, se puede inferir que el control administrativo requiere de menor capacidad humana, coordinación y tiempo, al contrario del control técnico, que incluso precisa de coordinación logística para ser llevado a cabo.

Entonces, en el escenario en el que la ARC debiese normar a un mayor número de comercializadoras, la Institución tendría que realizar un trabajo más exhaustivo, puesto que si bien involucraría el control administrativo hacia las comercializadoras, a su vez tendría que efectuar el control administrativo y técnico a cada uno de los centros de distribución o estaciones de servicio abanderados, lo cual podría mermar o dificultar el control que la agencia realiza ante sus actuales condiciones. Sin embargo, **se pudo deducir que el control que aumentaría sería el *administrativo*, es decir, el que menor carga de trabajo acarrearía (esto frente al control técnico), puesto que lo que incrementaría sería el número de comercializadoras**, no el de centros de distribución y consecuentemente, el control técnico no variaría en gran medida, salvo el incremento normal del mercado.

En todo caso, una funcionaria de la Coordinación Técnica de Regulación y Control Hidrocarbúrico de dicha institución, mencionó que: “(...) *para la Agencia no influye que un centro esté con una comercializadora o con otra (...) al final de cuenta vamos a tener las mismas 1.142 estaciones que tenemos y las que se sigan autorizando*”.¹⁹ De igual

¹⁹ Reunión con la ARC, el 9 de noviembre de 2021, 1:15:00.

forma, se mencionó que “*si hay más sujetos de control, nosotros tuviéramos que darnos la manera para acaparar todo el control que tengamos que ejercer*”.²⁰

Oficio No. ARCERNNR-CTRCH-2021-0615-OF de 19 de noviembre de 2021, mediante el cual la ARC dio respuesta al último requerimiento de información realizado

Ante la pregunta que la DNPC le efectuó a la ARC mediante No. Oficio SCPM-IGT-INAC-2021-399 de 15 de noviembre de 2021 en cuanto a “*de qué forma cambiaría este procedimiento en el caso de que no existiese el literal d) del artículo 12 del Reglamento, referente al sector automotriz*”, la ARC a través del Oficio No. ARCERNNR-CTRCH-2021-0615-OF de 19 de noviembre de 2021 señaló algunas de las responsabilidades que las comercializadoras tienen dentro del proceso de comercialización, con el fin de señalar que en caso de que se elimine el literal d) del artículo 12 del Reglamento, los centros de distribución tendrían que asumirlas y que por ende, (y a diferencia de lo señalado en la última reunión mantenida entre la ARC y la DNPC), no se considera conveniente eliminar el requisito objeto del presente análisis.

A este respecto, es importante señalar que la exclusión del requisito no implica necesariamente que los centros deban asumir las responsabilidades que actualmente asumen las comercializadoras, puesto que no se plantea la eliminación de las comercializadoras, sino solamente el mínimo de centros que estas deberán tener. En ese sentido, la exclusión del requisito que se analiza a lo largo del presente documento, pretendería que cada comercializadora pueda tener el número de centros de distribución que considere adecuado.

Capítulo 5. Descripción del mercado

Como se ha señalado en acápites anteriores, de conformidad con la CRE, es competencia exclusiva del Estado los recursos energéticos, minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales; de tal forma, que le corresponde la administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos, como son: energía, telecomunicaciones, recursos naturales no renovables, transporte, refinación de hidrocarburos, biodiversidad, patrimonio genético, espectro radioeléctrico y agua.

Con lo cual, para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, así como para el desarrollo de otras actividades económicas, el Estado tiene la potestad de constituir empresas públicas como sociedades con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.²¹

²⁰ Reunión con la ARC, el 9 de noviembre de 2021, 1:17:00.

²¹ *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, art. 315.

Para tal efecto, se prevé que las actividades como el transporte de hidrocarburos, su refinación, industrialización, almacenamiento y comercialización, serán realizadas directamente por las empresas públicas o por delegación por empresas nacionales o extranjeras.

En el país, la ARC es el organismo técnico encargado de regular, controlar y fiscalizar las actividades técnicas y operacionales en las fases de la industria hidrocarburífera que realizan las diferentes empresas sean estas públicas o privadas, nacionales, extranjeras, empresas mixtas, consorcios o asociaciones.

El ente regulador (la ARC) tiene como misión garantizar el aprovechamiento óptimo de los recursos hidrocarburíferos, comprendiendo la regulación a la industria petrolera, de acuerdo sus atribuciones, a las actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de los hidrocarburos y de sus derivados.

Por su parte, el Directorio está encargado de velar por el cumplimiento de las políticas nacionales hidrocarburíferas y del Ministerio sectorial, de formular directrices para la gestión institucional, así como de efectuar el control estratégico de la ARC y de dictar las normas relacionadas con la prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de los hidrocarburos y de sus derivados dentro del ámbito de su competencia.²²

5.1. Definiciones del sector

Para la correcta comprensión del sector, se ha considerado indispensable tomar en cuenta las siguientes definiciones, mismas que se encuentran determinadas en el Reglamento:²³

“(…) Centros de Distribución.- Instalaciones autorizadas y registradas en la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, en las cuales se realizan actividades de recepción, almacenamiento y venta al consumidor final de derivados de petróleo y derivados de petróleo y sus mezclas con biocombustibles.

Comercializadora.- Persona natural o jurídica nacional o extranjera, pública, privada o mixta, autorizada por el Ministro Sectorial para ejercer las actividades de comercialización de derivados de petróleo o derivados de petróleo y sus mezclas con biocombustibles.

(…) Red de Distribución.- Conjunto de centros de distribución de propiedad o vinculados contractualmente a una comercializadora, que distribuyen derivados del petróleo o

²² *Ley de Hidrocarburos*. Registro Oficial No. 711, 15 noviembre de 1978, art. 21.

²³ Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables, *Reglamento Actividades de Comercialización de Derivados de Petróleo*, Registro Oficial No. 621, 5 de noviembre de 2015, Anexo A.

derivados de petróleo y sus mezclas con biocombustibles a los consumidores finales bajo la marca y estándares de ésta (...)

5.2. Cadena de valor de las operaciones hidrocarburíferas

De acuerdo a lo señalado en la publicación de EP PETROECUADOR,²⁴ la secuencia de procesos y subprocesos en las operaciones hidrocarburíferas es conocida en toda industria como cadena de valor. Esta cadena comprende una serie de fases que deben surtirse con la finalidad de que la materia prima sea correctamente tratada, para así obtener el producto terminado que será objeto de comercialización.

La cadena de valor del sector de hidrocarburos se compone de tres etapas principales. Las actividades de la fase *Upstream*, que comprenden la exploración y producción de hidrocarburos; la *Midstream*, que incluye el transporte y almacenamiento de crudo y sus derivados; y, las actividades de la *Downstream*, que abarcan los procesos de refinación y comercialización.

La fase *Upstream* inicia con la exploración, la cual es una de las actividades más importantes en la búsqueda de hidrocarburos pues consiste en la planificación, ejecución y evaluación de las capas de rocas sedimentarias en el subsuelo, mediante la implementación de métodos geológicos y geofísicos. Con base en la información recabada, expertos toman la decisión sobre la pertinencia de perforar pozos exploratorios con el fin de confirmar la presencia, calidad y dimensión de los yacimientos. Por otro lado, la producción es la extracción de petróleo y gas del subsuelo. El petróleo se extrae mediante la perforación de un pozo sobre un yacimiento.

En la fase *Midstream*, el crudo es transportado mediante diferentes sistemas como oleoductos, carrotanques y poliductos, desde la boca de pozo hasta otro de consumo (exportación o industrialización) en donde se almacenan y procesan.

La fase *Downstream* es inaugurada con el proceso de refinación, donde el crudo es transformado en diversos tipos de combustible, para proporcionar valor agregado y satisfacer las necesidades hidrocarburíferas del país para el consumo interno y la exportación. En esta etapa, el crudo debe pasar una serie de procesos físicos – químicos, mediante los cuales se transforman en derivados comercializables, ya sea como productos terminados o como materia prima para la obtención de nuevos productos.

Para finalizar, se procede con la comercialización mediante la cual se realizan todas aquellas actividades para que los productos puedan quedar a disposición del

²⁴ Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR, “El petróleo en el Ecuador la nueva era petrolera”, *Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR*, 2013, p.24-7, <https://www.eppetroecuador.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/03/El-Petr%C3%B3leo-en-el-Ecuador-La-Nueva-Era.pdf>.

consumidor final. Se cumple este proceso generalmente por distribuidores mayoristas o minoristas.

Las etapas antes mencionadas se reflejan dentro de la estructura petrolera o cadena de valor, las cuales permiten satisfacer las necesidades del mercado interno ecuatoriano, mismas que se desprenden en relación a la demanda de combustibles.

5.3. Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador (EP PETROECUADOR)

Mediante Decreto Ejecutivo No. 315 de 06 de abril de 2010 se creó la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, EP PETROECUADOR, como una persona de derecho público con personalidad jurídica.²⁵ De esta manera se constituyó en una empresa con gerencias operativas y de soporte, con el objeto principal de gestión del sector estratégico de los recursos naturales no renovables y de intervención en todas las fases de la actividad hidrocarburífera.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1351-A de 1 de noviembre de 2012, se reformó el Decreto señalado en el párrafo anterior. En la reforma se excluyó de la gestión e intervención que realiza EP PETROECUADOR, las fases de exploración y explotación, actividades que se asignaron a la gestión de PETROAMAZONAS EP.

En el Plan de Negocios, Expansión e Inversión 2019 emitido por la Subgerencia de Planificación y Control de Gestión de EP PETROECUADOR,²⁶ y aprobado mediante Resolución No. DIR-EPP-04-2019-01-16, se realizó una descripción de los mercados en los que ejerce su gestión EP PETROECUADOR.

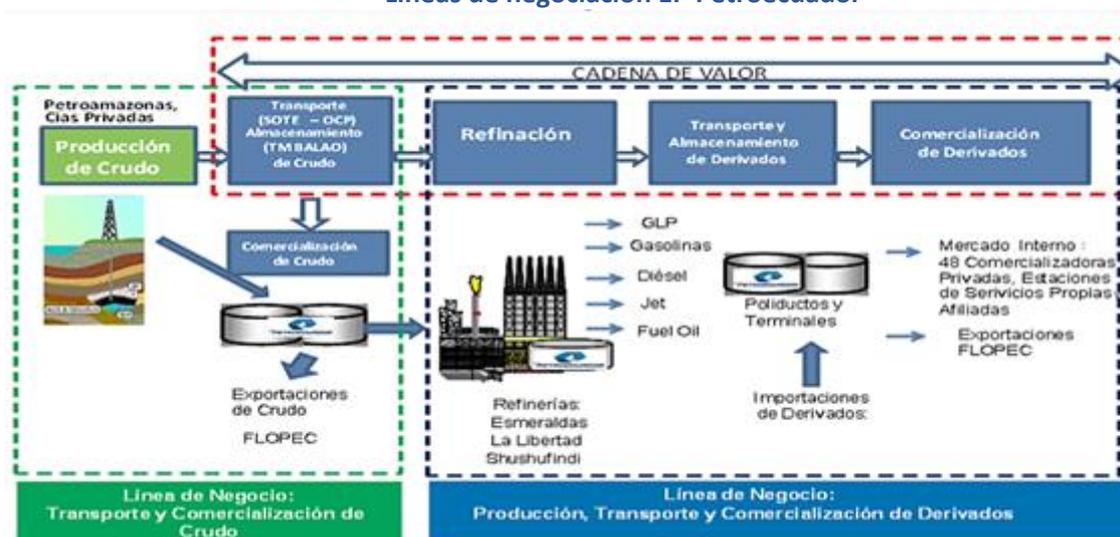
EP PETROECUADOR se desarrolla en dos líneas de negocios o mercados en los que participa. La primera línea de negocio está a cargo del transporte, almacenamiento y comercialización de crudo. La segunda se encarga de la producción, transporte, comercialización interna de combustibles líquidos derivados de hidrocarburos y sus mezclas con biocombustibles.

Por lo tanto, la operación de las áreas de transporte, almacenamiento, refinación, comercialización interna y externa de crudo, derivados y gas natural es exclusiva de la gestión de EP PETROECUADOR. Estas acciones cumplen con el propósito del abastecimiento de combustibles a nivel nacional y aporta al desarrollo sostenible del país.

²⁵ Decreto Ejecutivo 315, Registro Oficial Suplemento No. 171, 2 de enero de 2013, art 1.

²⁶ Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR, “Plan General de Negocios, Expansión e Inversión 2019”, *Ecuador Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR*, 2018, 4-6, <https://www.eppetroecuador.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/02/PLAN-NEGOCIOS-2019-COMPLETO.pdf>.

Gráfico 1
Líneas de negociación EP Petroecuador



Fuente: EP PETROECUADOR

Elaboración: Gerencia de Comercialización Nacional²⁷

Como se indicó anteriormente, en las áreas de refinación, transporte y abastecimiento de derivados, EP PETROECUADOR tiene competencia directa y exclusiva responsabilidad; adicionalmente, en cuanto al servicio de abastecimiento de derivados, dispone de una sub-línea de negocio, cuyo principal objetivo es balancear el abastecimiento de combustibles a nivel nacional, por lo cual compete en el mercado con varias comercializadoras.

EP PETROECUADOR tiene como principal obligación la entrega oportuna a las comercializadoras de los productos y servicios con alta calidad, eficiencia y ambientalmente seguros.²⁸

Cabe señalar que dentro del presente análisis se tratarán aspectos únicamente relacionados con la fase de comercialización de combustibles en el segmento automotriz, toda vez que es el ámbito de acción sobre el cual se aplica la norma en cuestión.

5.4. Comercializadoras en el segmento automotriz

Las actividades de comercialización de combustibles derivados de petróleo, realizadas por los operadores económicos del segmento automotriz están reguladas mediante la

²⁷ *Ibíd.*, 2.

²⁸ *Ley de Hidrocarburos*. Registro Oficial No. 711, 15 noviembre de 1978, art. 69.

Ley de Hidrocarburos, el Reglamento, y el Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas.²⁹

En este sentido, en el Ecuador, las actividades de almacenamiento, distribución y venta al público de los productos derivados de las operaciones hidrocarburíferas son realizadas por EP PETROECUADOR o por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras de reconocida competencia en esta materia, siempre y cuando se encuentren legalmente establecidas en el país, para lo cual deberán sujetarse a los requisitos técnicos y a las normas de calidad, protección ambiental y de control que fije la ARC, con el fin de garantizar un óptimo y permanente servicio al consumidor.³⁰ Tomando en consideración que la naturaleza de estas actividades las constituyen un servicio público, estas no podrán ser suspendidas, salvo caso fortuito o fuerza mayor debidamente aceptados por la ARC.³¹

La autorización para ejercer las actividades de comercialización de los productos derivados del petróleo y de sus mezclas con biocombustibles será expedida por la autoridad competente.³² Para ello, los operadores económicos interesados en acceder o continuar participando en la ejecución de estas actividades económicas, deben cumplir con los requisitos y exigencias requeridas en el artículo 12 del Reglamento.³³

Posteriormente, ante una solicitud por parte de una empresa para operar como comercializadora, la ARC procederá de conformidad con lo señalado en el Reglamento,³⁴ con el fin de presentar un informe técnico al Ministerio Sectorial,³⁵ quien a su vez, calificará la solicitud mediante una Resolución y será puesta en conocimiento del solicitante.

Finalmente, el Ministerio Sectorial, mediante Acuerdo Ministerial, autorizará el ejercicio de las actividades de comercialización de derivados del petróleo o derivados de petróleo y sus mezclas con biocombustibles.³⁶

²⁹ Ministerio de Hidrocarburos, *ACUERDO No. MH-MH-2018-001-AM - Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas*, Registro Oficial No. 254, Edición Especial, 2 de febrero de 2018.

³⁰ *Ley de Hidrocarburos*. Registro Oficial No. 711, 15 noviembre de 1978, art. 68.

³¹ *Decreto Ejecutivo No. 752 - Reglamento para la 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)*, Registro Oficial No. 621, Segundo Suplemento, 5 de noviembre de 2015, art. 4.

³² *Ibíd.*, art. 3.

³³ *Ibíd.*, art. 12.

³⁴ *Ibíd.*, art. 15.

³⁵ *Ibíd.*, art. 16.

³⁶ *Ibíd.*, art. 17.

Por otra parte, el Reglamento³⁷ señala las causales de suspensión de la autorización de las operaciones y del registro de las comercializadoras:

- a. Cometimiento de infracciones al marco legal, reglamentario o normativo que regula la comercialización de derivados del petróleo o derivados del petróleo y sus mezclas con biocombustibles.
- b. A solicitud motivada del sujeto de control.
- c. Como resultado del control anual realizado por la ARCH.

A su vez, el Reglamento establece las causales de la extinción de la autorización de la operación y del registro,³⁸ considerándose las siguientes:

- a. A petición de su titular.
- b. Por cesión o transferencia de la autorización.
- c. Por sentencia ejecutoriada dictada por autoridad competente.
- d. Como resultado del control anual realizado por la ARCH.
- e. Por las demás causales que establezca el marco legal, reglamentario o normativo aplicable a la comercialización de derivados del petróleo o derivados del petróleo y sus mezclas con biocombustibles.

En el Ecuador, las comercializadoras deberán cumplir con las obligaciones específicas señaladas en el Reglamento,³⁹ así como las señaladas en el Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, el cual determina la responsabilidad de controlar que sus actividades se efectúen con apego a las normas técnicas aplicables a la materia, debiendo cumplir y hacer cumplir a toda la cadena de comercialización, las regulaciones técnicas y de seguridad en el manejo de los combustibles y demás disposiciones legales y reglamentarias.⁴⁰

En tal virtud, la ARC, al ejercer el control y fiscalización de las actividades de comercialización de derivados del petróleo o derivados de petróleo y sus mezclas con biocombustibles, en cualquier momento sin notificación previa, a fin de garantizar *“el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias y verificar que los derechos de los consumidores finales no sean vulnerados”*,⁴¹ y como resultado de la inspección, podrá emitir el certificado de control anual el cual habilitará a los operadores económicos a continuar ejerciendo sus actividades.⁴²

³⁷ *Ibíd.*, art. 23.

³⁸ *Ibíd.*, art. 24.

³⁹ *Ibíd.*, art. 26, numeral 2.

⁴⁰ Ministerio de Hidrocarburos, *Acuerdo No. MH-MH-2018-001-AM - Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas*, Registro Oficial No. 254, Edición Especial, 2 de febrero de 2018., art. 157 y 158.

⁴¹ *Decreto Ejecutivo No. 752 - Reglamento para la 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)*, Registro Oficial No. 621, Segundo Suplemento, 5 de noviembre de 2015, art. 35.

⁴² *Ibíd.*, art 37.

Finalmente, para la autorización de viabilidad del emplazamiento de un nuevo proyecto, los interesados deben cumplir con los requisitos establecidos en la normativa vigente para realizar las actividades de comercialización interna, solicitud que debe presentarse ante la ARC.⁴³

De acuerdo a la información proporcionada por la ARCH mediante Oficio No. ARCH-DRN-2020-0190-OF, los centros de distribución del segmento automotriz por comercializadora en el año 2021, son los siguientes:

Tabla 1
Número de establecimientos del segmento automotriz por comercializadora en el 2021

Comercializadora		Número de establecimientos
1	CLYAN SERVICES WORLD S.A.	14
2	COMBUSTIBLES DEL ECUADOR S.A. COMDECSA	7
3	COMERCIO, INDUSTRIAS Y SERVICIOS PETROLEROS PETROWORLD S.A.	14
4	COMPANÍA PETRÓLEOS DE LOS RÍOS C. A. PETROLRÍOS	97
5	EMPRESA PUBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR	228
6	ENERGYGAS S.A.	16
7	GASPETROLIUM S.A.	7
8	LISRONI S.A.	6
9	MASGAS S.A.	93
10	PDV ECUADOR S.A.	62
11	PETRO CONDOR S.A.	4
12	PETROLEOS Y SERVICIOS PYS C.A.	259
13	PRIMAX COMERCIAL DEL ECUADOR S.A.	214
14	SERVIOIL CIA. LTDA.	13
15	TERPEL - COMERCIAL ECUADOR CIA. LTDA.	110
TOTAL DE ESTABLECIMIENTOS		1144

Fuente: ARC

Elaboración: DNPC

En el mercado, en el segmento automotriz existen mil ciento cuarenta y cuatro (1144) centros de distribución o establecimientos, según la documentación proporcionada por la ARC para el 2021, los cuales están debidamente certificados por mencionada entidad.

La empresa PETRÓLEOS Y SERVICIOS PYS C.A. es la comercializadora que más establecimientos posee con doscientos cincuenta y nueve (259) centros de distribución, y PETRO CONDOR S.A. es la comercializadora que posee menos establecimientos con cuatro (4) centros de distribución.

⁴³ Los requisitos determinados en el artículo 12 del Reglamento para la Autorización de Actividades de Comercialización de Derivados de Petróleo o derivados del petróleo y sus mezclas con biocombustibles, excepto el Gas Licuado de Petróleo (GLP).

En este sentido, se puede identificar que cuatro (4) comercializadoras no cumplirían aún con el requisito mínimo de estaciones de servicio requerido en el Reglamento, representando el 26,6% del mercado de comercializadoras en el Ecuador.

Capítulo 6. Análisis de legalidad de la barrera normativa

Para empezar este análisis, se considera importante señalar lo establecido en el Instructivo en su artículo 3:

(...) se entenderá como barrera normativa a toda exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad u organismo del sector público, en ejercicio de su potestad normativa, que produce el efecto de condicionar, restringir u obstaculizar el acceso, permanencia y/o salida de los operadores económicos en un mercado (...).

Como acto seguido, es menester tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 7 del Instructivo en cuanto a que los análisis de legalidad y proporcionalidad de las barreras normativas se efectuarán de conformidad con los parámetros de la Metodología. Dicho documento señala que existirán dos etapas de evaluación, por una parte, se hará un análisis respecto de la legalidad, y, por otra, un análisis de proporcionalidad. En este apartado se empezará con el de legalidad y posteriormente se continuará con el de proporcionalidad. En virtud de lo expuesto, se analizará el Reglamento, junto con sus posteriores reformas, mismas que fueron aprobadas por el Directorio de la ARCH mediante Resolución No. 004-002-DIRECTORIO-ARCH-2015, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 621 del 5 de noviembre de 2015, y por 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.

La presunta barrera normativa que se examinará, se encuentra establecida en el artículo 12 literal d) del Reglamento, esto es, aquel reformado por la Resolución No. ARCERNNR-008/2020 del 11 de septiembre de 2020 y señalada en el párrafo anterior.

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
---------------------	---------------------------	----------------

Automotriz	Gasolinas Diésel Biocombustibles y sus mezclas	Mínimo 10 centros de distribución
------------	--	--------------------------------------

(...)⁴⁴

Una vez que se ha determinado el alcance del análisis, a continuación se considera lo establecido en los literales a) y b) del artículo 8 del Instructivo, en los cuales se establece que el análisis de legalidad de una posible medida restrictiva, se lo realizará evaluando los siguientes aspectos o subniveles: a) La existencia o no de atribuciones o competencias conferidas por ley que autoricen a la entidad u organismo a expedir o aplicar la normativa que contiene la barrera normativa bajo análisis; y, b) Determinar si la aplicación de la barrera normativa contraviene una norma del ordenamiento jurídico.

6.1. Primer subnivel del análisis de legalidad: Existencia de competencias y/o atribuciones conferidas por ley a las entidades que emiten y/o imponen la barrera normativa

Las atribuciones y competencias de las entidades estatales que prestan servicios públicos en el país, emanan indefectiblemente del ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador (Constitución, leyes, decretos, acuerdos, resoluciones, etc.), es decir, ninguna institución pública puede ejercer facultades, competencias y/o atribuciones que no estén establecidas en la Constitución y en la ley. Al respecto, el artículo 226 de la Carta Magna señala lo siguiente:

Art. 226.- 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 y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

En ese sentido, *“es importante considerar que la competencia es el ejercicio de las capacidades asignadas por la ley y que en derecho público la competencia no se presume y debe estar expresamente otorgada por una norma jurídica para que pueda reputársela existente”*.⁴⁵ De esta manera, para que un proceso normativo goce de legitimidad, la entidad que promulgue una norma deberá ceñirse estrictamente a las competencias que la ley le ha otorgado. Entonces, dicho acatamiento será indispensable para la validez del cuerpo legal que se emita, puesto que en definitiva, lo que busca el principio de

⁴⁴ Se ha considerado exclusivamente la parte del cuadro que corresponde al segmento automotriz.

⁴⁵ SCPM, *Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas* - Guía No. SCPM – INAC – DNPC – 001 de 26 de octubre del 2020, p.29.

legalidad es garantizar el respeto a la jerarquía constitucional, además de la estabilidad y seguridad jurídica.

En tal virtud, y para entrar a la materia que resulta pertinente, es menester señalar lo determinado en el numeral 11 del artículo 261 de la CRE, en cuanto a que el Estado Central tiene competencia exclusiva sobre los hidrocarburos.

Por su parte, el segundo inciso del artículo 9 de la Ley de Hidrocarburos establece que

(...) la industria petrolera es una actividad altamente especializada, por lo que será normada por la Agencia de Regulación y Control. Esta normatividad comprenderá lo concerniente a la prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de los hidrocarburos y de sus derivados, en el ámbito de su competencia.

A su vez, el Código Orgánico Administrativo,⁴⁶ define en su artículo 65 lo que debe entenderse por competencia: *“(...) es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado”*.

En tal sentido, el artículo 11 de la Ley de Hidrocarburos, en sus literales a), b) y c), señala que dentro de las atribuciones de la ARC están las de regular, controlar y fiscalizar las actividades técnicas y operacionales en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera, esto es, las de exploración, explotación, industrialización, refinación, transporte y comercialización de hidrocarburos, así como el control de la correcta aplicación de la normativa aplicable en materia hidrocarburífera y el control técnico de las actividades señaladas anteriormente.

La ARC está conformada por un Directorio, conforme lo estipula el tercer inciso del mismo artículo 11. Dicho ente está facultado para *“dictar las normas relacionadas con la prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de los hidrocarburos y de sus derivados, en el ámbito de su competencia”*.⁴⁷

Es necesario indicar que a partir de la expedición de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y la Ley de Régimen Tributario Interno, y su posterior reglamento de aplicación, el Directorio de la ARC asume la competencia normativa señalada en líneas anteriores, la cual estaba conferida al Presidente de la República, quien en ejercicio de su potestad reglamentaria, expidió el *“Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización de Combustibles Líquidos Derivados de Hidrocarburos”* (en adelante

⁴⁶ Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial Suplemento No. 31, 7 de julio de 2017.

⁴⁷ Decreto Ejecutivo No. 546 - Reglamento de Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, publicado en el Registro Oficial No. 330 de 29 de noviembre de 2010, art. 21, núm. 1.

“Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización”).⁴⁸ En el literal g) del artículo 8 de dicho Reglamento se establecía que el número mínimo de estaciones de servicio que debía tener un solicitante para ser calificado como comercializadora de combustibles líquidos derivados de hidrocarburos, en el sector automotriz, era de cinco (5).

Posteriormente, el artículo único del Decreto Ejecutivo No. 752 derogó,⁴⁹ entre otros, el Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización; y, la Disposición Transitoria Única estableció que las nuevas disposiciones para regular la comercialización de derivados de petróleo serán dictadas por el Directorio de la ARC. Dicha entidad, en ejercicio de la facultad normativa señalada, dictó la Resolución No. 004-002-DIRECTORIO-ARCH-2015.

En virtud de lo señalado en líneas anteriores, se desprende que la Ley le confirió las atribuciones y competencias suficientes a la ARC, para regular la actividad de comercialización de derivados del petróleo o derivados del petróleo y sus mezclas con biocombustibles, en el segmento automotriz. Por lo tanto, la Resolución detallada en el párrafo anterior, y sus posteriores reformas fueron emitidas conforme a la Ley.

En ese sentido, se comprobó el cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 67 del Código Orgánico Administrativo (en adelante “COA”) en cuanto a que la emisión de la norma objeto del presente análisis fue otorgada en el marco de las facultades de la ARC, así como en observancia de “(...) *todo aquello que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones*”. De igual manera, se verificó el acatamiento a lo estipulado en el artículo 86 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante “ERJAFE”) en cuanto a que se considera que “*los órganos administrativos serán competentes para resolver todos los asuntos y adoptar todas las medidas y decisiones que los consideren razonablemente necesarios para cumplir con sus objetivos específicos determinados en la ley (...)*”.

6.2. Segundo subnivel del análisis de legalidad: Si la barrera normativa contraviene o no alguna disposición del ordenamiento jurídico vigente

Corresponde en esta parte del análisis determinar si la barrera normativa examinada, contraviene o no alguna norma del ordenamiento jurídico, con el fin de verificar que la norma analizada cuenta con eficacia jurídica. Por lo tanto, se procederá a señalar algunas disposiciones constitucionales y legales, a efectos de determinar si la barrera normativa en cuestión se contrapone a ellas o no.

⁴⁸ Decreto Ejecutivo No. 2024 - Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización, publicado en el Registro Oficial, Suplemento No. 445 de 1 de noviembre de 2001.

⁴⁹ Decreto Ejecutivo No. 752 de 10 de agosto de 2015, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 582 del 8 de septiembre de 2015.

La CRE vela por los intercambios económicos y el comercio justo en la Sección Quinta, dentro del Capítulo Sexto “Trabajo y Producción” del Título VI “Régimen de Desarrollo”, y para el efecto dispone lo siguiente:

Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

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.

La Carta Magna en su artículo 336 inciso segundo establece que: *“El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”*.

La Disposición General Cuarta de la LORCPM contiene un mandato para las entidades públicas de observar el régimen de competencia estableciendo que *“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”*.

A su vez, el artículo 1 A de la Ley de Hidrocarburos establece lo siguiente: *“En todas las actividades de hidrocarburos, prohíbanse (...) regulaciones que impidan o distorsionen la libre competencia, por parte del sector privado o público (...)”*. El referido artículo fue añadido por el artículo 31 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, en cuya exposición de motivos para realizar reformas a la Ley de Hidrocarburos se cita *“promover la libre competencia en el sector, así como fortalecer el funcionamiento de la Dirección Nacional de Hidrocarburos y el Ministerio de Energía y Minas y sus actividades de control y regulación, acorde con las nuevas exigencias de la realidad económica”*.

Es importante revisar el hecho de que la presunta barrera normativa sujeta al presente análisis establece requisitos a los operadores económicos para acceder y permanecer en el mercado de la comercialización de combustible en el segmento automotriz.

Cabe aclarar que, para poder determinar si el literal d) del artículo 12 del Reglamento analizado contraviene otras normas del ordenamiento jurídico, se ha tomado únicamente en consideración *reglas* y no *principios*.⁵⁰

⁵⁰ Para mayor información al respecto por favor revisar Anexo Explicativo.

Por su parte, sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, merece ser mencionado que si bien el artículo 1 A de la Ley de Hidrocarburos es una *regla* (y no un *principio*), su disposición directa de prohibir cualquier regulación que impida o distorsione la libre competencia no permite por sí misma comprender qué tipo de regulaciones tendrían ese efecto en la práctica. Por tanto, se deja sumamente abierta (para el caso específico) la interpretación de si una medida como el establecimiento de un número mínimo de estaciones de servicios es una contravención expresa contra dicha disposición y que – en definitiva– afecte (en mayor o en menor medida) de forma perjudicial la libre concurrencia de operadores económicos.⁵¹

En este sentido, dentro de este subnivel de legalidad, no es posible determinar si el artículo 12 literal d) del Reglamento transgrede directamente aspectos como los establecidos en el artículo 1 A de la Ley de Hidrocarburos (dada la falta de precisión en su disposición), por lo cual se requiere de elementos adicionales para medir los efectos de la medida, como los que justamente se toman en cuenta en el análisis del tercer subnivel de proporcionalidad (i.e., proporcionalidad en sentido estricto) descrito en la Metodología.

Por lo señalado, no es posible concluir que el artículo 12 literal d) del Reglamento suponga una contravención de las normas del ordenamiento jurídico; ni tampoco normas de competencia *per se*, por lo que, se deberá continuar con el análisis de los siguientes subniveles de proporcionalidad.

⁵¹ Es importante señalar que uno de los lineamientos para la regulación en materia de la LORCPM es la establecida en su artículo 4 numeral 10 sobre la “necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes”. Al respecto, en la práctica existe variedad de industrias que, aunque deben ser reguladas, son más eficientes si tienen un número reducido de competidores (e.g., monopolios naturales para distribución de agua o de electricidad) debido a que por economías de escala o de ámbito, sus costos medios disminuyen incluso cuando se llega a producir en las fronteras de producción. Si bien no se ha discutido en el presente caso sobre si en el mercado de comercialización de combustibles se pueden presentar tales tipos de economía, o que si alguna u otra regulación podría hacer más eficiente el mercado, se resalta la noción de que la eficiencia de este puede ir más allá que la sola libre concurrencia en un sector, con la finalidad de propender hacia una *mejora regulatoria*.

Capítulo 7. Análisis de proporcionalidad de la barrera normativa

7.1. Primer subnivel del análisis de proporcionalidad: Idoneidad

7.1.1. Problema o contingencia

Como se ha dejado sentado a lo largo del presente documento, dentro de las funciones que tanto la Constitución como la normativa específica de la materia le otorgan, la ARC está a cargo de la administración, regulación, fiscalización, control y gestión de los hidrocarburos, en todas sus fases.

Es menester señalar que de manera formal, lamentablemente no se ha logrado identificar el/los problema/s que se buscaba/n solucionar a través de la norma objeto de análisis, ya sea a través de la normativa *per se*, así como tampoco respecto de los sustentos técnicos recibidos, mismos que fueron mencionados en el acápite tercero del presente documento.

Sin embargo, como parte del trabajo que efectúa dicha institución y conforme lo que se ha podido inferir respecto de lo señalado por sus servidores,⁵² se identificaron dos principales problemas que a continuación se describen brevemente:

- 1) Riesgo de desabastecimiento de centros de distribución que pertenecen a comercializadoras pequeñas; e,
- 2) Incremento de tareas de control por parte de la ARC en las actividades de las comercializadoras, en caso de que prolifere el número de operadores.

7.1.2. Interés público legítimo

Previo a analizar la coherencia entre los objetivos y los medios propuestos que establece la ARC en la normativa analizada, se procederá a determinar si los primeros pueden ser considerados como fines de interés público legítimos. Para la Corte Constitucional del Ecuador, el *“fin constitucionalmente válido es un concepto abierto que permite un margen de interpretación (...)”*⁵³ que, *“debe tener una relación con el reconocimiento, desarrollo o garantía de derechos (...)”*.⁵⁴ Por su parte, de acuerdo a la Corte Constitucional colombiana, en materia de competencia, el interés público *“(...) se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos*

⁵² Reunión con la ARCH el 15 de junio de 2020 y reunión con la ARC el 9 de noviembre de 2021.

⁵³ Corte Constitucional, “Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)”, en *Caso n.º. 11-18-CN*, 12 de junio de 2019, párr. 89.

⁵⁴ *Ibíd.*, párr. 107.

*mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia”.*⁵⁵

De esta forma, el interés público “(...) *significa ante todo el respeto (a los) derechos fundamentales establecidos en una constitución democrática (...)*”.⁵⁶ Además, cabe mencionar que cuando se habla de interés público “*se está haciendo referencia en principio a un interés participado por una mayoría de ciudadanos y que afecta a la sociedad como tal (...)* (es decir,) *se trata de un interés que está por encima de los intereses privados o parciales*”.⁵⁷

Respecto de la normativa examinada, si bien en esta no se establece claramente el objetivo por el cual fue creada, cabe señalar que su artículo 4 señala que:

La comercialización de derivados del petróleo o derivados del petróleo y sus mezclas con biocombustibles, de acuerdo con el artículo 68 de la Ley de Hidrocarburos, *es un servicio público* que deberá ser prestado respetando los principios señalados en la Constitución de la República. Este servicio no podrá suspenderse, salvo caso fortuito o fuerza mayor debidamente aceptado por la ARCH.⁵⁸

El artículo referido en el párrafo anterior permite inferir que la normativa analizada busca, además de regular el sector de la comercialización de combustible, garantizar el abastecimiento de este producto, cuya provisión es considerada como un servicio público, conforme se establece en la disposición referida, en concordancia con el artículo 68 de la Ley de Hidrocarburos⁵⁹ y 314 de la CRE:

(...) El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.⁶⁰

Adicionalmente, se puede deducir que con la expedición del Reglamento, la ARC buscaría garantizar la administración, regulación, control y gestión del Estado sobre los hidrocarburos, de conformidad con lo establecido en el artículo 261 numeral 11 de la

⁵⁵ Corte Constitucional Colombiana, “Sentencia C-616/01”, *Corte Constitucional*, accedido el 19 de diciembre de 2021, p. 37.

⁵⁶ Nicolás López Calera, “El interés público: entre la ideología y el Derecho”, *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 44, (2010): 147.

⁵⁷ *Ibíd.*, 128.

⁵⁸ Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables, *Reglamento Actividades de Comercialización de Derivados de Petróleo*, Registro Oficial No. 621, 5 de noviembre de 2015, art. 4. Énfasis añadido.

⁵⁹ Ley de Hidrocarburos, artículo 68.- “(...) *El almacenamiento, la distribución y la venta de los derivados en el país, constituyen un servicio público que por su naturaleza no podrá ser suspendido por las personas naturales o por las empresas nacionales o extranjeras que lo realicen.*” *Ley de Hidrocarburos*. Registro Oficial No. 711, 15 noviembre de 1978, art. 68.

⁶⁰ *Ibíd.*, art. 314.

CRE que le otorga al Estado central la competencia exclusiva sobre los hidrocarburos.⁶¹
En este orden de ideas, el artículo 313 de la Carta Magna determina:

El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. (...)

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.⁶²

En virtud de señalado en este apartado, la DNPC pudo inferir que el interés público a proteger por parte de la ARC, consistiría en **garantizar la provisión continua, ininterrumpida y de calidad, del servicio público de la comercialización de derivados de petróleos y sus mezclas con biocombustibles**. Y en ese orden de ideas, se considera que los objetivos del referido Reglamento se encaminan a garantizar fines constitucionalmente válidos, estos son: controlar el sector de hidrocarburos y garantizar la provisión y abastecimiento de un servicio público, en consonancia con los artículos 261 numeral 11, 313 y 314 de la CRE.

7.1.3. Objetivo de la norma

Conforme se señaló en el acápite anterior, y tomando en consideración que en el Reglamento no se indica de manera expresa cuál es su objetivo, se ha recogido lo establecido en el artículo 4 del Reglamento,⁶³ en donde se determina que la provisión del servicio deberá respetar los principios señalados en la Constitución.

En ese sentido, se considerará de igual manera, lo mencionado por los funcionarios de la ARCH y la ARC en las reuniones de trabajo mantenidas. En consecuencia, se fijaron como objetivos de la normativa analizada,⁶⁴ los siguientes:

- a) La provisión continua de combustibles a la ciudadanía, con lo cual se busca garantizar el **abastecimiento** de los centros de distribución.

⁶¹ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 261 núm. 11.

⁶² *Ibíd.*, art. 313.

⁶³ Reglamento: Art. 4.- Servicio Público: La comercialización de derivados del petróleo o derivados del petróleo y sus mezclas con biocombustibles, de acuerdo con el artículo 68 de la Ley de Hidrocarburos, es un servicio público que deberá ser prestado respetando los principios señalados en la Constitución de la República. Este servicio no podrá suspenderse, salvo caso fortuito o fuerza mayor debidamente aceptado por la ARCH.

⁶⁴ Aunque en un inicio los funcionarios de la entonces ARCH consideraron la rentabilidad de las comercializadoras como uno de los objetivos que motivaron la expedición del Reglamento, en las últimas reuniones los funcionarios de la actual ARC se apartaron de este criterio.

La ARC pretende asegurar que el mercado se provea de combustible de manera continua,⁶⁵ respetando entre otros, los principios establecidos en el artículo 314 de la CRE sobre eficiencia, accesibilidad y calidad.

- b) La correcta regulación de las autorizaciones para la actividad de comercialización de combustibles con respecto al **control** que lleva a cabo la ARC sobre las comercializadoras.

Asimismo, la ARC procura un mejor control sobre las comercializadoras de combustibles, ya que, consideran que al tener un número reducido de operadores económicos en dicho sector, se facilitaría su tarea de control.⁶⁶

Por lo antes expuesto, se puede mencionar, en primera instancia, que los objetivos que perseguiría la norma analizada serían, por un lado, el **abastecimiento** continuo de las diferentes zonas a nivel nacional y, por otro, el **control** que se lleva a cabo a las comercializadoras.

7.1.4. Medida implementada

En virtud de la potestad normativa que le fue conferida, la medida implementada por la ARC en el literal d) del artículo 12 del Reglamento, objeto del presente análisis, consiste en fijar un número mínimo de diez (10) centros de distribución para que las comercializadoras del segmento automotriz puedan operar. En otras palabras, para que la ARC autorice la operación de comercializadoras de derivados del petróleo o derivados de petróleo con sus mezclas de biocombustibles en el segmento automotriz, las comercializadoras deberán cumplir, entre otros, con el requisito de una red de distribución que abarque mínimo de diez (10) estaciones de gasolineras.

7.1.5. Análisis del objetivo identificado y del medio propuesto

Con lo mencionado, se puede identificar que el objetivo que perseguiría la norma analizada consiste en regular el proceso para obtener la calificación como comercializadora del segmento automotriz, tanto para garantizar el abastecimiento continuo de combustibles a la ciudadanía a nivel nacional, como para no disminuir el ámbito de acción de control de la ARC, considerando su capacidad operativa.

Para ello, la entidad reguladora ha establecido en el literal d) del artículo 12 del Reglamento del segmento automotriz, como requisito un mínimo de diez (10) centros de distribución para que la comercializadora pueda entrar en operaciones.

⁶⁵ Reunión con la ARCH el 15 de junio de 2020.

⁶⁶ Reunión con la ARC, el 9 de noviembre de 2021.

En este sentido, se establece lo siguiente:

- De la revisión realizada a la documentación proporcionada por la ARC, se evidenció que la misma no contenía un sustento técnico o jurídico que sustentara el objetivo de la norma y el establecimiento del mínimo de centros de distribución.
- Por parte del **abastecimiento**, no se encuentra concordancia entre este objetivo y el medio impuesto, ya que tanto las comercializadoras como la ARC (cada uno dentro de su ámbito de acción) deben garantizar un abastecimiento continuo de todos los centros de distribución a nivel nacional, sin importar el número mínimo de estaciones de servicio que cada comercializadora mantenga dentro de su red. Además, con base en lo mencionado por el ARC en la reunión de 9 de noviembre de 2021, esta Agencia históricamente ha podido planificar de manera adecuada el abastecimiento del combustible, y a su vez, dispone de la capacidad suficiente para atender oportunamente cualquier percance que se pueda presentar en dicho proceso de abastecimiento.
- Por parte del **control**, tampoco se distingue una firme concordancia entre el objetivo y el medio propuesto, toda vez que la ARC, sin importar el número mínimo requerido para que las comercializadoras puedan operar, se debe acoplar a las disposiciones de su máxima autoridad, en este caso, del Directorio que emite las respectivas resoluciones.

En este sentido, cabe mencionar que la ARC presentó preocupación ante un potencial incremento desproporcionado de comercializadoras si se prescinde del mencionado requisito en cuestión, ya que esto podría implicar una reducción de su capacidad de control hacia las mismas. Sin embargo, no se pudo sustentar en qué medida podría esto afectar a sus procedimientos de control, dado que (según lo mencionado en la reunión del 9 de noviembre de 2021) con la cantidad actual de funcionarios se puede cumplir con tales controles a conformidad, incluso, ante una mayor cantidad de comercializadoras en el país.

Cabe tomar en cuenta que a la fecha la ARC realiza procesos de control técnico a más de 1.100 estaciones de servicio, lo cual se puede considerar más complejo e integral, versus el control *administrativo* que se efectúa a las comercializadoras (que actualmente son 15 en total) a quienes se ejecutan únicamente controles de este tipo.

De esta forma, se concluye que no existe una relación entre el objetivo identificado y el medio propuesto. Por este motivo, la norma analizada no superaría el presente subnivel de idoneidad.

Capítulo 8. Conclusiones sobre la legalidad y/o proporcionalidad de la barrera normativa

8.1. Conclusión de legalidad

Se puede concluir que la normativa en referencia superó el primer subnivel dentro del análisis de legalidad, toda vez que en el análisis se estableció que la ARC es competente para emitir normativas de regulación en el sector de comercialización de combustibles en concordancia con lo dispuesto en el artículo 67 del COA, respecto a la emisión de la norma y con el artículo 86 del ERJAFE, en cuanto a que se considera que cada órgano administrativo es competente para resolver todos los asuntos y adoptar todas las medidas y decisiones que considere necesarios para cumplir con los objetivos específicos determinados en la ley.

Sin embargo, en el segundo subnivel de legalidad no se logró concluir si la normativa superó o no este análisis, ya que no fue posible determinar si el artículo 12 literal d) del Reglamento transgrede directamente aspectos como los establecidos en el artículo 1 A de la Ley de Hidrocarburos (dada la falta de precisión en su disposición), por lo cual se requiere de elementos adicionales para medir los efectos de la medida, como los que justamente se toman en cuenta en el análisis de proporcionalidad descrito en la Metodología; por lo que, se consideró continuar con el análisis de los siguientes subniveles de proporcionalidad.

Por lo señalado, no es posible concluir que el artículo 12 literal d) del Reglamento suponga una contravención de las normas del ordenamiento jurídico, ni tampoco normas de competencia *per se*, por lo que se continuó con el análisis de los siguientes subniveles de proporcionalidad.

8.2. Conclusión de proporcionalidad

Se puede concluir que pese a que la normativa perseguiría mantener la adecuada regulación y control de las comercializadoras, así como prevenir eventos de desabastecimiento de combustible, no habría una apropiada relación entre estos fines y el requerimiento de un mínimo de diez (10) centros de distribución para que las comercializadoras puedan operar, ya que, por un lado, el abastecimiento estaría siendo adecuadamente cumplido por las propias acciones que realiza la ARC (mismas que se planifican y ejecutan independientemente del número de comercializadoras y estaciones que estén en funcionamiento), y por otro, debido a que los controles que

realiza la ARC a las comercializadoras no aumentarían desproporcionadamente ante una cantidad mayor de estos en operación.

En tal virtud, no se identificó una clara o significativa correspondencia entre el número de comercializadoras y una merma en los controles que realiza la ARC.

Por estas razones, el resultado del presente análisis determina que el requisito analizado, establecido en el literal d) del artículo 12 del Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización de Derivados del petróleo o derivados del petróleo y sus mezclas de biocombustibles, excepto el Gas Licuado de Petróleo (GLP), no supera el primer subnivel de proporcionalidad, por lo que constituye una barrera normativa de entrada y permanencia para el segmento automotriz y en ese sentido, se consideró que no era oportuno continuar con el resto de subniveles de proporcionalidad.

Por otra parte, según la información proporcionada por la ARC, se pudo concluir que cuatro (4) comercializadoras (26.6 % de las que operan en el segmento automotriz) aún no han cumplido con el requisito mínimo, por lo que podrían dejar de operar en el primer semestre del año 2022. En ese sentido, se puede concluir que de mantenerse el requisito, se pondría en riesgo su permanencia en el mercado, aún a pesar de la prórroga establecida en el Reglamento.

Capítulo 9. Referencias bibliográficas

Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables. Reunión de 9 de noviembre de 2021.

Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos. *Resolución No. 004-002-DIRECTORIO-ARCH-2015*. Registro Oficial Suplemento No. 621 del 5 de noviembre de 2015.

Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos. Reunión de 15 de junio de 2020.

Atienza, Manuel y Juan Ruiz. "Sobre Principios y Reglas". *Revista DOXA*, nº 10 (1991): 101-120. Doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.10.04>.

Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial Suplemento No. 31, 7 de julio de 2017.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

Corte Constitucional Colombiana. "Sentencia C-1287/01". *Corte Constitucional*. Accedido 23 de noviembre de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm>.

Corte Constitucional para el período de transición. "Sentencia Interpretativa nº. 0001-09-SIC-CC". En *Caso nº: 0005-09-IC*, 13 de marzo de 2009.

Decreto Ejecutivo No. 315. Registro Oficial Suplemento No. 171. 2 de enero de 2013.

Decreto Ejecutivo No. 1036. Registro Oficial Suplemento No. 209 del 22 de mayo de 2021.

Decreto Ejecutivo No. 2024 - Reglamento para Autorización de Actividades de Comercialización. Registro Oficial, Suplemento No. 445 de 1 de noviembre de 2001.

Decreto Ejecutivo No. 752 - Reglamento para la 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). Registro Oficial No. 621, Segundo Suplemento, 5 de noviembre de 2015.

Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR. "El petróleo en el Ecuador la nueva era petrolera". *Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR*. 2013. <https://www.eppetroecuador.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/03/El-Petr%C3%B3leo-en-el-Ecuador-La-Nueva-Era.pdf>

Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR. "Plan General de Negocios, Expansión e Inversión 2019". *Ecuador Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR*. 2018. <https://www.eppetroecuador.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/02/PLAN-NEGOCIOS-2019-COMPLETO.pdf>

Ley de Hidrocarburos. Registro Oficial No. 711, 15 noviembre de 1978.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial No. 555, 13 de octubre de 2011.

Ministerio de Hidrocarburos. *ACUERDO No. MH-MH-2018-001-AM - Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas*. Registro Oficial No. 254, Edición Especial, 2 de febrero de 2018.

SCPM. *Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas - Guía No. SCPM – INAC –DNPC – 001*. 26 de octubre del 2020.

Vintimilla Saldaña, Jaime. “Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del *Ius Novus* ecuatoriano”. *Iuris Dictio* nº 13 (2010): 47-57. Doi: <https://doi.org/10.18272/iu.v9i13.692>.

Capítulo 10. Anexo

Anexo explicativo

A efectos de brindar mayor información y contexto respecto al ámbito dentro del cual se llevó a cabo el análisis del segundo subnivel de legalidad del informe, en el presente anexo se hará una revisión sobre la naturaleza de las normas objeto de revisión, así como respecto de la materia que se considera le concierne a la SCPM examinar en cuanto a una posible contravención de la norma al ordenamiento jurídico.

Las normas pueden ser clasificadas en reglas y principios. Estos últimos “*son normas jurídicas en las que: a) no hay relación de subsunción entre hechos y consecuencias (entre antecedente y consecuente), y b) su contenido se expresa en lenguaje de alta abstracción, sin que se repita o especifiquen los casos o consecuencias de su aplicación*”.⁶⁷ De esta forma, los principios son pautas valorativas y una fuente supletoria en el análisis de los casos, ya que por su naturaleza axiológica constituyen la inspiración y la base de las prescripciones de los ordenamientos jurídicos.⁶⁸ Por lo que, no se podría precisar violaciones subsumibles a los principios.

En cuanto a las reglas, la Corte Constitucional del Ecuador ha establecido que “(...) son aquellas proposiciones jurídicas en las que existe un antecedente (un hecho típico claramente definido) y un consecuente (una consecuencia jurídica expresa unida al hecho típico antecedente)”.⁶⁹ En igual sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que las reglas son:

(...) disposiciones jurídicas en las que se define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo; una disposición, pues, derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana, la realidad social. Es decir, en virtud de esta estructura lógica, las reglas operan como silogismos.⁷⁰

Para Atienza y Ruiz, la diferencia entre los principios y normas, consiste en que los primeros establecen condiciones para su aplicación de forma abierta, por lo que, requieren de un ejercicio de ponderación. Mientras que, las reglas al determinar las condiciones para su aplicación, excluyen los juicios de valor de las decisiones que tomen los órganos jurisdiccionales, pues configuran el caso de manera cerrada.⁷¹ En este

⁶⁷ Corte Constitucional para el período de transición, “Sentencia Interpretativa n.º: 0001-09-SIC-CC”, en *Caso n.º: 0005-09-IC*, 13 de marzo de 2009, 5.

⁶⁸ Jaime Vintimilla Saldaña, “Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del *ius Novus ecuatoriano*”, *Iuris Dictio* n.º 13 (2010): 50, doi: <https://doi.org/10.18272/iu.v9i13.692>.

⁶⁹ Corte Constitucional para el período de transición, “Sentencia Interpretativa n.º: 0001-09-SIC-CC”, en *Caso n.º: 0005-09-IC*, 13 de marzo de 2009, 5.

⁷⁰ Corte Constitucional Colombiana, “Sentencia C-1287/01”, *Corte Constitucional*, accedido 23 de noviembre de 2021, párr. 5, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm>.

⁷¹ Manuel Atienza y Juan Ruiz, “Sobre Principios y Reglas”, *Revista DOXA*, n.º 10 (1991): 110-1, doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.10.04>.

sentido, los principios, a diferencia de las reglas, son mandatos de optimización que deben ser cumplidos en la medida de lo posible y cuya aplicación puede variar según las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso.⁷² Por esta razón, la DNPC ha centrado el análisis de legalidad respecto de reglas y no de principios.

Por otra parte, cabe aclarar que, en virtud de las atribuciones conferidas a la SCPM y particularmente a la INAC, el análisis del segundo subnivel de legalidad se realizó exclusivamente a la luz de las disposiciones contenidas en la LORCPM, con lo cual se mantiene dentro de sus competencias en cuanto al análisis de legalidad del presente documento. De esta forma, la SCPM no se ha arrogado competencias de otras instituciones, como la atribución de la Procuraduría General del Estado en cuanto a absolver consultas, establecida en el artículo 3, literal f) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.⁷³ Así como al análisis de constitucionalidad de las normas realizado por la Corte Constitucional, de conformidad al artículo 436, numerales 2 y 3 de la CRE.⁷⁴

⁷² Vintimilla, “Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del *Ius Novus* ecuatoriano”, 53.

⁷³ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.- “Art. 3.- De las funciones del Procurador General del Estado.- Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones: (...) f) Absolver, consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas "constitucionales", legales o de otro orden jurídico. El pronunciamiento será obligatorio para la Administración Pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta ley;”

⁷⁴ CRE.- “Art. 436. - La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

(...) 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución”.