

**INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS
DESLEALES**

Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-4-2022

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS
DESLEALES.-** Quito D.M., 02 de octubre de 2023. - **VISTOS.-** En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-2021-093-A de 4 de febrero de 2021, en uso de mis facultades, dentro del presente procedimiento administrativo, en lo principal considero lo siguiente:

PRIMERO. - ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

1. Escrito presentado por el señor Juan Francisco Ayala, en su calidad de presidente y representante legal subrogante de la compañía ACTIVIDADES DE PRONÓSTICOS DEPORTIVOS JUEGOS ON LINE SPORTBET S.A., con RUC 0992911638001, el día 15 de febrero de 2022, las 13h15, con ID 227747, en el cual denunció prácticas desleales presuntamente cometidas por METROCENTRO S.A. y RED DE SERVICIOS ECUADOR S.A.S.
2. Providencia emitida el 3 de marzo de 2022, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante INICPD o Intendencia) dispuso al operador económico SPORTBET S.A., que aclare y complete su denuncia en los literales c) y g) del artículo 54 de la LORCPM.
3. Escrito presentado por Juan Francisco Ayala, en su calidad de presidente y representante legal subrogante de la compañía ACTIVIDADES DE PRONÓSTICOS DEPORTIVOS JUEGOS ON LINE SPORTBET S.A., el día 04 de marzo de 2022, con ID 229472, a través del cual aclaró y completó su denuncia.
4. Providencia emitida el 8 de marzo de 2022, mediante la cual la INICPD agregó el escrito del operador económico SPORTBET S.A., calificó la denuncia, abrió el expediente SCPM-IGT-INICPD-004-2022, corrió traslado con el contenido de la denuncia y sus anexos a los denunciados; y, requirió información a varios operadores económicos e instituciones públicas.
5. Escrito de explicaciones presentado por Salomón Dumani Jiménez, en su calidad de representante legal de la compañía METROCENTRO S.A., con RUC 0990690537001, el día 01 de abril de 2022, con ID 232328.

6. La resolución de 18 de abril de 2022, mediante la cual la INICPD ordenó:

(...) el inicio de la investigación dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD- 4-2022, en contra de los operadores económicos METROCENTRO S.A., en la persona de sus representantes legales los señores SALOMON FUAD DUMANI JIMENEZ y ANTONIO FOAD SAMAN SALEM, compañía que se identifica con el Registro Único de Contribuyentes No.- 0990690537001 y RED-DE-SERVICIOS-ECUADOR S.A.S., en la persona de su representante legal el señor MAURICIO XAVIER VILLACIS CASTILLO compañía que se identifica con el Registro Único de Contribuyentes No.- 1793135528001, por la conducta de violación de normas, conforme lo establece el artículo 27, número 9 de la LORCPM. Las normas jurídicas presuntamente infringidas, y que serán objeto de la fase de investigación serán la pregunta 7 de la consulta popular del 7 de mayo de 2011, así como también el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No.- 873 correspondiente al Reglamento de Juegos de Azar practicados en Casinos y Salas de Juego, publicado en el Registro Oficial Suplemento 536 de 16 de septiembre de 2011 cuya última modificación fue hecha el 3 de octubre de 2011, en los términos señalados en esta resolución. (...)

De conformidad con lo determinado en el artículo 62 del RLORCPM, el plazo de duración de la presente investigación no podrá exceder de 180 días, salvo que en caso de considerarlo pertinente, esta Autoridad prorrogue dicho plazo hasta por 180 días adicionales. (...)

Disponer a la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, la realización de un plan de trabajo en el término de 15 días, el cual será de carácter confidencial, será notificado a la Intendencia General Técnica, de conformidad con lo establecido en los artículos 3, 4 y 5 de la Resolución No. SCPM-DS-2020-50 (...).

7. La resolución de 14 de octubre de 2022, mediante la cual la INICPD ordenó:

PRIMERO.- Conforme lo dispuesto en el artículo 62 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, prorrogúese la duración de la presente investigación, por un plazo máximo de ciento (180) días adicionales, que se computarán a partir del cumplimiento del plazo inicialmente fijado en la resolución de 18 de abril de 2022.

8. La providencia de 05 de abril de 2023, mediante la cual, la INICPD dispuso:

DISPONGO: Por cuanto la complejidad del caso y la información que debía recabarse dentro del presente procedimiento administrativo propició que la etapa de investigación se tramite en un solo expediente, sin que esto haya afectado de forma alguna el derecho a la defensa de las partes o la confidencialidad de la información suministrada por los operadores económicos del sector, esta Intendencia considera que, en observancia de lo previsto en el inciso segundo del artículo 66 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM y el artículo 6 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, el estado del expediente y la naturaleza de los hechos investigados demandan que, esta Autoridad ordene **el desglose del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-4-2022 en dos expedientes independientes**, a fin de que a partir de la presente providencia la sustanciación de los mismos se realice por cuerda separada. Para el efecto, se tendrá en cuenta: **PRIMERO.-** En el expediente **No. SCPM-IGT-INICPD-4-2022** se continuará tramitando el procedimiento administrativo incoado en contra del operador económico **METROCENTRO S.A.** el cual mantendrá el carácter de reservado, excepto

para las partes directamente involucradas. **SEGUNDO.** – Se asigna el expediente **No. SCPM-IGT-INICPD-3-2023** para la tramitación del procedimiento administrativo incoado en contra del operador económico **RED-DE-SERVICIOS-ECUADOR S.A.S**, el cual será de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas. **TERCERO.-** Reproduzcase dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-3-2023, en copias debidamente certificadas, la documentación física y digital que obra hasta la presente fecha en el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-4-2022. **CUARTO.-** Remítase atento memorando a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a efectos de que en el término de diez (10) días cumpla con lo dispuesto en el ordinal TERCERO de la presente providencia. **QUINTO.-** El operador económico **ACTIVIDADES DE PRONÓSTICOS DEPORTIVOS JUEGOS ON LINE SPORTBET S.A.**, mantendrá su participación en ambos expedientes en calidad de denunciante. **SEXTO.-** Infórmese a la Intendencia General Técnica respecto de la presente orden de desglose.

9. La providencia de 06 de abril de 2023, mediante la cual la Intendencia consideró y dispuso lo siguiente:

PRIMERO.- Esta Intendencia mediante providencia de 05 de abril de 2023, dispuso específicamente en los ordinales SEGUNDO y TERCERO, lo siguiente:

“(…) **SEGUNDO.** – Se asigna el expediente **No. SCPM-IGT-INICPD-3-2023** para la tramitación del procedimiento administrativo incoado en contra del operador económico **RED-DE-SERVICIOS-ECUADOR S.A.S**, el cual será de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas. **TERCERO.-** Reproduzcase dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-3-2023, en copias debidamente certificadas, la documentación física y digital que obra hasta la presente fecha en el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-4-2022. (…)”

No obstante, de la revisión de dicha actuación, se identificó que debido a un lapsus calami, erróneamente se hizo constar “expediente No. SCPM-IGT-INICPD-3-2023”, cuando lo correcto es “expediente No. SCPM-IGT-INICPD-4-2023”; en tal virtud, conforme lo previsto en el artículo 133 del Código Orgánico Administrativo, esta Intendencia rectifica los ordinales SEGUNDO y TERCERO de la providencia de 05 de abril de 2023, en el siguiente sentido:

“(…) **SEGUNDO.** – Se asigna el expediente **No. SCPM-IGT-INICPD-4-2023** para la tramitación del procedimiento administrativo incoado en contra del operador económico **RED-DE-SERVICIOS-ECUADOR S.A.S**, el cual será de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas. **TERCERO.-** Reproduzcase dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-4-2023, en copias debidamente certificadas, la documentación física y digital que obra hasta la presente fecha en el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-4-2022. (…)”

En a cuanto a los demás ordinales, se estará a lo dispuesto en la providencia de 5 de abril de 2023.

10. El Informe de Resultados de la Investigación No. SCPM-INICPD-007-2023, de 6 de abril de 2023, emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, y que consta en el expediente con ID 269307, mediante el cual recomendó:

De conformidad con el artículo 58 de la LORCPM, una vez concluida la etapa de

investigación, esta Dirección determinó que el operador económico METROCENTRO S.A. (BETCRIS) cometió la práctica desleal de actos de violación de normas, la cual habría falseado el régimen de competencia dentro del mercado relevante, por lo que este Órgano de investigación recomienda a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales formular cargos en contra del operador económico antes mencionado.

11. La resolución de formulación de cargos, de 11 de abril de 2023, con ID 269476, emitida por esta Intendencia, en los siguientes términos:

PRIMERO.- FORMULAR CARGOS en contra del operador económico METROCENTRO con el Registro Único de Contribuyentes No. 0990690537001, al haber falseado el régimen de competencia mediante el prevailecimiento en el mercado relevante de comercialización del servicio de pronósticos deportivos a través de una ventaja significativa adquirida como resultado del incumplimiento de la norma jurídica contenida en la pregunta 7 de la consulta popular del 7 de mayo de 2011, así como también el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No.- 873 correspondiente al Reglamento de Juegos de Azar practicados en Casinos y Salas de Juego, publicado en el Registro Oficial Suplemento 536 de 16 de septiembre de 2011, de conformidad con el numeral 9, primer inciso del artículo 27 de la LORCPM, dentro del mercado relevante de los pronósticos deportivos on-line comercializados a nivel nacional.

12. El escrito de excepciones presentado por METROCENTRO S.A., el día 03 de mayo de 2023, las 16h35, con ID 270788.
13. La providencia de 04 de mayo de 2023, a través de la cual la Intendencia agregó al expediente los documentos y anexos referidos *ut supra* y dispuso la apertura del término probatorio de sesenta (60) días.
14. La providencia de 16 de mayo de 2023, a través de la cual la Intendencia dentro del término probatorio, reprodujo como prueba las evidencias recabadas en la fase de investigación.
15. La providencia de 24 de mayo de 2023, a través de la cual, la Intendencia dispuso reproducir como prueba varios elementos recabados en la fase de investigación.
16. El acta de migración del expediente constante en el ID. 202302058, de conformidad con la resolución No. SCPM-DS-2022-34, en su disposición transitoria DÉCIMO TERCERA, establece: “... *Se dispone a las Intendencias Nacionales, Regional y a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, informar mediante providencia a las partes de cada uno de los expedientes en estado activo que sustancian, el proceso de migración que se realizará al nuevo gestor procesal, informando que los “IDS” de trámite de todos los anexos de dichos expedientes, cambiarán de numeración. Se deberá indicar claramente que dicho cambio no afecta la sustanciación ni alterará el transcurso normal de los expedientes. El sistema hará visible la*

***numeración antigua y la nueva en la pantalla correspondiente...”
(Énfasis añadido).***

17. El escrito presentado por el operador METROCENTRO S.A., el día 07 de julio de 2023, las 10h48, con ID 202303451, mediante el cual el operador económico solicitó la reproducción y práctica de varias diligencias probatorias.
18. La fe de recepción y constancia del retiro del oficio No. SCE-INICPD-DNICPD-35-2023, dirigido al señor José Daniel Duarte Camacho, en Costa Rica, por parte del abogado Francisco Terreros, signado con ID 202303937.
19. El escrito presentado por METROCENTRO S.A., el día 28 de julio de 2023, las 15h45, con ID 202304258, mediante el cual solicitó:
 1. Que se oficie a la compañía EXCELSIUS S.A., para que informe a su Autoridad el no nombre de la marca bajo la cual ofrece servicios de pronósticos deportivos. Mediante esta prueba su Autoridad podría contar con evidencia de que BETCRIS, cuenta con un representante específicamente para el territorio ecuatoriano, el cual compareció ya dentro de este expediente.

En adición, remitió la guía de remisión No. WAYBILL 84 5464 8742, remitido por METROCENTRO S.A., como anexo al escrito que se despacha, en la que consta el siguiente envío:

EXPRESS EASY		XED	
EPOS v6.0 / 99-1203			
De	TERREROS Y ASOCIADOS LEGAL BURO	Origen/Origin:	UIO
From	TERREROS Y ASOCIADOS LEGAL BURO	Tel/Ph:	0995856004
	ORELLANA E 11 75 Y CORUNA		terrerosf@terrerosasociados.com
	QUITO 170518		
	ECUADOR		
Para	JOSE DANIEL DUARTE CAMACHO	Contacto/Contact:	JOSE DANIEL DUARTE
To:	FORUM 1, 600 METROS OESTE		CAMACHO
	RESIDENCIAL HACIENDA DEL SOL		Tel/Ph: 50661000335
	CASA NO.- 33 COSTA RICA		
	SAN JOSE POZOS DE SANTA		
	ANA		
	COSTA RICA		

Finalmente, solicitó: “2. *En el caso no consentido de que su Autoridad niegue esta petición, solicito que prorrogue la etapa de prueba por un término de 30 días...*”.

20. El escrito presentado por el operador Daniel Enrique Molestina en calidad de Gerente General de EXCELSIUS, el 08 de agosto de 2023, las 16h14, con ID 202304603, mediante el cual señaló: “(...) *EXCELSIUS S.A. tiene independencia jurídica, administrativa y económica con TV GLOBAL ENTERPRISES LTD.,*

propietario de la marca *BETCRIS*, de la plataforma <https://betcris.com/>, y de la actividad económica de pronósticos deportivos. En tal sentido, *EXCELSIUS S.A.*, únicamente es la “empresa asociada comercial de *Betcris* en la República del Ecuador”, sin que tenga injerencia alguna en la administración de la plataforma, como es explicado en los “*Términos y Condiciones*” de la plataforma”.

21. El oficio No. 117012023OACI0018526 remitido por el Servicio de Rentas Internas el día 16 de agosto de 2023, las 12h15, con ID 202304867, mediante el cual señaló:

La Administración Tributaria le comunica, que luego de la revisión efectuada en las diferentes bases de datos con las que cuenta el Servicio de Rentas Internas, respecto a lo solicitado en su petición se verificó la siguiente información:

1.1 Una vez revisada la base de datos del Catastro Tributario, se determina que, al 14 de agosto de 2023, el contribuyente METROCENTRO S.A. con número de RUC 0990690537001 no tiene registrada la actividad económica R92000301 Gestión de sitios de internet dedicados a los juegos de azar virtuales, videojuegos.

1.2 El nombre comercial *BETCRIS* no se encuentra registrado en el contribuyente METROCENTRO S.A.

1.3 Al contribuyente registrado con el nombre comercial *BETCRIS* no le corresponde el número de RUC 0990690537001, el número de RUC que tiene registrado es 0992498412001 con la razón social *BETCRIS ECUADOR S.A.* y con nombre comercial *BETCRIS ECUADOR S.A.*

(...)

2.1 Se remite la base de Catastro Tributario conforme lo solicitado,

2.2 Se adjunta el certificado de histórico de actividades del contribuyente METROCENTRO S.A., con RUC No. 0990690537001.

3.1 Se adjunta catastro vigente actualizado al 15 de julio de 2023.

3.2 Se consideran los pagos al exterior registrados en el Anexo de Movimiento Internacional de Divisas, mediante pagos con tarjetas de crédito y verificación manual en la cual se identifica si son prestadores de servicios digitales.

3.3 De conformidad con lo dispuesto en el Art. 101 de la Ley de Régimen Tributario Interno “(...) *los planes y programas de control que efectúe la Administración Tributaria son de carácter reservado y serán utilizadas para los fines propios de la administración tributaria.*”

3.4 Los prestadores de servicios del exterior, no tienen obligaciones tributarias en razón de que no son residentes del Ecuador. Los prestadores registrados (también no residentes) solo declaran y pagan el IVA y los prestadores domiciliados en el Ecuador cumplen todas las obligaciones tributarias como cualquier contribuyente local.

(...)

•Resolución No. NAC-DGERCGC20-00000055, normas para el registro, declaración y pago del IVA por parte de los prestadores de servicios digitales no residentes calificados como agentes de percepción del IVA, generado en las importaciones de servicios digitales realizadas por residentes fiscales en Ecuador o establecimientos permanentes de no residentes en Ecuador.

3.5 Desde septiembre 2020 se inició el registro de prestadores de servicios digitales en el Ecuador en esta Administración Tributaria.

3.6: Como se puede constatar en el catastro adjunto, BETCRIS si forma parte del Catastro Tributario desde septiembre 2020.

3.7 Se consideran los mismos criterios señalados en el punto 3.2 del presente Oficio.

3.8 BETCRIS no se encuentra registrada ni está domiciliada en el Ecuador. Al no ser residente ecuatoriano, los pagos que se le realicen a través de tarjetas de crédito serán sujetos a retención de IVA, es decir las emisoras de tarjetas de crédito en su calidad de agentes de retención, retendrán el IVA a sus tarjetahabientes por los pagos efectuados a BETCRIS.

En el siguiente link puede encontrarse información adicional del REGISTRO, DECLARACIÓN Y PAGO DEL IVA por parte de los prestadores de servicios digitales no residentes en el Ecuador:

<https://www.sri.gob.ec/web/intersri/registro-declaracion-y-pago-del-iva-prestadores-de-servicios-digitales-no-residentes>
AUDITORIA TRIBUTARIA

4.1 Existen dos procesos de determinación (auditorías) abiertos al sujeto pasivo METROCENTRO S.A.

4.2 El objeto de las auditorías iniciadas al sujeto pasivo METROCENTRO S.A. es verificar la existencia del hecho generador, la base imponible y la cuantía del tributo correspondiente a impuesto a la renta de los ejercicios fiscales de los años 2019 y 2020.

4.3 Los procesos de determinación se encuentran en ejecución y atienden a los plazos de caducidad establecidos en artículo 94 del Código Tributario.

GESTION TRIBUTARIA

4.1 Indique su autoridad si existen procesos administrativos abiertos por su institución en contra del contribuyente Metrocentro S.A. con RUC: 099069053700:

•En el Departamento de Gestión Tributaria se encuentra abierto 1 control disuasivo al contribuyente por una denuncia ingresada por la entrega de facturas caducadas de noviembre 2022.

4.2 En caso de ser afirmativo, indique cuales son los objetos o finalidades de dichos procesos y a qué períodos fiscales corresponden.

Número de caso	Tipo control	Objeto	Periodo fiscal	Estado de proceso	Fecha de inicio	Fecha de vencimiento
1168579	DISUASIVO DE DEBERES FORMALES	<ul style="list-style-type: none"> Analizar la denuncia ingresada por entrega de facturas caducadas en noviembre 2022. Persuadir al contribuyente en el cumplimiento en la entrega de facturas vigentes, siempre que se verifique la denuncia. 	2022	ASIGNADO A ANALISTA	23/8/2023	24/10/2023

4.3 En caso de ser afirmativo, certificar el estado en el que se encuentran dichos procesos. El caso se encuentra asignado a un analista, el mismo que iniciará el 23/08/2023.

En relación con lo señalado en su escrito: *"certifiquen si registran dentro de sus bases de datos institucionales, un apoderado o representante legal del operador económico "BETCRIS" y de la persona jurídica "TV GLOBAL ENTERPRISES LIMITED", en caso de tener una respuesta afirmativa, adjuntar los documentos habilitantes para tal calidad"*; al respecto se le comunica lo siguiente:

El representante legal del contribuyente BETCRIS ECUADOR S.A. con RUC 0992498412001 es LOPEZ VALVERDE DAVID ANDRES, registrado con cargo de GERENTE GENERAL.

La persona jurídica TV GLOBAL ENTERPRISES LIMITED no se encuentra registrada en la base de Catastro Tributario.

Observación: Información verificada al 14 de agosto del 2023.
Documentos adjuntos: 01 sobre (Contiene un CD encriptado).

22. El escrito presentado por JOSÉ DANIEL DUARTE CAMACHO, en calidad de representante legal de la compañía TV GLOBAL ENTERPRISES LTD, bajo la jurisdicción de las leyes de la República de Malta, el día 04 de septiembre de 2023, las 16h52, con ID 202305553, mediante el cual señaló:

- TV GLOBAL ENTERPRISES LTD. es la titular, de la plataforma virtual *betcris.com*, esto es su funcionamiento, servicios, actividades económicas y su contenido, siendo licenciataria de la marca BETCRIS, a nivel internacional. De la misma forma, dicha plataforma virtual muestra una presentación única para todos los usuarios a nivel internacional.
- TV GLOBAL ENTERPRISES LTD. no ha conferido su representación legal ni su actividad económica a ninguna empresa en la República del Ecuador, o la empresa denominada METROCENTRO S.A.; sin embargo, contrató los servicios lícitos de esta última, exclusivamente para la prestación de logística de mi representada en la República del Ecuador, en los términos y condiciones del CONTRATO DE OPERACIÓN LOGÍSTICA suscrito el 19 de diciembre de 2019, por lo que su responsabilidad y gestión se limita únicamente al ámbito contractual establecido en dicho instrumento.

3. La actividad económica que realiza TV GLOBAL ENTERPRISES LTD. es totalmente lícita, por cuanto está amparada bajo las leyes de la República de Malta y autorizada por la Autoridad de Juegos de Malta, para brindar el servicio a nivel internacional, es decir, bajo la legislación nacional e internacional, mi representada ha actuado con la certeza y confianza legítima de que la actividad de casino virtuales no tiene prohibición en el Ecuador ni en ninguno de los países en los cuales mi representada opera.

23. La providencia de 12 de septiembre de 2023, con la que esta Intendencia agregó los documentos señalados *ut supra*, y dispuso:

TERCERO. – Esta Intendencia tiene en cuenta que con providencia de 4 de mayo de 2023, dispuso el inicio de la etapa de prueba, la cual fue notificada a las partes directamente involucradas el mismo día de su emisión. En adición, mediante providencia de 28 de julio, ordenó:

En consideración a que se encuentran pendientes respuestas de diligencias probatorias solicitadas por el operador económico METROCENTRO, en observancia de los artículos 59 de la LORCPM y 69 del RLORCPM que contemplan la facultad de prorrogar el término probatorio por treinta (30) días término, así como a efectos de salvaguardar el derecho constitucional a la defensa del operador económico METROCENTRO S.A., esta Autoridad ordena la prórroga de la presente etapa probatoria por el término de 30 días, a contarse desde el fenecimiento de los 60 días término dispuesto mediante providencia de 04 de mayo de 2023, es decir, desde el 28 de julio de 2023.

En tal virtud, de conformidad con lo previsto en el artículo 59 de la LORCPM y el artículo 69 del RLORCPM y considerando que de acuerdo con lo señalando en esta providencia, el término de prueba dispuesto mediante providencia de 04 de mayo de 2023, prorrogado el 28 de julio de 2023, feneció el 11 de septiembre de 2023, esta Intendencia DECLARA CONCLUIDA la fase probatoria dentro del presente expediente.

24. El INFORME FINAL N° SCPM-IGT-INICPD-6-2023 de 29 de septiembre de 2023, emitido por esta Intendencia, mediante el cual concluyó y recomendó:

1. CONCLUSIONES

Del análisis económico:

- Con relación al mercado producto, esta Intendencia lo definió como la comercialización del servicio de pronósticos deportivos on-line, las cuales son actividades de entretenimiento que se ofertan en plataformas digitales.
- Del análisis cuantitativo de la demanda, la Intendencia identificó varios factores como las características, usos y beneficios podrían limitar la sustitución con otros

servicios de entretenimiento como: videojuegos, lotería, bingo, casinos sin fines de lucro, entre otros, debido a que difieren por sus términos y condiciones, premios, accesibilidad, etc.

- Así también, del análisis cuantitativo, esta Autoridad identificó que desde la naturaleza del mercado analizado, no es aplicable de manera precisa una de las herramientas cuantitativas contempladas en la Resolución No. 11, sin embargo, se ha ratificado la importancia de la definición desde un análisis cualitativo de sustitución de la demanda, el mismo que ha reflejado, que corresponde determinar un mercado independiente como el mercado de pronósticos deportivos on-line, excluyendo otro tipo de actividad de entretenimiento virtual.
- En complemento, del análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial, esta INICPD consideró que la misma no alcanzaría los niveles de rapidez, eficacia y rentabilidad, por lo que no se considera pertinente la ampliación del mercado relevante del servicio de pronósticos deportivos on-line.
- Respecto del mercado geográfico, la cobertura que brindan los operadores económicos implicados en el servicio de pronósticos deportivos on-line, mediante plataformas digitales es abierta y sin límites geográficos en todo el territorio nacional, por lo que, esta Intendencia determinó como el ámbito de competencia de este mercado a nivel nacional.
- Además, se identificó que no existen factores estacionales que se deban considerar en el mercado de pronósticos deportivos.

Del análisis jurídico

- En atención a las excepciones planteadas por el operador económico, respecto de la existencia de vicios motivacionales en el Informe de Resultados de la Investigación, y en la Formulación de Cargos, esta Intendencia ha evidenciado que ambos instrumentos jurídicos están motivados de conformidad con los parámetros establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, toda vez que el criterio de esta Autoridad se formó con base en los indicios constantes en el expediente hasta culminada la fase de investigación.
- En cuanto a la legitimación pasiva de METROCENTRO S.A., durante la etapa de prueba, el operador económico ha actuado prueba pertinente, útil y conducente que da cuenta de que TV GLOBAL ENTERPRISES LTD, es quien opera la plataforma BETCRIS, y por tanto, es titular de la actividad económica, descartando de esta manera las conclusiones a las que arribó la Dirección y esta Intendencia en el Informe de Resultados y la Formulación de Cargos respectivamente.
- El operador económico METROCENTRO S.A., respecto de que no presta el servicio de apuestas a través de la plataforma BETCRIS. Es decir, tampoco gestionaría la página web, por lo que no tendría incidencia en el hecho de que se incluyan actividades de casino en la plataforma, sino que dicha decisión correspondería a la política de la compañía TV GLOBAL ENTERPRISES LTD, que opera desde la República de Malta, en donde tiene los permisos para realizarlo.
- Se ha descartado que el operador METROCENTRO S.A., sea responsable por actos ajenos a la gestión, que no dependerían de sí, como es la implementación de casinos. Por este motivo, el operador económico no es el llamado a ejercer contradicción respecto de

las presuntas prácticas desleales atribuibles a BETCRIS, y por tanto, ha desvirtuado su legitimación pasiva ad casuam.

2. RECOMENDACIONES

Del análisis fáctico expuesto y conforme lo previsto en el inciso final del artículo 15 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa, esta Intendencia considera disponer el archivo del presente expediente en contra de METROCENTRO S.A.

SEGUNDO. - DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

La INICPD es competente para emitir la presente resolución, con base en la siguiente normativa:

2.1. Constitución de la República del Ecuador:

El artículo 52 establece que:

“...las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad...”.

El artículo 66 numeral 25 estatuye para las personas:

“El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato”.

El artículo 213, inciso primero, manda:

“Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley”.

En el artículo 283 inciso primero establece que:

“El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”.

El artículo 335 contempla que:

“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...**”. (Énfasis añadido)

El artículo 336 establece:

“... 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...”.

2.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado:

El artículo 1 establece como objeto:

Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.

En concordancia, el artículo 2 manda:

Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.

La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.

El artículo 3 estatuye:

“Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.”

La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico.

El artículo 4 determina:

“Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación.- En concordancia con

la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley:

1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico.
2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular.
5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado.
6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia.
10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes. (...)

Además, el artículo 37 establece:

Art. 37.- Facultad de la Superintendencia de Competencia Económica.- Corresponde a la Superintendencia de Competencia Económica **asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación** del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, **de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley**; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.

La Superintendencia de Competencia Económica tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación. (Énfasis añadido)

El artículo 38, en su parte pertinente, dispone:

"La Superintendencia de Competencia Económica, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones:

(...) 2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley".

2.3. El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM

Asimismo, el inciso final del artículo 15 señala:

Una vez concluida la fase de sustanciación, el Intendente emitirá el informe final de sustanciación en quince (15) días hábiles el cual será remitido junto con el expediente original a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, iniciándose la fase cinco (5) denominada de Resolución o, **en su defecto, el Intendente dispondrá su archivo.**

2.4. Estatuto por Procesos Superintendencia de Competencia Económica

Determina entre las atribuciones y responsabilidades del Intendente Nacional de

Investigación y Control de Prácticas Desleales, entre otras, las siguientes:

(...) Emitir las providencias, **resoluciones**, informes de medidas preventivas, informes que contienen medidas correctivas y/o sancionatorias y otros instrumentos en materia de prácticas desleales, conforme la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, su Reglamento y legislación conexas (Énfasis añadido)

Con base en la normativa expuesta *ut supra*, esta Intendencia es competente para emitir la presente resolución dentro del procedimiento administrativo N.º SCPM-IGT-INICPD-4-2022.

TERCERO. - VALIDEZ PROCESAL

En la tramitación del presente expediente, esta Autoridad no ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda viciar la causa, por lo que se declara su validez.

CUARTO. – DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

El artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en su parte pertinente establece:

Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado (...)

Así también, en atención a la Resolución No. 11 emitida el 23 de septiembre de 2016 por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante la Resolución No. 11), en su parte pertinente señala lo siguiente:

El objeto de la presente Resolución es establecer los métodos de determinación del mercado de producto o servicio, y del mercado geográfico; en concordancia con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y dar los lineamientos necesarios para que los operadores económicos puedan conocer los criterios que se emplearán de manera obligatoria en la definición de mercados relevantes (...).

Conforme la normativa expuesta, el mercado relevante puede definirse como el conjunto de bienes y servicios que son considerados por los consumidores como sustitutos entre ellos y, que compiten entre sí en una determinada área geográfica. Es decir que el mercado relevante está delimitado por (a) el mercado del producto o servicio en cuestión, y (b) por su respectivo mercado geográfico.

En este caso, el presente expediente inició por la denuncia realizada por el operador económico ACTIVIDADES DE PRONÓSTICOS DEPORTIVOS JUEGOS ON LINE SPORTBET S.A., en contra de METROCENTRO S.A. y RED DE SERVICIOS ECUADOR

S.A.S., la cual consistía en presuntos actos de competencia desleal, relacionados con actos de violación de norma, en la comercialización del servicio de pronósticos deportivos.

Es así que, mediante resolución de inicio de investigación de 9 de septiembre de 2022, la Intendencia identificó, de manera preliminar, las características del objeto de la presunta conducta, mismas que estarían comprendidas por el: **“servicio de pronósticos deportivos”**.

Posteriormente, el Informe de Resultados expuso que la delimitación del mercado relevante para el caso, se encuentra conformado por **“la comercialización del servicio de pronósticos deportivos on-line con un alcance nacional”**. Estos hechos fueron analizados y acogidos dentro de la Formulación de Cargos dictada por esta Intendencia.

Finalmente, este Órgano de investigación, en la emisión del Informe Final No. SCE-INICPD-6-2023 de 29 de septiembre de 2023, ratificó el referido mercado relevante conforme se describe a continuación:

4.1. Mercado del producto

Como establece el artículo 5 de la LORCPM, el mercado de producto considera, *“(…), al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos.”* Para esto, es necesario considerar las presiones desde el punto de vista de la competencia, las cuales consisten en (i) la sustituibilidad de la demanda y (ii) la sustituibilidad de la oferta.

Con base en lo anterior se procede a analizar la comercialización de pronósticos deportivos operados a través de plataformas digitales, y su relación con otras actividades de entretenimiento realizadas de forma virtual, por lo que, el Informe de Resultados partió definiendo las características de los servicios de pronósticos deportivos de la siguiente manera:

El operador económico METROCENTRO S.A., de acuerdo con su escrito de respuesta al cuestionario I, el 28 de marzo de 2022, con ID trámite 231741, indicó lo siguiente:

“(…) Metrocentro S.A. aperturó el registro único de contribuyentes el 25 de abril de 1984, cuya actividad económica principal es la relacionada con carreras de caballos y galgos. (...)”

En adición, el operador señaló que mantiene un contrato de operación logística de pagos con TV Global Enterprise LTD (compañía que oferta servicios en la plataforma BETCRIS), señalando lo siguiente:

“(…) Contrato de operación logística de pagos, suscrito el 19 de diciembre de 2019, con TV Global Enterprise LTD, adjunto copia del mismo, en cuya Cláusula tercera sobre el objeto indica:

“El Operador Logístico de Pagos se compromete a brindar a través de su Red de establecimientos y software de su propiedad o con las licencias correspondientes o de otras Redes que estuvieren habilitantes para el efecto, en el territorio ecuatoriano, el acceso a:

1. Oficinas o puntos de pago. Sea de aquellos actualmente instaladas o los que se llegaren a habilitar en el futuro, reservándose METROCENTRO S.A. el derecho de modificar los lugares de oficinas o puntos de pago a nivel nacional, así como de efectuar los cambios que estime convenientes al respecto.
2. Los sistemas de dispositivos POS, MULTINET, INTERNET, etcétera.
3. Oficinas o puntos de Pago de Terceros. Al amparo de los convenios que METROCENTRO S.A. suscriba con otros proveedores (supermercados, autoservicios).”

Por otro lado, esta Intendencia, en su Formulación de Cargos, identificó que el operador económico METROCENTRO S.A., es una persona jurídica con fines de lucro, que en su actividad principal registrada en el SERVICIO DE RENTAS INTERNAS (en adelante también SRI), oferta el servicio de carrera de caballos y galgos; y que además, prestaría su servicio como operador logístico de la plataforma BETCRIS.

Ahora, como bien se explicará en acápite posteriores, METROCENTRO ha aportado durante la etapa de prueba, con elementos de convicción que permitieron descartar que sea titular de la marca BETCRIS, hecho que ha sido confirmado mediante escrito presentado por TV GLOBAL ENTERPRISE LTDA., el 04 de septiembre de 2023, signado con ID 202305553, ya que METROCENTRO fungiría únicamente como operador logístico de pagos de TV GLOBAL ENTERPRISE LTDA. No obstante, dado que tanto en el Informe de Resultados de la Investigación, así como en la Formulación de Cargos se delimitó un mercado relevante específico, esta Intendencia procederá a referirse al mismo, a efectos de mantener coherencia en el análisis desarrollado durante este procedimiento administrativo.

De la revisión de la página web <https://www.betcris.com/> se evidencia lo siguiente:



En sumo, se observa que BETCRIS ofrece los siguientes servicios:

- Pronósticos deportivos
- Pronósticos en vivo
- Casino
- Programa lealtad¹

En lo que respecta específicamente a pronósticos deportivos, conforme la explicación de la SUPERCIAS realizada mediante memorando No. SC-IJ-G-12-0237, la cual fue plasmada dentro del Informe de Resultados y dentro de la Resolución de Formulación de Cargos, se concibe como pronósticos deportivos:

Cuando el participante “Juega” a los pronósticos deportivos, **por definición hace una apuesta, pero esta apuesta no presume incertidumbre**, el resultados (sic) dista de ser inescrutable toda vez que hay personas que por **sus conocimientos, experiencia o habilidad pueden predecir con más o menos certeza el resultado de un partido de fútbol o de una carrera de caballos**. Considérese además que hay caballos de superior rendimiento a otros y equipos de fútbol con mejores resultados históricos que otros, y si bien la certidumbre absoluta no existe -porque de otra manera no estuviéramos hablando de una apuesta- definitivamente menos puede decirse que todos los caballos o equipos tienen idéntica probabilidad de vencer. Imaginemos una apuesta sobre si vence el jugador A de ajedrez o 8 de tenis, la predicción difícilmente involucrará tanto al azar (un hipotético número o color de la suerte) como la reputación de los jugadores a raíz de encuentros previos que poco tiene que ver con el azar.² (Énfasis añadido).

De igual forma, SPORTBET de acuerdo con su escrito de denuncia de 15 de marzo de 2022, con ID trámite 227747, definió al pronóstico deportivo como:

“(…) una estimación que realiza un individuo respecto de cierto evento deportivo de cualquier disciplina en donde analizando una serie de aspectos y consideraciones estadísticas, de desempeño, de rendimiento, etc., decide comprometer una cifra específica de dinero a cambio de acertar con un resultado o con un hecho en particular. Normalmente este tipo de actividad funciona a través de aplicativos móviles o a través de páginas web, empresas como SPORTBET son compañías legítimamente constituidas, cumplidoras de todo tipo de regulación tributaria, societaria, normativa, laboral, etc., y que ofrecen las plataformas a las personas dedicadas a realizar esta clase de actividad de pronóstico³...

¹ Conforme consta en la página web, sería un “programa donde tu permanencia es recompensado con beneficios, premios y sorpresas que enriquecerán tu experiencia de juego al máximo”. Tomado de: <https://www.betcris.com/lealtad>

² Anexo de denuncia ingresada por Sportbet S.A., ID trámite 227747, Superintendencia de Compañías y Seguros, MEMORANDO No. SC-IJ-G-12-0237, 15 de junio del 2012.

³ ¿Qué es un pronóstico deportivo? ¿Cómo funciona? Periódico El Ibérico en español en Reino Unido, 19 de noviembre del 2020. Recuperado: <https://www.eliberico.com/que-es-un-pronostico-deportivo-como-funciona/> Acceso [22 de febrero de 2022]

(...)

se concluyó que el pronóstico deportivo NO es considerado un juego de azar de conformidad con los estándares internacionales generalmente aceptados, y así como también de la propia naturaleza que involucra todo el análisis, estudio, factores, elementos entre otros aspectos que otorgan a los pronosticadores una mayor certeza para emitir sus pronunciamientos más que la simple percepción o suerte.”

Asimismo, de la revisión a varias fuentes, y autores que han abordado temáticas relacionadas con pronósticos deportivos, la resolución Formulación de Cargos que realizó la Intendencia refirió lo siguiente:

Por su parte, el autor Platanov, V (2001) define al pronóstico deportivo como, una forma de concretar las perspectivas de desarrollo de un proceso o evento característico de la actividad deportiva.

El objetivo del pronóstico se reduciría a encontrar un desarrollo probable de un evento concreto que en mayor grado corresponde al conocimiento científico, refleja las tendencias y, finalmente, determina el proceso y el logro del efecto solicitado.⁴

Según el medio de comunicación “El Comercio”, indica que los pronósticos deportivos no son juegos de azar. “El pronóstico o la apuesta deportiva no es aleatorio, por ende no tiene componente de azar porque no maneja ningún sistema generador de números aleatorios que es lo que tiene una máquina de casino, sino que necesita de destrezas, de estadísticas...”⁵

Por su parte, “El Expreso” señala que en Ecuador funcionan empresas de pronósticos deportivos de manera virtual (en línea), y física, “los usuarios pueden realizar las quinielas⁶ por medio de las plataformas digitales, aplicaciones o en las mismas oficinas, lugares donde también pueden realizar los pagos o cobrar el dinero ganado...”⁷.

Dado que el presente caso inició por la denuncia de presuntos actos de violación de normas relacionados con actividades de casino y juegos de azar en la plataforma de pronósticos

⁴ Análisis del cumplimiento del pronóstico deportivo en juegos nacionales categoría menores, de los deportistas de halterofilia, de la provincia de Zamora Chinchipe durante el periodo 2015-2019. Melisa Eufemia Beltrán Valverde, Universidad Nacional de Loja 2021. Recuperado: <https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/24300/1/TESIS%20%282%29.pdf>; Acceso [02-02-2023]

⁵ Apuestas y pronósticos deportivos desde USD 1 proliferan en el país. El Comercio. Recuperado: <https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/apuestas-pronosticos-deportivos-negocios-economia.html>; Acceso [02-02-2023]

⁶ Según la RAE, es una apuesta mutua en la que los apostantes pronostican los resultados de los partidos de fútbol, carreras de caballos y otras competiciones.

⁷ El vacío legal de los pronósticos deportivos en Ecuador. El Expreso. Recuperado: <https://www.expreso.ec/deportes/vacio-legal-pronosticos-deportivos-ecuador-126571.html> ; Acceso [02-02-2023]

deportivos BETCRIS, resulta indispensable definir el concepto de juegos de casino y cómo estos se diferencian de los pronósticos deportivos.

Al respecto, operadores del sector, en respuesta al cuestionario II sobre los juegos de casino, indicaron que:

... Los juegos de casino son aquellos en los que los resultados son impredecibles, debido a que cada participante tiene idénticas posibilidades de ganar y estas posibilidades dependen de los niveles de incertidumbre y reglamentos de cada juego...

En este contexto, se procedió a resumir las características de servicios de pronósticos deportivos y casinos virtuales, de la siguiente manera:

Tabla (...) Características de los servicios de pronósticos deportivos y casinos

Servicio	Características	Imagen
Pronósticos Deportivos	<ul style="list-style-type: none"> * Destreza del jugador es importante para la determinación de un resultado. * Experiencia o habilidad del usuario. * Rendimiento de los jugadores en los últimos eventos. * Algunos factores matemáticos. * El jugador se puede retirar en la mitad del torneo 	
Juegos de Azar (casino)	<ul style="list-style-type: none"> * Resultados son impredecibles. * Cada participante tiene idénticas posibilidades de ganar. * Operan con un software generador de números, caracteres e imágenes aleatorias * El jugador no se puede retirar 	

Fuente: Información remitida por los operadores económicos, identificados por la DNICPD.
Elaboración: INICPD.

Esta Intendencia evidenció una clara diferencia entre un pronóstico deportivo, y un juego de azar (casinos), debido a que el primero, generalmente, no responde a un parámetro de “suerte” o “incertidumbre”, sino por el contrario, depende de las estadísticas y conocimiento que se obtenga de un deporte o actividad. En palabras más simples, el acertar a un resultado será más probable cuando se conozca el equipo, el rendimiento, las estadísticas, entre otros factores relevantes que incidirían en el resultado.

En línea con lo mencionado, es importante señalar que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, conforme la consulta popular de 7 de mayo de 2011, los casinos o juegos de azar con fines de lucro fueron prohibidos a partir de 13 de julio de 2011, por lo que, dicha actividad en el Ecuador es ilegal, en este contexto, no podría determinarse un mercado del producto en función de una actividad ilícita. Por otro lado, resulta relevante referir que, conforme el criterio emitido por la Procuraduría General del Estado⁸, únicamente estarían permitidas las actividades de casino y juegos realizadas por operadores sin fines de lucro.

Por lo mencionado, la INICPD analizó como servicio objeto de la conducta investigada, al de pronósticos deportivos.

En este sentido, una vez definidas las características del servicio objeto de la conducta, esta Intendencia procedió con el desarrollo del análisis de sustitución de la demanda y oferta conforme consta a continuación.

4.1.1. Análisis de sustitución de la demanda

Con el objetivo de determinar qué productos podrían ser considerados como sustitutos, el artículo 5 de la LORCPM establece que “para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características; usos y precios de los posibles sustitutos (...)”.

Bajo el mismo contexto, para el análisis de sustitución de la demanda, esta Intendencia considera lo referido en el artículo 6 de la Resolución N° 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM, siendo esto: “... el análisis de sustitución de la demanda implica determinar todos aquellos bienes que el consumidor o usuario considere como sustitutos del producto o

⁸ Procurador General del Estado, oficio No. 07017 del 13 de diciembre de 2019. : “(...) 3.- Pronunciamiento.- En atención a los términos de su consulta se concluye que, por el principio de legalidad que rige en materia de infracciones penales, como garantía de los derechos de las personas la prohibición establecer negocios dedicados a la realización de “juegos de azar”, resultante de la consulta popular de 7 de mayo de 2011 y el tipo penal contemplado en el artículo 236 del COIP, debe ser entendida en sentido literal, esto es referida a los negocios dedicados a la realización de juegos cuyos resultados se definen, en forma exclusiva, por la suerte. En consecuencia, dicha prohibición no se puede extender a actividades económicas no comprendidas expresamente en la ley penal y que, por el contrario, están reguladas por el ordenamiento jurídico y sujetas a la obtención de permisos y licencias de funcionamiento, que deben ser otorgadas por las autoridades públicas competentes, como aquellas sujetas a la LT y el COOTAD”.

servicio materia de análisis. Se deberá utilizar criterios, tantos cuantitativos como cualitativos (...).”.

Al respecto, del análisis de sustitución cualitativa por parte de la demanda, el Informe de Resultados, la Resolución de Formulación de Cargos y posteriormente, el Informe Final utilizaron información tanto cualitativa como cuantitativa, conforme se muestra a continuación:

Análisis cualitativo de sustitución de la demanda

En este contexto, dentro del presente expediente se solicitó información a los principales operadores que realizan actividades de pronósticos deportivos on-line, quienes remitieron información mediante cuestionario III, respecto del perfil del consumidor, de la siguiente manera:

Tabla (...) Características del consumidor

Nivel socioeconómico	Edad	Sexo	Nivel de Instrucción	Ubicación geográfica
Alto, medio y bajo	18 a 50 años	Entre el 70% y 80% son hombres	Indiferente	Territorio Nacional

Fuente: Información remitida por los operadores económicos, identificado por la DNICPD

Elaboración: DNICPD.

Al respecto, esta Dirección evidencia que la demanda de los pronósticos deportivos-online, están comprendida principalmente por consumidores con un nivel socioeconómico que se encuentra entre el alto, medio y bajo, con un rango de edad entre 18 a 50 años, del 70% al 80% es utilizada por hombres, con un nivel de educación indiferente en todo el territorio nacional.

En complemento, en el caso concreto, de acuerdo con los gustos y preferencias del consumidor, según información proporcionada por los operadores económicos, esta Dirección destaca lo siguiente:

(...) Gustos y preferencias del consumidor

OPERADOR ECONÓMICO	PERFIL DE CONSUMIDOR
SPORTBET	Seguridad para el pago, líneas de apuestas competitivas, facilidad de recarga y pago, servicio al cliente.
BET CLUB	Interfaz rápida y bien diseñada
TGNLATAM	Torneos locales e internacionales

ECUABET	Seguridad de la Plataforma, servicio al cliente, variedad de las competiciones y funcionamiento de la plataforma
---------	--

Fuente: Información remitida por los operadores económicos, identificado por la DNICPD
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (DNICPD)

Se observa que, los consumidores al momento de utilizar el servicio de pronósticos deportivos on-line, le dan importancia principalmente a la rapidez y al monto del premio. Por otro lado, la marca, sería un factor medianamente importante en la decisión de la compra del servicio, debido a que la confianza que mantiene un proveedor de éste servicio es importante al momento de apostar o jugar, para los usuarios. Además, indicaron que la seguridad en la plataforma y el servicio al cliente, sería un factor que influye en su decisión.

Partiendo desde dicho punto en el análisis de la sustitución de la demanda, corresponde identificar los elementos cualitativos de sustitución, entre los cuales, se considera necesario iniciar el análisis desde la delimitación de los servicios on-line frente off-line, para luego, determinar la existencia de sustitución o no de los pronósticos deportivos frente a cualquier otra actividad de entretenimiento on-line en el mercado ecuatoriano y finalmente, dejar únicamente los servicios y operadores económicos que podrían ser considerados como sustitutos desde la visión de la demanda.

Es así que, del análisis realizado por esta Autoridad, se identificó que los consumidores se caracterizarían por mantener un rango de edad entre 18 a 50 años, del 70% al 80% es utilizada por hombres, con un nivel de educación indiferente en todo el territorio nacional.

También, darían importancia a la rapidez del servicio y el monto del premio que se ofrezca; seguido por la confianza y seguridad de la plataforma, que serían factores que influirían en la decisión de un consumidor.

En cuanto a la delimitación cualitativa de los servicios on-line vs off line, esta Intendencia tuvo en cuenta lo siguiente:

A fin de identificar la sustitución por el lado de la demanda, la DNICPD, observó que entre las actividades de entretenimiento se encuentran las modalidades on-line y off-line.

Al respecto, esta Dirección identificó que el servicio de pronósticos deportivos se los realiza de manera on-line y off-line, para lo cual se debe conocer las particularidades de cada modalidad, que de acuerdo a la información proporcionada por los operadores económicos mediante cuestionario II, indicaron lo siguiente:

- **Actividades de entretenimiento on-line.-** La oferta de servicios se presenta en las plataformas a través de dispositivos de conexión remota mediante el uso de interfaces o aplicaciones específicamente diseñadas para posibilitar el acceso a la oferta del servicio.
- **Actividades de entretenimiento off-line.-** eventos deportivos que se encuentra disponibles para realizar pronósticos sobre resultados, en lugares físicos.

En adición, los operadores económicos mediante cuestionario V, indicaron las diferencias entre las actividades de entretenimiento on-line y off-line, conforme lo siguiente:

Tabla (...) Diferencias entre las actividades de entretenimiento on-line y off-line

Actividades de entretenimiento en línea (on line).	Actividades de entretenimiento físicos (off-line).
En los juegos en línea no hay problemas de espacio, se lo realiza de manera personal por medio de un celular, Tablet o un computador y pueden ingresar a la plataforma varias personas al mismo tiempo y jugar en el mismo evento.	El aforo es limitado y en una mesa de juego pueden estar máximo 10 personas
Se utilizan canales transaccionales virtuales como pasarelas de pagos que a través de las cuentas bancarias de los usuarios en los bancos reciben los depósitos que se usarán para realizar los pronósticos o los juegos online. Las cuentas del usuario son verificadas.	Se cambia o acredita el saldo directamente en el mismo negocio. Se pueden recibir pagos en efectivo sin el control de quien es la persona que realiza las transacciones
No tienes el servicio de alimentos y bebidas y tampoco se presencia eventos culturales, deportivos, gastronómicos, artísticos etc.	Te brindan de cortesía alimentos y bebidas y puedes disfrutar de espectáculos culturales, deportivos, gastronómicos, artísticos etc.
La cadena de servicio es mediante chats en línea	La atención es personalizada y se tiene un gasto superior en nómina.
Se paga al cliente desde las cuentas verificadas o las redes aliadas de pagos y retiros.	Se paga al cliente en el lugar donde se está desarrollando la actividad.
Los clientes son personas que están más identificadas con la tecnología.	Son clientes tradicionales y por lo general son personas que están retiradas de su trabajo y buscan un entretenimiento diferente.
Puedes realizar tu pronóstico en cualquier momento incluso en la madrugada cuando la gente está durmiendo.	En los pronósticos dependes del horario que te venda la cartilla para llenar.

Fuente: Información remitida por los operadores económicos, identificados por la DNICPD

Elaboración: DNICPD

Al respecto, esta Dirección evidencia que la modalidad on-line frente a la off-line, conforme sus características, son diferentes debido a que en la modalidad on-line se puede acceder en cualquier lugar, las 24 horas, a diferencia de la segunda modalidad cuyo acceso es limitado. El pago se lo hace en efectivo y se vive una experiencia en vivo.

Según la revista digital Ekos, las tendencias de preferencia por el canal de compra on-line siguen y seguirán creciendo sostenidamente. Según los expertos, durante los dos meses de confinamiento creció y maduró dicha modalidad, lo cual pone al comercio electrónico en un

sitio destacado.⁹ Lo que evidencia una inclinación de los consumidores ecuatorianos por acceder a canales on-line (...)

De esta manera la Intendencia identificó diferencias importantes entre las modalidades on-line y off-line, contemplando principalmente el acceso, la disponibilidad, el pago y el servicio que se presta en cada una de ellas. El Informe Final plasmó, entre otros, el caso del expediente C/1072/19 MIH FOOD DELIVERY HOLDINGS/JUST EAT de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), el cual, evidencia que los servicios que se brindan de manera on-line y off-line se los consideraría como mercados independientes. Esto, a causa de que los consumidores lo tomarían como alternativas diferentes para acceder al producto o servicio que deseen; así como también, el valor de comisión que se cobra de acuerdo a la modalidad: bajo el modelo on-line, se cobra una comisión cuando los oferentes desean vender sus productos por medio de plataformas; caso contrario, en el caso off-line, dicho cobro no existe.

En línea con lo mencionado, dentro de la Resolución de Formulación de Cargos se citaron varios pronunciamientos de organismos internacionales y autores de libros de economía digital, respecto de la economía en las plataformas digitales, los cuales fueron resumidos de la siguiente manera:

<p>Sebastián Wismer, et all “Market definition in multi-sided markets” ... en los mercado mutilados, los precios y los resultados del mercado dependen den, entre otras, de si los clientes eligen una sola plataforma (single-homing) o usan más de una plataforma simultáneamente (multi-homing). En particular, un grado relativamente alto de alojamiento múltiple dentro de un grupo de clientes puede indicar un bajo nivel de competencia para estos clientes, mientras que un grado relativamente alto de alojamiento único dentro de un grupo de clientes puede indicar una competencia intensa para esos clientes...¹⁰</p>	<p>Paul Belleflamme The Economics of platforms Una plataforma es una entidad que reúne a agentes económicos y gestiona activamente los efectos de red entre ellos. A pesar de que los intermediarios similares a las plataformas han existido durante mucho tiempo, el rápido desarrollo de las tecnologías digitales ha ampliado enormemente las posibilidades de cumplir con los requisitos que hacen de una entidad una plataforma. Las tecnologías digitales permiten a los intermediarios reducir considerablemente los costos de transacción que los usuarios deben soportar para interactuar...¹² (...)</p>
---	---

⁹ La preferencia de compra online seguirá creciendo en el país. Revista EKOS. Recuperado: <https://ekosnegocios.com/articulo/la-preferencia-de-compra-online-seguira-creciendo-en-el-pais>. Acceso [27-02-2023]

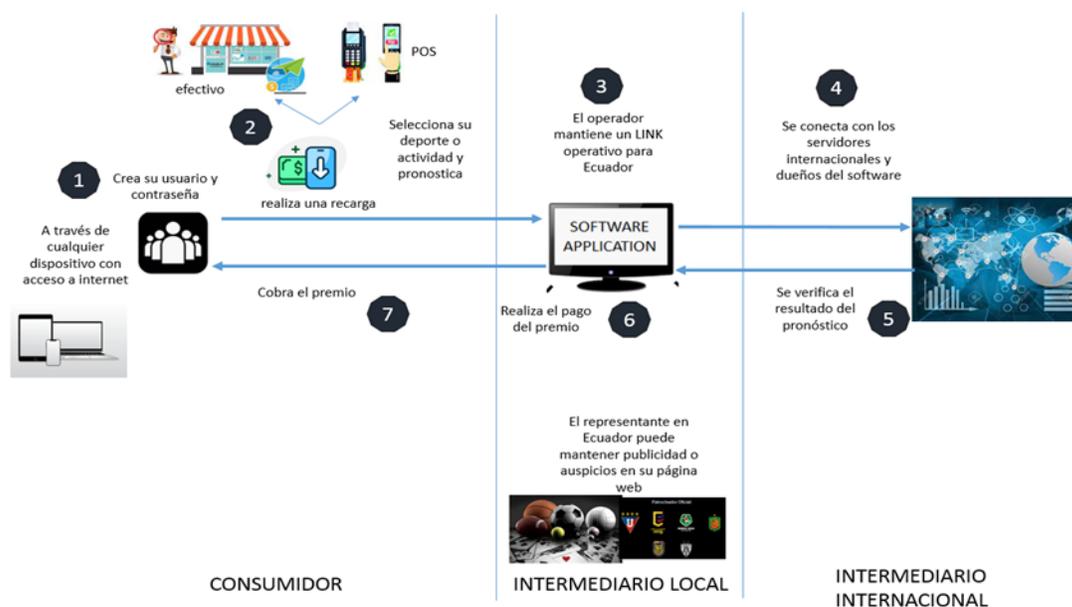
¹⁰ OCDE (2017) Market definition in multi-sided markets - Note by Sebastian Wismer & Arno Rasek, tomado de: <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD%282017%2933/FINAL/En/pdf>

¹² Belleflamme, Paul. et all (2011) The Economics of platforms”. Concepts and Strategy. Cambridge University Press.

<p>CEPAL Plataforma Digital “es un modelo de negocios habilitado por la tecnología que crea valor al facilitar intercambios entre dos o más grupos interdependientes”¹¹.</p>	<p>Así también, se abordaron tipos de plataformas, entre las cuales, principalmente se encuentran:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Plataformas por objetivo, con fines de lucro y sin fines de lucro • Plataformas como instrumento, con modelos de monetización • Plataformas por audiencias, B2B (business-to-business), C2C (consumer-to-consumer), P2P (peer-to-peer) • Plataformas por funcionalidad (...)
--	--

Fuente: Informe de resultados elaborado por la DNICPD.

Con base en lo señalado, la Intendencia prosiguió a considerar el análisis realizado por la Dirección respecto de la identificación del flujo de requisitos mínimos que se deben seguir para ofertar el servicio de pronósticos deportivos, evidenciando, en el caso concreto, los siguientes:



Elaboración: DNICPD

De la ilustración se identifica que, su funcionamiento radica en los siguientes pasos: el consumidor accede a través de cualquier dispositivo con acceso a internet, a la plataforma

¹¹F. Da Silva y G. Núñez, “La era de las plataformas digitales y el desarrollo de los mercados de datos en un contexto de libre competencia”, Documentos de Proyectos (LC/TS.2021/173), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2021. Tomado de: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47540/1/S2100764_es.pdf

digital, en el cual, deberá crear usuario y contraseña, después deberá, para poder participar, realizar una recarga (POS o efectivo), luego deberá seleccionar su deporte y pronosticar su resultado. Una vez realizado esos pasos, el intermediario local verificará datos y conectará el pronóstico a la red internacional contratada, el intermediario internacional validará el resultado e informará al intermediario nacional, el cual, realizará el pago del premio al consumidor, quien decidirá si lo retira o lo ingresa nuevamente a sus pronósticos para próximos eventos.

En otras palabras, se trata de una plataforma cuya principal función, es que los usuarios interactúen a través de la tecnología, para acceder a actividades virtuales de entretenimiento, en la cual el usuario puede apostar una cantidad de dinero, cuya ganancia o pérdida dependerá del resultado del deporte seleccionado...

Para la Intendencia, lo expuesto anteriormente permitió determinar que, al ser un servicio que se oferta a través de plataformas digitales, éste puede dividirse de acuerdo a su objetivo, a su forma de monetización, audiencias o por su función. Por lo que, se observó que la plataforma de pronósticos deportivos es una plataforma con fines de lucro, en el que se utiliza un medio de monetización a través de medios digitales POS, transferencias bancarias, o efectivo en puntos de recarga, en el que su audiencia, se caracterizaría por hombres que buscan actividades de entretenimiento on-line.

Complementando lo mencionado, esta Intendencia identificó, a manera de ilustración, el modelo de operación en el servicio de actividades de entretenimiento, observando lo siguiente:



Fuente: escrito de 22 de septiembre de 2022 con ID trámite 250678.

En síntesis, este Órgano de investigación observó que, el usuario para acceder a las actividades de entretenimiento, debe interactuar en una plataforma digital a la cual puede

acceder a la oferta de varios servicios, asimismo los usuarios ingresan la cantidad que deseen apostar y dependiendo de los resultados, permanecerían, se retirarían o ganarían premios.

Ahora bien, la Intendencia expuso el análisis realizado por la Dirección referente a la aplicación del “Manual sobre política de competencia en la era digital” de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para el presente caso concreto:

OCDE “Manual sobre política de competencia en la era digital”	Análisis DNICPD
<p>Efectos de red: Los análisis de la competencia en los mercados digitales deberían incluir una evaluación de la importancia de los efectos de red. Estos efectos pueden generar importantes ventajas para los consumidores y pueden ser una fuente de posibles eficiencias pero, por otra parte, podrían constituir un obstáculo a la entrada que reduzca la competencia en el mercado. En algunas situaciones, los efectos de red pueden ser suficientemente importantes para generar un riesgo de inclinación al monopolio, por ejemplo cuando los efectos de red y la recopilación de los datos asociados dan lugar a bucles de retroalimentación que se afianzan automáticamente.</p>	<p>Efectos de red¹³: En el caso particular, se evidencia que no existirían dichos efectos, por cuanto, únicamente el beneficio obtenido del participante o usuario, dependerá exclusivamente de su pronóstico, es decir, esta Dirección no evidencia que por el aumento de transacciones o apuestas se genere un beneficio adicional al consumidor de los servicios de pronósticos deportivos.</p>
<p>Mercados de plataforma de múltiples lados: La relación entre los diferentes lados de una plataforma genera externalidades de red multiplataforma, término utilizado para denominar las ventajas que se obtienen en un lado a raíz del aumento de la participación en el otro lado de un mercado. Por ejemplo, los consumidores que usan un mercado en línea se benefician cuando aumenta el número de vendedores que ofrecen sus servicios y, de igual manera, los vendedores se benefician cuando aumenta el número de consumidores que utiliza la plataforma. Los análisis de la competencia deben tener en cuenta estas externalidades</p>	<p>Mercados de plataforma de múltiples lados¹⁴: En este caso, se evidencia que por un lado se encuentran los consumidores que buscan realizar pronósticos deportivos y por otro lado, podrían encontrarse las empresas que buscan publicitar sus marcas en las páginas web de los operadores que realizan esta actividad. No obstante, de la información constante en el expediente, y de la revisión de sus páginas web, no se evidencia publicidad por el momento. En consecuencia, únicamente se trataría, de un solo público objetivo que serían los consumidores que buscan realizar pronósticos.¹⁵</p>

¹³ Esto se refiere a las ventajas de las que disfrutaban los consumidores de un producto cuando aumenta el número de consumidores que lo utilizan

¹⁴ Esto es la ventaja que se obtiene en un lado a raíz del aumento de la participación en el otro lado de un mercado.

¹⁵ Por el contrario, únicamente se ha evidenciado auspicios por parte de marcas de equipos de fútbol, donde ECUABET, BETCRIS o BET593 han contratado espacios para promocionarse en las camisetas o material

<p>cuando desempeñan una función determinante en el mercado (por ejemplo, en lo que atañe a la estructura de precios) pues, de no hacerlo, se extraerán conclusiones erróneas sobre la capacidad de respuesta de la demanda. Por ejemplo, se pueden modificar los test SSNIP para tener en cuenta la relación entre la demanda en diferentes lados de la plataforma durante el proceso de definición del mercado. Por otra parte, la evaluación del poder de mercado también tendrá que adaptarse, posiblemente usando índices de Lerner ajustados.</p>	
<p>Rápida evolución de la coyuntura competitiva: Los análisis basados en mercados digitales definidos tendrán que interpretarse con cautela, habida cuenta de que muchos mercados digitales experimentan una rápida evolución. Por otra parte, los límites de los mercados de productos pueden ser difusos –incluso aunque los productos no sean sustitutos funcionales perfectos, por ejemplo, ¿siguen compitiendo directamente por el tiempo, la atención y los datos de los consumidores? Los análisis de la competencia deben lidiar además con la posible entrada de nuevos competidores en un mercado y también con los procesos de desarrollo de nuevos productos. Para ello, tal vez deban tener en cuenta la capacidad de innovación de las empresas, con lo que se podría obtener una imagen diferente de los mercados de productos actuales (los competidores existentes podrían no innovar demasiado y podría existir la amenaza de que entrasen otros innovadores de mercados relacionados).</p>	<p>Rápida evolución de la coyuntura competitiva: El mercado de pronósticos deportivos ha presentado una rápida evolución competitiva, esto debido, a que en los últimos 5 años se han incrementado el número de competidores en este mercado, pasando, en el año 2019, únicamente de mantener 3 operadores formales, actualmente existirían más de 10, sin contar con los informales, que por dificultad de levantamiento de información no se ha tenido un número exacto de dichos operadores.¹⁶</p>
<p>Competencia no relacionada con los precios: Muchos mercados digitales presentan dimensiones importantes en las que no se compite en precio, por lo tanto, un análisis</p>	<p>Competencia no relacionada con los precios: El mercado de pronósticos deportivos responde a un mercado que no mantiene relación con los precios, puesto que</p>

publicitario de dichos equipos.

¹⁶ En importante señalar que dentro de los operadores informales, los operadores económicos mediante los cuestionarios I y II, señalaron la existencia de operadores que operarían con plataformas digitales con el servicio de pronósticos deportivos, entre los cuales se encontrarían: LATRIBET, BETGOL, ACERTALA, TREBALIA, COOLBET, DATABET, JOGABET, DEPORTESWIN, SORTI365, NACIONBET.COM, no obstante dichos operadores hasta el momento no se ha identificado una razón social, RUC o personería jurídica.

<p>centrado en los precios (por ejemplo, cuando se calcula la capacidad de respuesta de la demanda) podría no presentar una imagen completa, en especial si los consumidores obtienen los productos a costo cero. Los análisis de la competencia son necesarios tanto para descubrir dimensiones de competencia pertinentes no relacionadas con los precios como para valorar la posible repercusión de conductas o fusiones en dichas dimensiones.</p>	<p>el beneficio que tiene un usuario depende de la efectividad del pronóstico que realice. No obstante, entre plataformas de pronósticos deportivos si puede variar la tasa de recompensa que dependería del número de usuarios que se decidan por una u otra opción. Además, es importante señalar que el valor que gana o pierde el usuario, depende exclusivamente del software donde se establece la probabilidad de un resultado, por lo que, esto no estaría en control de los operadores intermediarios como el caso de ECUABET, BET593, BETCRIS, entre otros.</p>
<p>Amplia definición del mercado geográfico: En teoría, los mercados digitales podrían no tener fronteras, pero será necesario realizar análisis para detectar limitaciones del ámbito geográfico de los mercados (por ejemplo limitaciones relacionadas con la regulación o el idioma).¹⁷</p>	<p>Amplia definición del mercado geográfico: El alcance geográfico si bien se encuentra analizado en la sección pertinente, es claro que los pronósticos deportivos al ser un mercado digital operado por plataformas, no se podría detectar limitaciones de alcance geográfico.</p>

Al respecto, la INICPD identificó que en el servicio de actividades de entretenimiento, al ser utilizado mediante una plataforma digital, no tendría efectos de red y que, además, no se identificaría como un mercado de múltiples lados, por consiguiente se consideraría al servicio de pronósticos on-line como mercado independiente.

Por otro lado, respecto de la delimitación cualitativa de pronósticos deportivos frente a cualquier otra actividad de entretenimiento digital como: lotería, pollas mundialistas, *games* (video juegos), etc., esta Intendencia tomó en consideración lo estudiado por la Dirección:

En este punto, la Dirección resalta que es importante conocer las características, semejanzas y diferencias que tendrían cada uno de los servicios de entretenimiento que se oferten de manera on-line en el mercado ecuatoriano, incluyendo únicamente los casinos o juegos de azar realizados por los operadores sin fines de lucro, frente a los pronósticos deportivos, a fin de evidenciar de manera cualitativa la sustitución desde el punto de vista de la demanda.

Por lo que, se procede a describir lo siguiente:

¹⁷OCDE (2022), Manual de la OCDE sobre política de competencia en la era digital, <https://www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age>

(...) Semejanzas y Diferencias entre pronóstico deportivo, casinos y apuestas deportivas, y otros

Servicio	Características	Semejanzas	Diferencias
Pronósticos deportivos	<ul style="list-style-type: none"> *Diversidad de competiciones deportivas en todo el mundo *Intuición *Habilidad *Análisis deportivo * Entretenimiento para el usuario en un entorno controlado y seguro *Amplia gama de posibilidades para acertar al pronóstico razonado 		<ul style="list-style-type: none"> *Juego de destreza * Conocimiento en los diferentes deportes * La ganancia depende de la habilidad y conocimiento del jugador sobre los resultados de las competiciones pronosticadas *La premiación se obtiene una vez se ha dado la competencia
Casinos (sin fines de lucro)	<ul style="list-style-type: none"> *Variedad de juegos de acuerdo a sus gustos por slots, ruletas o cartas * Azar, depende de suerte * Agilidad en el proceso de resultados 	<ul style="list-style-type: none"> * Beneficios económicos y de entretenimiento e interacción social * Requieren de dispositivos de conexión remota para acceder a una plataforma interactiva * Requieren de la creación de una cuenta de usuario *Soporte constante en caso de novedades 	<ul style="list-style-type: none"> *Juegos de azar * Habilidad en los juegos de mesa * La ganancia depende de un generador de números aleatorios * La premiación se obtiene de manera inmediata tras el final de cada partida
Apuestas en eventos deportivos	<ul style="list-style-type: none"> * Diversidad de competiciones en todo el mundo * Intuición * Obtener ganancias al prever resultados en eventos deportivos 		<ul style="list-style-type: none"> *Análisis deportivo * La ganancia depende de la habilidad y conocimiento del jugador sobre los resultados de las competiciones pronosticadas
Lotería virtual	<ul style="list-style-type: none"> *La Lotería sorteá una cifra de cinco dígitos y ofrece premios divididos en 10 suertes (también se premian las terminales y aproximaciones). Este evento ocurre en presencia de un notario público, Procurador JBG, Director General e Inspector del Ramo de 		<ul style="list-style-type: none"> * Juego de azar por antonomasia y cada uno de los billetes de lotería tiene, igual posibilidad de ganar * Caducidad de los premios es 3 meses.

	<p>Loterías o sus delegados.</p> <p>*Ofrece tres sorteos todas las semanas</p> <p>*Las suertes tienen el 14% de descuento</p>		<p>* Si no hay un ganador, el premio se acumula.</p> <p>*Pueden existir diferentes recompensas, por lo que pueden salir varios participantes premiados.</p> <p>* La cantidad de boletos vendidos suele ser mayor a la de los participantes.</p>
Pollas mundialistas	<p>* Pronostico Sencillo</p> <p>* Pronostico Pre partido</p> <p>* Cada pronóstico es una oportunidad para sumar puntos</p> <p>*Llenar un formulario</p>		<p>* Asignar puntos a los aciertos llenando un formulario previo a la iniciación de un torneo</p> <p>* Modalidad de puntuación</p>
Bingo	<p>*Los jugadores tienen que ir tachando de sus cartones los números que, de manera aleatoria, se van extrayendo del bombo</p> <p>*Las bolas se van proporcionando al azar.</p> <p>*El bingo se juega con 90 bolas supervisadas antes de empezar en juego</p>		<p>* Otorgan algunos premios o bonos adicionales a los jugadores que logran marcar diferentes patrones de números en sus cartones</p>
Games (videojuegos)	<p>*Durante la vida útil del juego, deben agregar contenido nuevo periódicamente.</p> <p>*Cuanto más contenido, más jugadores jugarán y gastarán dinero</p> <p>*Los jugadores paguen una tarifa única para obtener acceso ilimitado a todas las novedades en una sola temporada.</p> <p>* No se necesitan especificaciones con requisitos altos o bajos para jugar de este modo</p>		<p>*Actualizaciones contantes en los juegos</p> <p>*Los videojuegos en la nube se encuentran en un período de transición</p> <p>*Podrás jugar con el mando que prefieras (la mayoría son compatibles a través de Bluetooth)</p> <p>*Acceder a varios juegos en el mismo tiempo en diferentes dispositivos</p>

Fuente: Referencia páginas web de los operadores económicos e información remitida por varios operadores del sector mediante cuestionario I y II

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (DNICPD)

Al respecto, esta Dirección tiene en cuenta que, de acuerdo a las características y las semejanzas analizadas, los pronósticos deportivos, las apuestas en eventos deportivos y la polla mundialistas, se caracterizan principalmente en que los participantes deben tener destreza y conocimiento en los diferentes deportes sobre los resultados de cada competencia, a diferencia de los casinos (sin fines de lucro), lotería virtual, bingo, games (videojuegos), en los que los resultados dependen de un generador de números aleatorios, suerte, y en menor proporción la habilidad de los usuarios.

En línea con lo mencionado, esta Dirección ha identificado que en los servicios de entretenimiento on-line, en particular pronósticos deportivos, difieren claramente en los términos y condiciones, frente a servicios juegos on-line, los cuales, se detallan a continuación:

- **Ejemplo de Términos y Condiciones de pronósticos deportivos**

- REQUISITOS Y CONDICIONES DE COMPRA:

- Ser mayor de 18 años.
- Tener cédula de ciudadanía ecuatoriana.

- REGISTRO Y USO DE LA CUENTA

- Registro e identificación de cuenta
- Activación de cuenta
- Proceso de verificación de identidad

-REGLAS POR USUARIO ONLINE

- El usuario debe estar Verificado para poder depositar de forma online en las pasarelas de pago. Permite depositar sin verificar en Punto de venta y Redes Aliadas.
- El usuario solo puede generar máximo 10 solicitudes de depósitos al día por cada una de las pasarelas de pago
- El usuario no puede retirar el mismo día de su primer depósito
- El usuario podrá retirar máximo 2.000USD por transacción cada canal de pago (Cuenta bancaria, Punto de Venta).
- El usuario solo puede retirar 1.000USD al día por redes aliadas al día.
- El usuario solo puede generar máximo 3 notas de retiro al día
- Los usuarios no Categorizados como VIP el máximo monto a depositar por día son 2.000USD por pasarela de pago online.

-REGLAS POR DEPÓSITO

- Los depósitos por Payphone solo permite 3 transacciones al día
- Los depósitos con tarjeta de crédito solo pueden ser realizados con tarjetas de crédito de Ecuador, Colombia y Perú (Directa24 y Payphone)

- Los depósitos quedan limitados a 5 depósitos efectivos al día por cada pasarela de pago (Excepto Payphone)

-REGLAS RETIROS

- Las notas de retiro no pueden ser pagadas entre las 10:00pm y las 7:00am
- Las notas de retiro iguales o mayores a 300USD deben ser aprobadas para poder pagarlas
- Las notas de retiro generadas un mismo día por un mismo cliente, a partir de la segunda nota de retiro deben ser aprobadas para poder pagarlas

En caso de que se decida un mercado absoluto a corto o largo plazo mediante un anuncio oficial, la empresa se reserva el derecho de anular cualquier pronóstico realizado después de la publicación del resultado.

Si un mercado no se determina durante el evento, la compañía liquidará el resultado del evento una vez que finalice la duración normal (tiempo regular) del evento, a menos que se indique lo contrario en el sitio oficial.

- **Ejemplos de Términos y condiciones Juegos de azar (casinos On-line)**

En la oferta se encuentran juegos como: Blackjack y Baccarat. Todas las categorías de juego estarán disponibles en versión Escritorio (Pc) y Mobile, las presentes reglas particulares de juego estarán a disposición del usuario para consulta y estos serán aplicables una vez el usuario se encuentre registrado en el sitio web.

Los premios otorgados al usuario por partidas o rondas ganadoras **serán acreditados a su cuenta** tan pronto como la ronda o partida haya finalizado, y así el usuario podrá continuar jugando tantas rondas como desee.

Nota: El importe mínimo y máximo de jugada por partida, dependerá del juego seleccionado por el usuario.

Lo indicado permite evidenciar claras y marcadas diferencias entre las actividades de pronósticos deportivos y juegos de azar (casinos online), puesto que cada actividad tiene sus propios términos y condiciones, que determinará los requisitos mínimos del participante o usuario, las formas de depósitos y retiros, las ganancias, las reglas de juegos, entre otros. Estos factores limitarían cualitativamente una posible sustitución por parte de la demanda, por cuanto, se ratifica que cualquier otro servicio de entretenimiento on-line no podría sustituir de manera directa la necesidad de realizar un pronóstico deportivo.

Lo referido se completa con un análisis cualitativo referencial de costos y precios de actividades de pronósticos deportivos on-line, frente a cualquier otra actividad de entretenimiento on-line, para lo cual, se utilizó la información remitida por los operadores económicos mediante cuestionario III, conforme lo siguiente:

Servicio	Costo	Precio
Pronósticos Deportivos on-line	Variable	No tiene precio fijo, depende de lo que el jugador quiera apostar
Juegos de azar (casinos on-line)	Variable	El valor del precio es tan variable como el requerimiento de juego del usuario

Elaboración: DNICPD

Fuente: respuestas operadores económicos

Con esto se evidencia que, la estructura de este tipo de negocios no se basa en estructuras de costos y precios, esto en virtud de que el valor del servicio dependerá de los valores apostados y de la retribución definida por cada acierto.

En otras palabras los valores pagados por cada acierto dependerán de la estadística de las competiciones certificadas en la plataforma, un ejemplo de ello, sería un partido entre el equipo A frente al equipo B, donde se paga un premio de USD. 1,20 por cada USD. 1,00 apostado si gana el equipo A. Este beneficio dependerá del desempeño que haya tenido el equipo en encuentros previos y cómo se desenvuelva en el mismo. Cada premio difiere de cada encuentro, y cambia a medida que avanza la competencia.

Por otro lado, conforme señalaron los operadores del mercado, de la utilidad de toda la operación de juego se pactaría una comisión con el proveedor; por ejemplo podría ser, por pronóstico deportivo, la comisión promedio sería de 90 centavos; mientras que, para juegos de azar (casinos), la comisión promedio podría estar, entre un 5-25% del premio adquirido por el jugador. En conclusión, no podría hablarse de una competencia por precios en este mercado, por lo que, la decisión del consumidor dependerá de su habilidad para apostar a un determinado resultado, indistintamente de la plataforma en la que quiera realizar su apuesta.

En conclusión, del análisis de las características, usos y precios se ha descartado, desde la visión cualitativa, la sustitución entre actividades de entretenimiento on-line y off-line, además, se ha descartado la sustitución entre pronósticos deportivos on-line frente a cualquier otra actividad como: videojuegos, lotería, bingo, casinos sin fines de lucro, entre otros, en virtud de que se ha identificado diferencias importantes en términos, condiciones, premios, accesibilidad, cargas, recargas, requisitos de inscripción, etc., que han permitido a esta Dirección, determinar un mercado relevante, comprendido únicamente por la comercialización de pronósticos deportivos on-line.

Del análisis cualitativo referido *ut supra*, la Intendencia determinó que el mismo cumple con los parámetros contenidos en la Resolución No. 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM, pues toma en consideración las características, las semejanzas, diferencias, los términos y condiciones para acceder a cada servicio, así como el giro de negocio, características de cada una de las modalidades, entre otros.

Con base en lo expuesto anteriormente, la Intendencia concluyó que los pronósticos deportivos, las apuestas en eventos deportivos y la polla mundialistas, se caracterizan principalmente en que los participantes **deben tener destreza y conocimiento en los diferentes deportes sobre los resultados de cada competencia**, a diferencia de otras actividades de entretenimiento on-line, como lo son: los casinos (sin fines de lucro), lotería virtual, bingo, games (videojuegos), en los que los resultados dependen de un **generador de números aleatorios, suerte**, y casi nula habilidad o conocimiento de la temática.

Adicional, se identificó evidentes diferencias entre las actividades de pronósticos deportivos y juegos de azar (casinos online), puesto que cada actividad tiene sus propios términos y condiciones, que determinará los requisitos mínimos del participante o usuario, las formas de depósitos y retiros, las ganancias, las reglas de juegos, entre otros. Dichos elementos **limitarían cualitativamente una posible sustitución por parte de la demanda**, en consecuencia, se ratifica que cualquier otro servicio de entretenimiento on-line no podría sustituir de manera directa la necesidad de realizar un pronóstico deportivo.

En cuanto a los precios, se dejó claro dentro del Informe de Resultados y Formulación de Cargos, que en este mercado no podría precisarse precios por los cuales dependería una sustitución de la demanda. Por el contrario, los valores ganados dependerán de la estadística de cada competición o partida en la plataforma. Por lo que, no podría darse una competencia en precios, debido a que el resultado dependerán únicamente de la habilidad del jugador en determinar un resultado.

Por todo lo antes expuesto, esta Intendencia formó su criterio sobre que, **desde el punto de vista cualitativo, el mercado del producto estaría definido por la comercialización del servicio de los pronósticos deportivos on-line.**

Manteniendo el orden de ideas, en lo referente al análisis cuantitativo de sustitución de la demanda, la Intendencia consideró la aplicación de la Resolución No. 11 expedida por la Junta de Regulación de la LORCPM, cuyo análisis contenido en el Informe de Resultados de la Investigación, planteó lo siguiente:

Artículo 10. Prueba de correlación de precios.- Esta prueba se fundamenta en el hecho de que cuando dos o más bienes pertenecen al mismo mercado, sus precios tienden a variar en el mismo sentido del tiempo.

Para una adecuada implementación de esta prueba se sugiere la utilización de medidas tales como la correlación de precios, la correlación de logaritmo de precios, y/o la correlación de primeras diferencias de logaritmo de precios. **Si el valor de estas medidas estadísticamente igual o superior a 0,8, se tiene evidencia a favor de un grado de sustitución entre los bienes; en sentido opuesto, si el valor de estas medidas**

es inferior estadísticamente a 0,8, se tiene evidencia en contra de dicha hipótesis. (...) (Énfasis Añadido).

El coeficiente de correlación es calculado a partir de la covarianza entre dos series de tiempo, a través de la desviación estándar de las mismas. La fórmula de correlación utilizada es la siguiente:

$$r = Cov(x,y)/SD(X)SD(Y)$$

Donde:

Cov(x,y) es la covarianza entre X y Y

SD(X) SD (Y) es la desviación estándar de x respecto a y.

El coeficiente de correlación se encuentra en un rango de -1 a 1; un coeficiente de -1 indica Perfecta Correlación negativa; uno coeficiente de 1 indica Perfecta Correlación Positiva; y, un coeficiente de cero indica que no existe correlación.

Respecto de esta prueba, la Dirección en su Informe de Resultados consideró:

Para la estimación de la sustitución esta Dirección utilizó los datos que corresponden a la serie mensual de los precios promedios¹⁸ remitidos por el operador BET593, determinados por el valor de la jugada promedio, tanto en pronósticos deportivos como en juegos de azar (casinos on-line).

Es importante mencionar que, estos servicios al realizarse a través de plataformas digitales y que dependerán de cada una de los gustos o preferencias de los usuarios, no es posible precisar el precio adecuado para esta prueba, no obstante, esta Dirección, a fin de cumplir con las herramientas contempladas en la Resolución N°. 11, utilizó la información generando una variable proxy¹⁹, de precios promedios.

Adicionalmente, para la aplicación de esta prueba se deflactó los precios promedios de pronósticos deportivos y de juegos de azar on-line, con la finalidad de eliminar el efecto de la inflación en los mismos y, conforme lo indicado en la Resolución N° 011, se trabajó con el logaritmo de los precios y sus respectivas primeras diferencias.

Una vez realizados estos procedimientos, los resultados obtenidos fueron los siguientes:

Las variables utilizadas fueron:

precio promedio pronósticos deportivos= PPD

precio promedio juegos de azar on-line= PJOL

¹⁸ Conforme ya fue analizado anteriormente, la mayoría de operadores económicos señalaron que no podrían remitir PVP, dado que el precio es variable, y que éste dependería del valor que el jugador quiera destinar a su apuesta. No obstante, el operador BET593 remitió mediante escrito con ID. 244702, un precio calculado a partir de la jugada promedio, como una variable proxy, de lo que destinaría un usuario tanto en juegos de azar on-line, como en pronósticos deportivos.

¹⁹ Es frecuente que los atributos de evaluación sean intangibles. En su lugar se utilizan variables proxy, indicadores, que tomadas en conjunto reflejan indirectamente el nivel de logro de los atributos. Tomado de: Optimización Evolutiva Multiobjetivo de Carteras de Proyectos Públicos Caracterizados por Medidas “Proxy”.

d_ = deflactada con IPC
Log= logaritmo de la variable

(...) Correlación de precios promedios de pronósticos deportivos y juegos de azar on-line

. corr log_PJOL log_PPD (obs=30)			. corr d_PJOL d_PPD (obs=30)		
	log_PJOL	log_PPD		d_PJOL	d_PPD
log_PJOL	1.0000		d_PJOL	1.0000	
log_PPD	0.0841	1.0000	d_PPD	0.1159	1.0000

Fuente: Información operadores económicos
Elaboración: DNICPD

Tal como muestran los resultados del método aplicado, cuantitativamente los precios promedios de los pronósticos deportivos, no se comportarían como servicios sustitutos de juegos de azar on-line, al identificar un coeficiente menor a 0,8, o incluso coeficientes negativos. Concluyéndose, cuantitativamente, que no son parte de un mismo mercado relevante y confirmando la delimitación cualitativa en el mercado como un único mercado independiente el mercado de pronósticos deportivos.

En este punto, es importante señalar que en los últimos años, se ha experimentado un crecimiento importante de los mercados operados a través de plataformas digitales, lo que incluso, ha llevado a replantar a varias agencias de competencia, el uso de las herramientas típicas aceptadas para la definición de un mercado relevante.

De la aplicación de la prueba mencionada *ut supra*, esta Autoridad concluyó que los servicios de juegos de azar (on-line) y los pronósticos deportivos, no se comportarían como servicios sustitutos, al obtener coeficientes menores a 0,8. Lo que permitió, determinar la existencia de un único mercado independiente definido como mercado de pronósticos deportivos.

No obstante, a pesar de lo analizado, el Informe de Resultados hizo hincapié en varios pronunciamientos de organismos internacionales, autores, respecto de la complejidad que conlleva la aplicación de herramientas cuantitativas en mercados digitales, resaltando lo siguiente:

<p>Revista Competition Policy International Definiendo los mercados de plataformas” Las herramientas tradicionales utilizadas para definir los mercados se basaban en la economía clásica, que a su vez se basaba en conceptos como oferta y demanda, que podían captarse fácilmente confiando en la sensibilidad al precio como proxy para determinar si</p>	<p>Autores Duch-Brown y Wouter Vergote (2023) El impacto del análisis económico en la definición del mercado en el contexto de las plataformas digitales” Si bien los avances en la teoría económica, la econometría y la disponibilidad de datos han ayudado a las autoridades antimonopolio a afinar su enfoque de la definición del mercado</p>
--	--

<p>dos conjuntos de bienes formaban parte del mismo conjunto, mercado relevante. Sin embargo, este análisis se vuelve más complejo en los mercados actuales, donde, muy a menudo, los bienes o servicios se ofrecen de forma gratuita en el punto de consumo, y el proveedor obtiene un margen a través de otras actividades, como el suministro asociado de publicidad (por ejemplo, en una plataforma de búsqueda o de redes sociales) (Énfasis añadido)</p>	<p>en los mercados físicos tradicionales, los nuevos conocimientos económicos han alterado la aplicabilidad de las mismas herramientas de definición del mercado en los mercados de plataformas (digitales). Discutimos brevemente cinco complicaciones puestas de manifiesto por los desarrollos en la economía de los mercados de plataformas digitales: mercados de precio cero, fijación de precios personalizados, el enfoque de mercado único frente a multimercado para la definición del mercado, alojamiento único frente a alojamiento múltiple y complementariedades no genéricas en digital, ecosistemas de plataforma. A pesar de estos problemas, las herramientas de definición de mercado establecidas aún pueden servir como modelos conceptuales para la definición de mercado en el contexto de las plataformas digitales. (Énfasis añadido)</p>
<p>OCDE Manual sobre política de competencia en la era digital Las características de los mercados digitales pueden dificultar el análisis por parte de las autoridades de defensa de la competencia. Aunque la lógica económica fundamental del análisis de competencia habitual sigue siendo válida, la forma en que se aplican las herramientas analíticas debe adaptarse. Por ejemplo, un test del monopolista hipotético sigue siendo un marco válido y útil para definir mercados e identificar el entorno competitivo que rodea a una empresa en los mercados digitales²⁰. (Énfasis añadido)</p>	<p>Notas realizadas por Sebastián Wismer, et all “Market definition in multi-sided markets” Los métodos menos complejos que se abstraen del modelo de la demanda, como los análisis de correlación de precios, parecen ser más factibles aplicables (...) Más allá de los análisis econométricos, suelen ser útil aplicar métodos descriptivos. Por ejemplo, la comparación de listas de clientes de diferentes plataformas se puede utilizar para determinar el grado y la importancia del multi-homing o para identificar clientes comunes y sus características. Además, puede ser útil examinar el tamaño de los grupos de clientes y el volumen de nuevos suscriptores/clientes durante varios periodos, en particular si una parte afirma que se ha producido un cambio pronunciado entre ciertas plataformas, ya que esto también puede</p>

²⁰OCDE (2022), Manual de la OCDE sobre política de competencia en la era digital, <https://www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age>

	<p>reflejarse en la estructura de clientes o tamaños de grupos (...)</p> <p>Las autoridades de competencia a menudo enfrentan el desafío de elegir herramientas de investigación que exhiben diferentes fortalezas y debilidades y difieren en sus requerimientos de recursos así como en su confiabilidad. En muchos casos, las autoridades se abstienen de aplicar métodos econométricos complejos, en particular debido a las limitaciones de tiempo, la falta de datos adecuados o la complejidad metódica...²¹ (Énfasis añadido)</p>
<p>Domic, Tania (2023) Plataformas digitales: dificultades en la definición del mercado relevante y poder de mercado.</p> <ul style="list-style-type: none"> • La ausencia de precios, es decir, que pueden usar los servicios de la plataforma sin necesidad de pagar un valor, a esto se lo denomina “mercados de precio cero”, esto genera un problema dado de que no se puede determinar pruebas econométricas donde se usen precios como variables: correlación de precios y Test SSNIP (monopolista hipotético). • La recopilación de datos es más personalizada, de tal manera, que el operador que brinda su servicio podría generar una fijación de precios personalizados, dependiendo de los gustos y preferencias de los usuarios • Por lo general, estos mercado, involucran plataformas de dos lados (o más), donde las agencias de competencia, tiene que identificar la pertinencia o no, de definir un solo mercado que integre a todos los participantes de la plataforma, cuando se evidencien efectos de red, o por el 	

²¹ OCDE (2017) Market definition in multi-sided markets - Note by Sebastian Wismer & Arno Rasek, tomado de: <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD%282017%2933/FINAL/En/pdf>

<p>contrario definir un mercado relevante independiente por cada grupo de consumidores, identificando efectos indirectos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Es importante tener en cuenta la distinción entre single-homing y multi-homing, la primera se refiere a cuando, a pesar de que existe varias plataformas para un mismo servicio, los usuarios deciden utilizar solo una (solo celular o solo computador). El segundo, mantiene relación con el uso simultaneo de plataformas que son rivales. • Finalmente, se debe tener en cuenta los “ecosistemas de plataformas digitales”, que no es más que un sistema que incluye a varios actores y operadores, que se interrelacionan de manera descentralizada y a través de relaciones de complementariedad más amplias.²² 	
---	--

En otras palabras, desde la naturaleza de estos mercados, no es aplicable de manera precisa una de las herramientas cuantitativas contempladas en la Resolución No. 11, no obstante esta Dirección ha ratificado la importancia de la definición desde un análisis cualitativo de sustitución de la demanda, el mismo, que ha reflejado que corresponde determinar un mercado independiente como el mercado de pronósticos deportivos on-line, excluyendo otro tipo de actividad de entretenimiento, como juegos on-line, lotería, bingo, entre otros.

Esta Intendencia acogió lo señalado por la Dirección y conforme reza en la Formulación de Cargos, ratifica el hecho de las vicisitudes y dificultades de la aplicación de las herramientas cuantitativas respecto de mercados que funcionan a través de plataformas digitales. No obstante, esta Autoridad verificó que el análisis de sustitución de la demanda se encuentra apegado a los lineamientos técnicos que se abordan en la Resolución No. 11, **ratificando de esta manera que, el mercado únicamente se comprendería por la comercialización de los pronósticos deportivos on-line.**

²² Domic, Tania (2023) Plataformas digitales: dificultades en la definición del mercado relevante y poder de mercado. Tomando de: <https://centrocompetencia.com/plataformas-obstaculos-definir-mercado-relevante-poder-de-mercado/>

4.1.2. Sustitución de la oferta y competencia potencial

En relación a este punto, la Intendencia consideró lo previsto en el artículo 11 de la Resolución 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM, el cual establece:

...El análisis de sustitución de la oferta implica determinar todos aquellos bienes ofertados por operadores económicos, denominados potenciales competidores, quienes ante incrementos en precios del producto o servicios materia de análisis, podrían fabricarlo y comercializarlo en un periodo de tiempo tal que no suponga ajustes significativos de activos materiales e inmateriales, y sin incurrir en costos o riesgos adicionales excesivos (...)

Una vez que se ha delimitado lo dispuesto por la norma, respecto a este punto, el Informe Final refirió:

(...) En este sentido, es preciso mencionar que, en otras jurisdicciones como la europea, la definición del mercado se ha basado principalmente en la sustituibilidad de la demanda, mientras que la sustituibilidad de la oferta se ha relacionado en mayor medida con la amenaza de “entrada al mercado” de nuevos competidores²³. No obstante, cuando se considera la sustitución de la oferta para determinar el mercado relevante de un producto, como es el caso de Ecuador, la literatura establece²⁴, en lo principal, lo siguiente:

En la práctica, se requiere que las empresas candidatas a la entrada puedan comenzar a suministrar uno o varios de los productos o servicios que el consumidor considera sustitutivos **en el corto plazo y sin incurrir en costos significativos**. (Énfasis añadido)

Es decir, conforme la literatura sobre la determinación de mercados relevantes, para que se realice una sustitución de la oferta, la misma debe realizarse en términos de eficacia e inmediatez. En este orden de ideas, las probabilidades de sustitución son mayores en operadores que en su proceso productivo utilicen igual o similar equipo, y que pueden acceder de manera efectiva a los mismos canales de distribución y en las mismas condiciones de mercado que los operadores en la industria investigada²⁵.

Asimismo, cuando se evalúa las posibilidades de que se realice una sustitución de la oferta, la autoridad debe analizar si existen los incentivos económicos para que se efectúe dicha sustitución²⁶, es decir, que la incursión en el mercado por parte de un potencial entrante sea rentable.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Universidad de Roma, Facultad de Economía, “The Guidelines on Market Definition”, disponible en: http://economia.uniroma2.it/public/ppm/files/lecture%20content/Guidelines_on_Relevant_Market_Definition.pdf.

²⁶ *Ibidem*.

En complemento con lo anterior, respecto de los competidores potenciales, esta Intendencia tomó lo señalado por la Dirección en el siguiente sentido:

En tal virtud, con la finalidad de identificar los potenciales competidores, la DNICPD solicitó a los operadores económicos en este mercado mediante cuestionario III lo siguiente:

Si el margen de ganancia en la venta de servicios de apuestas deportivas, pronósticos deportivos y/o juegos de casino en línea incrementara. Conforme su experiencia en el sector identifique: ¿a qué operadores económicos le interesaría ingresar al sector, o cuales serían sus potenciales competidores directos?

De lo cual, la mayoría de operadores señalaron:

...Los operadores económicos más afines a nuestra actividad serían las cabinas de internet o cyber.

Los puntos autorizados de recargas a través de un sistema de interfaz de programación de aplicaciones API...

...Los interesados principalmente serían casas de apuestas deportivas y empresas multinacionales de juegos y azar que operan en otros países de Latinoamérica como: Bet365, 1xbet, Betfair, Betano, Betsson, Boodog, Codere, Rushbeth, Caliente, Cirsa, Lukia, Grupo Meier, William Hill, BWin, Sportium, Betplay, Wplay, Yajuego...

...Para el caso de pronósticos deportivos, los mismos pueden ser captados por medio de patrocinadores de clubes deportivos ya que los mismos cuentan con capacidad instalada en publicidad. Podrían hacerlo a través de cadenas de cabinas de internet.

Ahora bien, dado que en el presente caso, el servicio objeto de investigación sería la comercialización del servicio de pronósticos deportivos on-line, la DNICPD consideró como potenciales competidores a las demás empresas dedicadas a la comercialización de servicios relacionadas con plataformas virtuales, y en general las empresas que se encuentran en el sector de programación de aplicaciones, con relación actividades de entretenimiento on-line.

Bajo este contexto, esta Autoridad aplicó la Prueba de Sustitución de la Oferta o SSS (por sus siglas en inglés) contemplada en el artículo 12 de la Resolución N° 011, con la cual pudo concluir sobre las probabilidades de que se realice una sustitución de la oferta en este mercado, como se detalla a continuación:

- a. **En relación a que los potenciales competidores deben poseer los activos tantos materiales como inmateriales para trasladar su producción de un bien o servicio determinado a otro; en caso de no poseer alguno, debe ser capaz de adquirirlo sin la necesidad de incurrir en costos que sean irre recuperables.** En este mercado los competidores potenciales tendrían que incurrir en costos significativos, debido que los posibles competidores no contarían con el conocimiento necesario de las estrategias del mercado, para trasladarse a la

comercialización del servicio de pronósticos deportivos on-line, por lo que no cumpliría el parámetro de eficacia.

- b. Respecto a que los potenciales competidores deben tener la oportunidad de acceder a sistemas logísticos y canales de distribución adecuados para la comercialización del producto o servicio materia de análisis.** En el caso en particular los potenciales competidores, podrían acceder a sistemas logísticos y canales de distribución del servicio de pronósticos on-line, por cuanto en la actualidad mantienen los mismos sistemas y canales, por lo que, no sería un limitante para su entrada de manera inmediata.
- c. Sobre que los operadores económicos considerados como posibles competidores incurrirían en costos hundidos significativos.** Esta Intendencia ha evidenciado que deberían incurrir en gastos de conocimiento del mercado, implementación y normal funcionamiento del servicio de pronósticos deportivos on-line, esto dificultarían su ingreso a corto y mediano plazo, para trasladarse al mercado del servicio de pronósticos deportivos on-line.
- d. En cuanto a que cualquier barrera de entrada debe ser superada en un periodo razonablemente corto de tiempo y sin que esto conlleve altos costos operacionales.** Esta Intendencia identificó que en el mercado de pronósticos deportivos existen barreras de entrada económicas entre las cuales se tendría la inversión inicial, los costos tecnológicos de implementar la plataforma, además el posicionamiento de la marca, esto impediría que en el corto plazo los potenciales competidores ingresen a ofertar los servicios de pronósticos deportivos on-line.
- e. En relación a que los potenciales competidores deben poseer los incentivos económicos necesarios para producir el producto o prestar los servicios materia de análisis.** Los potenciales competidores del servicio de pronósticos deportivos on-line, al identificar márgenes de rentabilidad, se verían interesados en incursionar en este mercado, sin embargo al tener que incurrir en costos de inversión los primeros años en el corto plazo no podrían ser superados y se dificultaría una sustitución en la oferta.
- f. Sobre que los potenciales competidores deben poseer capacidad instalada inutilizada que puede ser puesta en marcha sin incurrir en costos significativos.** Al respecto esta Intendencia considera que al no poseer capacidad instalada e inutilizada no podrían incursionar en el corto plazo en el mercado de pronósticos deportivos, considerando que deben incurrir en costos de inversión inicial.
- g. Finalmente, en cuanto a que los consumidores deben percibir a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos del producto o servicio materia de análisis.** Esta Autoridad identificó que los operadores del mercado del servicio de pronósticos deportivos on-line, indicaron que la rapidez y el valor de la ganancia serían los factores más importantes, además que aceptarían una nueva marca que comercialice el servicio de pronósticos

deportivos, siempre y cuando ofrezca rapidez, confianza en su plataforma y un premio atractivo y competitivo. Asimismo, del análisis cualitativo de la demanda, se descartó que un consumidor de pronósticos deportivos acepte como sustituto válido otra actividad de entretenimiento on-line, como bingos, lotería, videojuegos, entre otros. Por lo que, se concluye que los consumidores de pronósticos deportivos, no perciben a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos, por lo que, no podría justificarse una ampliación del mercado a estos operadores.

En consecuencia, en virtud del análisis realizado en el Informe Final, esta Autoridad concluye que, de los resultados de la prueba SSS, la sustitución de la oferta no cumple con las condiciones de rapidez, eficacia y rentabilidad, en tanto que: 1) los potenciales competidores no contarían con los activos necesarios, 2) deberían incurrir en una inversión inicial, en costos hundidos, entre otros; 3) los consumidores de pronósticos deportivos, no percibirían a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos, por lo tanto, no podría justificarse una ampliación del mercado al no cumplirse con los elementos principales del análisis de oferta conforme la prueba SSS.

4.2. Mercado Geográfico

El artículo 5 de la LORCPM, respecto del mercado geográfico, establece:

“El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante (...) la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes”.

Al respecto, la Intendencia refirió en su Informe Final que:

(...) En el caso concreto es importante señalar que, tanto la LORCPM como la Resolución No. 11 de la Junta de Regulación de la LORPCM, establecen criterios mínimos de consideración para la determinación de un mercado geográfico, de los cuales, esta Dirección considera oportuno tomar en cuenta la modalidad de venta, dejando de lado cualquier herramienta cuantitativa que no sería aplicable²⁷, dado de que estos servicios se venden a través de plataformas digitales, es indispensable que se analice manera cualitativa dicha modalidad.

En línea con lo anterior, en el manual de la OCDE²⁸ ((Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) sobre de la política de competencia en la era digital, respecto de la

²⁷ Es importante indicar que en presente caso, no es pertinente aplicar herramientas cuantitativas, como por ejemplo: pruebas de costos de transporte, prueba Elzinga-Hogarty o isócronos las cuales requiere de información como precios y flujos comerciales, situación que se aleja totalmente de la naturaleza del mercado producto analizado.

²⁸ Manual de la OCDE sobre política de competencia en la era digital. OCDE 2022. Recuperado: <https://www.oecd.org/daf/competition/manual-de-la-ocde-sobre-politica-de-competencia-en-la-era->

definición del mercado geográfico fuera de las fronteras nacionales mercado geográfico señalaron que:

...La digitalización se asocia a productos de ámbito mundial, sin fronteras, pero esto no significa necesariamente que el mercado pertinente para el análisis de la competencia sea internacional. En particular, la presencia de productos y servicios extranjeros no constituye una prueba automática de que el mercado de productos debiera ser internacional, puesto que las condiciones competitivas podrían ser distintas en diferentes zonas geográficas. Por ejemplo, puede haber limitaciones a la capacidad de las empresas nacionales para competir en los países de origen de las empresas extranjeras. Los factores culturales y lingüísticos, los cambios en la regulación y el bloqueo de zonas geográficas pueden restringir el ámbito geográfico de los mercados de productos digitales...

De manera complementaria, en lo referente al mercado geográfico, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el Informe de propuesta de resolución – Expediente 0/0730/16 JUST EAT/ LA NEVERA ROJA, indicaron lo siguiente:

V.2 Mercados geográficos

... (38) Esta Dirección de Competencia considera que el mercado de las plataformas online de gestión de pedidos de comida a domicilio tiene un ámbito geográfico relevante nacional, puesto que a través de una única plataforma informática los intermediarios suelen ofrecer sus servicios de gestión de entrega de comida a domicilio a restaurantes que operan en toda España, las campañas publicitarias de estas plataformas tienen un importante componente nacional, y normalmente sus políticas comerciales frente a los restaurantes son fundamentalmente nacionales...

Esta Dirección ha identificado que el servicio de pronósticos deportivos on-line, es un servicio que se lo realiza a través de plataformas digitales y conforme a los precedentes expedidos por organismos internacionales como la OCDE y la CNMC, los mercados que manejan plataformas digitales, pueden operar de manera nacional e internacional, pero esto depende de las limitaciones de las empresas para operar a nivel internacional por las restricciones que existiría en cada país.

Adicionalmente, respecto del caso concreto, la Dirección manifestó lo siguiente:

En el caso en concreto, en cuanto al alcance geográfico, esta Dirección realizó la revisión de las páginas web de los operadores implicados e identificó que, los servicios que prestan están relacionados con juegos de azar, apuestas y pronósticos deportivos, que serían operados mediante medios digitales y de manera on-line, por lo que, el servicio prestado lo estarían ofertando, a nivel nacional.

En consecuencia, del análisis recogido en el Informe Final, respecto del mercado geográfico, esta Intendencia determinó que **el mercado geográfico de la presente investigación tiene un alcance nacional**, ya que al ser servicios que por su naturaleza se ofertan de manera digital, no tiene límites territoriales físicos.

4.3. Marco Temporal y Estacionalidad

En referencia al marco temporal y la estacionalidad, el artículo 14 de la Resolución N°. 11 de la LORCPM, determina: “*Marco Temporal y marco estacional.- Al momento de delimitar el mercado de producto o servicio, se debe considerar, además de la sustitución de la demanda y de la oferta, otros aspectos como la temporalidad y la estacionalidad bajo los cuales funciona el mercado*”.

De esta manera, en la resolución esta Autoridad ha explicado lo siguiente:

En cuanto al período de tiempo aproximado de la duración de la conducta, el denunciante señaló lo siguiente:

“...Respecto de la duración de la conducta denunciada, debemos indicar que los denunciados

(...) en el caso del operador BETCRIS se encuentran operando casinos online en el Ecuador aproximadamente desde el mes de enero del año 2021 y hasta la presente fecha, conforme se puede apreciar de una simple verificación de sus páginas web, así como de las materializaciones que fueron acompañadas dentro de la denuncia en cuestión.

(...)

No obstante a fin de verificar lo mencionado por el denunciante, esta Dirección solicitó información a los denunciados, identificando lo siguiente:

El operador económico METROCENTRO S.A., en su escrito de 20 de junio de 2022 con ID trámite 240608, indicó lo siguiente:

“ (...) la principal diferencia es la licitud de nuestros actos, ya que al encontrarnos en el territorio ecuatoriano, hemos adecuada cada una de nuestras actuaciones al ordenamiento jurídico ecuatoriano, que en mi calidad de persona jurídica regulada por la Superintendencia de Compañía he proporcionado oportunamente toda la información societaria requerida, que antes el Servicio de Renta Internas he declarado cada uno de mi transacciones en los ejercicios fiscales previstos, así como, el correspondiente pago de tributos derivados de esas transacciones. Adicionalmente, que en mi calidad de operador logístico de actividades deportivas de esparcimiento, como es un hipódromo, **he suscrito un contrato que viabiliza las transacciones de pronósticos deportivos que versan su peso en la destreza de un tercero que lleva adelante la ejecución de un deporte**, bien sea este la hípica o el fútbol.(...)”

De manera complementaria, la Dirección identificó que el operador económico METROCENTRO S.A., suscribió un contrato con TV GLOBAL ENTERPRISE LTDA. (BETCRIS) el **19 de diciembre de 2019**, y que además reportaron los ingresos por su actividad como operador logístico desde la fecha de suscripción del contrato.

En tal sentido, por los hechos descritos por los operadores económicos tanto denunciante como denunciados, la DNICPD ha identificado la siguiente temporalidad:

- Respecto del operador económico METROCENTRO S.A., estaría comprendido desde el 19 de diciembre de 2019 hasta la actualidad.

En tal sentido, con base en la información constante en el presente expediente, y la expuesta en el Informe de Resultados, la Resolución de Formulación de Cargos y el Informe Final, esta Intendencia identificó que el marco temporal dentro del presente caso, estaría comprendido desde el 19 de diciembre de 2019 hasta la actualidad.

Por otro lado, en relación a la estacionalidad del mercado, el análisis expuesto por este Órgano se consideró:

Ahora bien, respecto de la estacionalidad del mercado relevante, esta Dirección identificó que la comercialización del servicio de pronósticos on-line es un servicio de consumo masivo y que sus ventas se realizarían durante todo el año, a manera de ejemplo, se grafica la tendencia de ventas del año 2022:

(...) Unidades del servicio de pronósticos deportivos on-line



Fuente: Información operadores económicos
Elaboración: DNICPD

Por lo que, respecto a este punto, esta Autoridad no identificó factores estacionales que deban considerarse en la comercialización del servicio de pronósticos deportivos on-line. Así también, se tuvo en cuenta que, eventos deportivos verbigracia, el mundial de futbol podrían incrementar la cantidad de transacciones en dichas plataformas, no obstante, se identifica

que durante todo el año están presentes estos servicios, por lo que, no podría enfocarse en la influencia de un solo evento, o fecha en particular.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, esta Intendencia ratifica su criterio respecto de que el mercado relevante determinado tanto en el Informe de Resultados de la Investigación, resolución de Formulación de Cargos e Informe Final, se enmarca en: “**La comercialización del servicio de pronósticos deportivos on-line con un alcance nacional**”.

QUINTO. - DETERMINACIÓN DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS

En concordancia con el artículo 6 de la LORCPM, esta Intendencia determinó, respecto del volumen de negocio del operador económico METROCENTRO S.A., lo siguiente:

En cumplimiento del artículo 6 de la LORCPM, que establece:

(...) se entiende por volumen de negocios total de uno o varios operadores económicos, **la cuantía resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por los mismos, durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias**, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio.

Así también, el artículo 5 del RLORCPM, señala:

Art. 5.- Volumen de negocios.- Se entiende por volumen de negocios total de uno o varios operadores económicos, la cuantía **resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por los mismos, durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias**, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio (...)

Por su parte el artículo 96 y 97 del RLORCPM establece el volumen de negocios que se deberá considerar para la base del cálculo del importe de la multa y la información que podrá ser utilizada, de la siguiente manera:

Art. 96.- Base para el cálculo del importe de la multa.- La base para el cálculo del importe de la multa se fijará en referencia al **volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción investigada**.

Con el fin de determinar la base para el cálculo del importe de la multa, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá en cuenta, entre otros, la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; la cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables; el alcance de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los

consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.

De conformidad con las circunstancias de la infracción y la gravedad de la misma, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá establecer la base para el cálculo del importe de la multa en relación al volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

Art. 97.- Información.- Con el fin de determinar **el volumen de negocios de un operador económico, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado utilizará los mejores datos disponibles sobre dicho operador económico.**

Cuando el volumen de negocios de operadores económicos que participan en una infracción sea similar, pero no idéntico, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá fijar un mismo importe de base para cada uno de estos operadores económicos. (Énfasis añadido)

En este sentido, conforme la información proporcionada por los operadores económicos dentro del expediente, el **volumen de negocios del mercado relevante analizado**, para el operador económico dentro del presente expediente:

METROCENTRO S.A. (BETCRIS), conforme la información con ID. 248785, las ventas del operador económico en el año 2021 ascendieron a [REDACTED]
[REDACTED]
considerando el valor total reportado, menos el monto transferido a CRUZ ROJA, conforme consta en la información entregada con ID. 266747.

Por otro lado, en cumplimiento del artículo 6 de la LORCPM y artículo 5 del RLORCPM, esta DNICPD, pone en consideración, el volumen de negocios total durante el último ejercicio, disponible, **que corresponda a sus actividades ordinarias, previa deducción del impuesto**, conforme la información constante en los balances reportados a la SUPERCIAS, lo siguiente:

METROCENTRO S.A. (BETCRIS), para el año 2021, al ser el último balance presentado hasta la fecha, correspondería un monto total de: [REDACTED]
[REDACTED]

En este sentido, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 96 y 97 del RLORCPM, esta Intendencia considera lo siguiente:

- **Volumen de negocios por concepto de la actividad de operación logística**

Conforme la información proporcionada por METROCENTRO en su escrito de 30 de agosto de 2022 con ID 248785, se denota los valores recaudados e ingresados en las cuentas

- Del análisis de la sustitución de la demanda, tanto cualitativo como cuantitativo, esta Dirección determinó que los pronósticos deportivos on-line no presentan sustitutos cercanos.
- Así, del análisis cualitativo, varios factores como las características, usos y beneficios podrían limitar la sustitución con otros servicios de entretenimiento como: videojuegos, lotería, bingo, casinos sin fines de lucro, entre otros, debido a que difieren por sus términos y condiciones, premios, accesibilidad, etc. En este mismo sentido, del análisis cuantitativo se identificó que desde la naturaleza del mercado analizado, no es aplicable de manera precisa una de las herramientas cuantitativas contempladas en la Resolución No. 11, sin embargo, se ha ratificado la importancia de la definición desde un análisis cualitativo de sustitución de la demanda, el mismo que ha reflejado, que corresponde determinar un mercado independiente como el mercado de pronósticos deportivos on-line, excluyendo otro tipo de actividad de entretenimiento virtual.
- Desde el punto de vista de la oferta, esta Dirección consideró que la misma no alcanzaría los niveles de rapidez, eficacia y rentabilidad, por lo que no se considera pertinente la ampliación del mercado relevante del servicio de pronósticos deportivos on-line.
- Con relación al mercado geográfico, la cobertura que brindan los operadores económicos implicados en el servicio de pronósticos deportivos on-line, mediante plataformas digitales es abierta y sin límites geográficos en todo el territorio nacional, en este sentido, esta Dirección determinó como el ámbito de competencia de este mercado a nivel nacional.
- Respecto del mercado estacional, la DNICPD concluyó que la estacionalidad no es un factor determinante en la demanda de este servicio.
- En relación con el mercado temporal, el mismo se delimitó con base en el período de duración de la práctica desleal investigada, que conforme la información disponible en el expediente, respecto del operador económico METROCENTRO S.A., estaría comprendido desde el 19 de diciembre de 2019 hasta la actualidad.
- Del análisis del mercado relevante durante el año 2021, en el que la presunta práctica desleal habrían iniciado, se aprecia una participación significativa de la empresa METROCENTRO S.A. (BETCRIS) del 57% encontrándose en el primer lugar, y RED DE SERVICIOS S.A. (ECUABET) con el 19%, en el tercer lugar, ocupando puestos representativos en este mercado. En este sentido, el mercado del servicio de pronósticos deportivos on-line se caracteriza por estar altamente concentrado.

- Respecto del público objetivo definido, el mismo respondería a un grado de vulnerabilidad, en particular, en este caso, al tomarlo como una actividad lucrativa, o por falta de oportunidades o fuentes de empleo, provocaría que, se vean mayormente atraídos por una plataforma que mantenga más actividades de entretenimiento virtual, pronósticos deportivos más casinos. Por lo que se concluye que los operadores económicos investigados como consecuencia de su comportamiento desleal, ha provocado mayor atracción de jugadores y apostadores por plataformas que incluyan casinos.
- Finalmente, de la cuantificación de las afectaciones generadas por la conducta desleal, esta Dirección evidenció:
 - Del análisis de la evolución de ventas de los operadores infractores de la norma frente a operadores que si cumplirían, ECUABET como METROCENRO mantienen tasas de crecimiento importantes, esto es **467%** y **184%** respectivamente, lo que en contraste con la evolución de los operadores que cumplirían la norma, se evidencia un crecimiento distinto, en el caso de SPORTBET, mantiene tasas de crecimiento sostenidas desde 87%, y BET593 tasas desde el 28%, que en comparación de los infractores, su crecimiento ha sido en menor proporción.
 - Se ha evidenciado un incremento importante en la cantidad de usuarios en la plataforma de ECUABET, tanto por pronósticos y casinos, al igual, que un incremento importante de los ingresos de BETCRIS; mientras que en el caso, del operador SPORTBET se evidencia una clara caída en el número de usuarios.
 - Los operadores que cumplen, incluso en el año del mundial de futbol, crecieron en promedio 202%, mientras que el operador que incumple ECUABET creció en dicho año, un **467%**, **duplicando la tasa de crecimiento de sus concurrentes que si cumplen la norma.**
 - La ventaja adquirida por el incumplimiento normativo a ECUABET, para los años 2021-2022, representó \$ [REDACTED]
 - La ventaja adquirida por el incumplimiento normativo a BETCRIS, para los años 2021-2022, representó \$ [REDACTED].
 - Lo indicado en relación a sus concurrentes, en este caso SPORTBET significaría el 8% y 14% respectivamente. Y más aún para un concurrente pequeño, que representaría incluso más del 100% de su volumen de negocios.
- En conclusión, esta Dirección ha evidenciado que por el análisis de la naturaleza de la conducta, el análisis del público objetivo y la cuantificación de los efectos, los

operadores ECUABET y BETCRIS, habrían falseado el régimen de competencia dentro del mercado relevante definido en la presente investigación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 26 de la LORCPM.

- Se ha demostrado que el operador económico METROCENTRO S.A., es quien realiza las actividades de juegos de azar con fines de lucro, y pronósticos deportivos a través de la plataforma BETCRIS, toda vez que es quien tiene en sub licenciamiento de la marca en Ecuador, se ha hecho responsable personalmente con el pago del patrocinio a la Liga Profesional de Fútbol, y responde individualmente por fallos en la plataforma BETCRIS, ante la CRUZ ROJA PROVINCIAL DEL GUAYAS.
- El operador habría infringido la prohibición de realizar actividades de casino con fines de lucro, lo cual le ha supuesto una ventaja competitiva significativa que le permite prevalecer en el primer lugar del mercado relevante, por cuanto ha podido ser más atractivo para el público dedicado a las apuestas, y promocionar la marca a través de auspicios y publicidad en el mercado ecuatoriano.
- Finalmente, se ha demostrado que existen elementos de convicción sobre el presunto cometimiento de prácticas desleales de violación de normas, conducta tipificada en el artículo 27, número 9, inciso primero de la LORCPM, por parte del operador METROCENTRO (BETCRIS).

En este sentido, la Dirección recomendó:

De conformidad con el artículo 58 de la LORCPM, una vez concluida la etapa de investigación, esta Dirección determinó que el operador económico METROCENTRO S.A. (BETCRIS) cometió la práctica desleal de actos de violación de normas, la cual habría falseado el régimen de competencia dentro del mercado relevante, por lo que este Órgano de investigación recomienda a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales formular cargos en contra del operador económico antes mencionado.

6.2. FORMULACIÓN DE CARGOS

La Intendencia, en su Formulación de Cargos, en lo principal, estuvo de acuerdo en el análisis de la Dirección, respecto de la legitimación pasiva de METROCENTRO S.A. en el presente procedimiento administrativo, por cuanto:

... de los elementos analizados en el informe de resultados, es palmario que quien realiza las actividades de pronóstico deportivo y casino virtual, bajo la denominación BETCRIS, en Ecuador, es el operador económico METROCENTRO S.A., principalmente porque de acuerdo con el contrato suscrito con la Cruz Roja Provincial del Guayas, sería la compañía investigada la que responde ante los usuarios y ante el mal funcionamiento de la plataforma BETCRIS, además de que el mismo convenio prevé que METROCENTRO es el representante de BETCRIS en Ecuador.

Asimismo, de conformidad el contrato de sub-licencia de la marca BETCRIS, suscrito

entre TV GLOBAL ENTERPRISE LTD (licenciante) y METROCENTRO S.A. (licenciatario), el operador investigado es quien explota comercialmente la marca en el Ecuador, producto de lo cual habría suscrito contratos de patrocinio, principalmente con la Liga Profesional de Fútbol, ante la cual incluso se obligó personalmente como auspiciante.

En tal sentido, esta Intendencia considera que la legitimación en la causa, en el presente caso, corresponde ineludiblemente al operador METROCENTRO S.A., como representante de la marca BETCRIS en el Ecuador, por lo que cabe continuar con el análisis respecto del cometimiento de las prácticas anticompetitivas objeto de investigación.

Asimismo, en cuanto al cometimiento de la infracción investigada, esta Intendencia concordó con el criterio de la Dirección, toda vez que:

- Las actividades de casino, al ser realizadas con fines de lucro, se encuentran prohibidas por las disposiciones jurídicas previstas en la pregunta 7 de la consulta popular del 7 de mayo de 2011, instrumentado en el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No.- 873 correspondiente al Reglamento de Juegos de Azar practicados en Casinos y Salas de Juego, publicado en el Registro Oficial Suplemento 536 de 16 de septiembre de 2011 cuya última modificación fue hecha el 3 de octubre de 2011.
- La incorporación de estas actividades prohibidas en la plataforma BETCRIS, le ha supuesto a METROCENTRO S.A., una ventaja competitiva respecto de aquellos concurrentes que no han adicionado las actividades de casino en sus plataformas, por cuanto, BETCRIS, ha podido contar con ingresos adicionales que le permitieron financiar, el primer año de los contratos de auspicio a la Liga Profesional de Fútbol, lo que a su vez ha permitido la promoción de la marca en el país. Este apalancamiento no podría ser realizado por parte de otros operadores pequeños que no realizan actividades de casino.
- Asimismo, la página BETCRIS es más atractiva para el público apostador, pues como se analiza en el público objetivo, esta modalidad de juegos virtuales (casinos online) o apuestas presentan características que pueden potenciar estímulos visuales para llamar la atención del jugador, lo que muy probablemente no puede encontrar en una página que solo ofrezca pronósticos.
- Esta ventaja significativa es significativa, puesto que al haber podido financiar a equipos de fútbol profesional bastante populares, ha podido crecer significativamente en el mercado, en relación con otros operadores que no han tenido la misma oportunidad, teniendo una tasa de 184% de crecimiento para el año 2020 y manteniéndose líder del mercado. Así, por ejemplo SPORTBET ha llegado incluso a decrecer en (-84%).
- Finalmente, es menester tener en cuenta que el operador económico ha podido prevalecer en el primer lugar en el mercado de pronósticos deportivos, como efecto de las ventajas competitivas que ha obtenido como efecto de infringir la prohibición de realizar actividades de casinos.

En tal virtud, esta Autoridad resolvió:

PRIMERO.- FORMULAR CARGOS en contra del operador económico METROCENTRO con el Registro Único de Contribuyentes No. 0990690537001, al haber falseado el régimen de competencia mediante el prevalecimiento en el mercado relevante de comercialización del servicio de pronósticos deportivos a través de una ventaja significativa adquirida como resultado del incumplimiento de la norma jurídica contenida en la pregunta 7 de la consulta popular del 7 de mayo de 2011, así como también el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No.- 873 correspondiente al Reglamento de Juegos de Azar practicados en Casinos y Salas de Juego, publicado en el Registro Oficial Suplemento 536 de 16 de septiembre de 2011, de conformidad con el numeral 9, primer inciso del artículo 27 de la LORCPM, dentro del mercado relevante de los pronósticos deportivos on-line comercializados a nivel nacional.

SEGUNDO.- Conforme lo dispuesto en el artículo 58 de la LORCPM y 68 del RLCORCPM, esta Autoridad dispone correr traslado al operador económico METROCENTRO, con la denuncia y sus anexos, el Informe de Resultados de la Investigación y la presente Formulación de Cargos, a fin de que en el término de 15 días deduzca las excepciones que en derecho le asistan.

6.3. DEL ESCRITO DE EXCEPCIONES DE METROCENTRO S.A.

6.3.1. ARGUMENTOS JURÍDICOS

El operador económico presentó sus descargos con escrito de 03 de mayo de 2023, las 16h35, con ID 270788, indicando en lo principal que, la resolución de formulación de cargos habría incurrido en todos los vicios de motivación, ejemplificados en la sentencia de la Corte Constitucional No. 1158-17-EP/21 (Caso Garantía de la motivación).

Argumentó que la motivación es incoherente por cuanto en la formulación de cargos se habría afirmado que el contrato de sub licenciamiento de marca suscrito entre TV GLOBAL ENTERPRISE LTD y METROCENTRO S.A., constituye uno de representación legal en el Ecuador.

También señaló que existirían vicios de inatención, al haber incluido en el análisis del falseamiento del mercado, los testimonios de dos estudiantes, tres psicólogos y un padre de familia, respecto a los problemas psicológicos derivados de los juegos virtuales y apuestas on-line, toda vez que el presente caso no trata sobre violaciones de los derechos del consumidor de apuestas deportivas, sino sobre las supuestas ventajas competitivas que habría adquirido el operador económico frente a sus competidores.

El operador económico también habría detectado incongruencia frente a las partes, toda vez que afirma ser un operador logístico de TV GLOBAL ENTERPRISE LTD, en virtud del CONTRATO DE OPERACIÓN LOGÍSTICA suscrito con dicha persona jurídica extranjera, que sería la titular de BETCRIS a nivel mundial. Añadió que, dicha compañía no posee personería jurídica o apoderado general en el Ecuador, conforme lo ha reconocido el Servicio de Rentas Internas, mediante resolución No. NAC-DGERCGC20-00000053, Registro Oficial 920 de 25 de agosto de 2020. En tal sentido, habría incongruencia frente a las partes por cuanto esta Intendencia no habría atendido este argumento del operador económico, el

cual sería relevante para la resolución del caso, lo cual habría atentado contra el derecho a la defensa de BETCRIS, ocasionando la nulidad procesal.

En tal sentido, según el operador, la Superintendencia se abrogaría funciones extraterritoriales que la LORCPM no prevé, disponiendo que la plataforma internacional BETCRIS, sin domicilio en el Ecuador, implemente medidas correctivas dispuestas en el territorio nacional.

En complemento, señaló que existiría incomprensibilidad, citando ciertos pasajes del informe de resultados y la formulación de cargos, sin argumentar del porqué de su aseveración.

Asimismo, arguyó que la Intendencia habría sobrepasado los límites de la aplicación del principio de primacía de la realidad, el cual se encontraría limitado por las garantías constitucionales del debido proceso y la debida motivación. Precisó que este principio conlleva los siguientes elementos:

- (...) se fundamenta **en la equidad** como patrón de justicia;
- (...) busca la **verdad real sobre la formal**;
- la verdad real se basa en los hechos, pero estos **hechos son objetivos, veraces y fehacientes**;
- el hecho objetivo se contrapone a algún elemento subjetivo o valorativo de las partes, así como de un tercero;
- (...) **no opera como una presunción o una ficción**;
- La labor de la Autoridad Administrativa se encuentra enmarcada dentro de los alcances del principio de primacía de la realidad, **no pudiendo desnaturalizar el contenido del principio y contradecir el fundamento de equidad que lo sustenta**. (El énfasis es del operador económico)

Reclamó que la SCE, debía agotar todos los medios con los que cuenta para acreditar tal afirmación. En tal sentido, a criterio del operador económico, en el presente caso "... no se evidencia en ningún momento cómo se configura el desajuste entre los hechos y estipulaciones contractuales". Además señaló que

... se evidencia es la flagrante violación a las garantías constitucionales al debido proceso, que contienen los principios de imparcialidad, legalidad y derecho a la defensa; dado que está incurriendo en una **deficiencia motivacional** en las categorías de inexistente y aparente, al darle un alcance de ficción legal cuando claramente hemos visto no lo tiene. (El énfasis corresponde al operador económico)

En particular, señaló que existiría esta deficiencia motivacional en la "Aseveración que invocar el principio basta para demostrar que dos operadores son el mismo en el ámbito

marcarlo – Sublicenciamiento”. En criterio de METROCENTRO S.A., esta Intendencia habría cometido un error al interpretar el contrato de sublicencia de marca suscrito entre TV GLOBAL ENTERPRISES LTD (sub licenciante) y METROCENTRO S.A. (sub licenciatario), como uno de representación legal depositada al compareciente.

A continuación, procedió a explicar los alcances jurídicos de un contrato de licencia, cesión y sub licenciamiento para la explotación marca, de conformidad con la legislación internacional,³¹ comunitaria³² y nacional,³³ aplicable al contexto ecuatoriano, enfatizando que este tipo de contratos están permitidos de conformidad con el ordenamiento jurídico, y deben respetar las normas comunitarias o nacionales sobre prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia y competencia desleal. Añadió que el contrato de sub licencia entre TV GLOBAL ENTERPRISES LTD y METROCENTRO S.A., está totalmente encasillado en respetar estas normas.

Con base en este preámbulo, señaló que la interpretación de esta Intendencia, según la cual “... las acciones realizadas por METROCENTRO S.A. en el Ecuador llevan a colegir que es la responsable y administradora de la Plataforma Virtual de BETCRIS...”, constituiría una errónea interpretación del artículo 3 de la LORCPM, “... distorsionando la figura jurídica de representación legal con la licencia de uso de la marca BETCRIS en nuestro territorio al hacer una mixtura de conceptos sin fundamento legal alguno...”.

Añadió que para la aplicación de dicho principio, “... deberían existir medios probatorios suficientes que demuestren el exceso por parte de Metrocentro S.A. en la ejecución de las atribuciones encomendadas por parte de su licenciante, TV Global Enterprises LTD, tanto en el contrato de operación logística como en el de su licencia de marca, los cuales establecen el espectro en el cual se encasilla la relación comercial existente entre las antes mencionadas personas jurídicas y, lo cual no ha ocurrido y ha sido desvirtuado conforme a los extensos descargos presentados”.

Señaló también que el mismo contrato de operación logística, aludido *ut supra*, establece la naturaleza jurídica de la relación comercial con TV GLOBAL ENTERPRISE LTD. En particular citó la cláusula “QUINTA: PRECIO Y FORMA DE MAGO”, según la cual METROCENTRO S.A., quedaría autorizado para invertir los recursos económicos, durante los primeros dos años, en auspicios, publicidad y marketing de la marca BETCRIS en la promoción de actividades y espacios; y, que dichos valores deberían ser liquidados a partir del año 2022.

³¹ Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial de Comercio OMC, art. 21.

³² Decisión 486 de la Comunidad Andina, Arts. 162, 163, 258 y 259.

³³ Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación – COESCCI, Arts. 375 y 376.

Asimismo, citó la cláusula “SEXTA. INDEMNIDAD PARA METROCENTRO S.A.”, misma que estipula:

LA CONTRATANTE declara y garantiza que es la única titular y responsable de la PLATAFORMA DE ENTRETENIMIENTO BETCRIS y su administradora, en tal sentido no otorga permiso para su distribución y/o comercialización en el Ecuador, de tal forma no traslada licencia, uso ni autoriza la explotación directa a METROCENTRO S.A. sobre su contenido y funciones. Cualquier reclamo deberá ser dirigido a TV GLOBAL ENTERPRISES LTD. conforme la legislación, procedimientos y recursos que para el efecto contempla la República de Malta.

(...)

LA CONTRATANTE declara y garantiza que el hardware y servidores que albergan los programas y base de datos de su PLATAFORMA DE ENTRETENIMIENTO BETCRIS no se encuentran en el territorio ecuatoriano. (El énfasis añadido por el operador económico)

Según el operador METROCENTRO S.A., esta Intendencia no habría tenido en cuenta este contrato de operación logística, instrumento que marcaría el ámbito, límites y facultades otorgadas por TV Global ENTERPRISES LTD al investigado.

Estos hechos también habrían implicado la vulneración del principio de inocencia y al de imparcialidad, proclamado en la Constitución de la República como garantía básica del debido proceso.

6.3.2. ANÁLISIS DE LA INTENDENCIA

De acuerdo a lo señalado por el operador económico, tanto el Informe de Resultados como la Formulación de Cargos, adolecerían de nulidad por no haber sido motivados por parte de la administración pública.

En específico, el investigado redarguyó lo siguiente:

Conforme lo demostraré a lo largo de la presente, su Autoridad a través de su resolución ha violentado la garantía constitucional de motivación; y, en consecuencia, el **derecho al debido proceso** y, en particular, el poder ejercitar mi derecho a la defensa por las varias *incorrecciones* que ha cometido. Es más, tal es el impacto de estas violaciones que el propio artículo 76 nos indica las consecuencias de su inobservancia y en lo pertinente manda:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...]

I.- Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. **Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos.** Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (Negritas fuera de texto)

De la simple lectura de esta disposición constitucional que garantiza el derecho al debido proceso y, en particular, del derecho a la defensa, dada su importancia, esta prescribe que una **resolución del poder público “será nula”**; es decir, la autoridad competente deberá invalidarla. Razón por la cual, aplicando el test de motivación, emitido por la Corte Constitucional, pasará a evidenciar una por una las violaciones cometidas.

De forma consecuente, el operador METROCENTRO S.A. procedió a exponer, a su criterio, cómo se habría vulnerado su derecho al debido proceso, específicamente a la garantía de contar con actos administrativos motivados por parte de la administración pública.

En tal sentido, dado que el referido operador esbozó una serie de argumentos encaminados a sustentar sus afirmaciones, esta Intendencia procederá a extraer los principales argumentos entorno a los puntos aludidos, con el objetivo de pronunciarse respecto de cada uno de ellos:

6.3.2.1. Apariencia en la motivación

A decir del operador económico investigado, las actuaciones del Órgano de investigación adolecerían de deficiencias en su motivación, en particular, éstas habrían sido expedidas con una “motivación aparente”, es decir, existirían vicios de motivación que inciden en la existencia o la suficiencia de una adecuada motivación.

Al respecto, esta Intendencia tiene en cuenta que la Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, analizó sistemáticamente la garantía de motivación. En lo principal, la Corte se alejó de manera explícita del *test* de motivación y en su lugar desarrolló el criterio rector de varias pautas que permiten examinar si existen deficiencias en la garantía de motivación, como son: la inexistencia, la insuficiencia y la apariencia.

Ahora bien, para el caso que ocupa a esta Intendencia, resulta innecesario referirse en las deficiencias de inexistencia e insuficiencia de motivación, por cuanto estas no han sido alegadas como excepciones por parte del operador METROCENTRO, por lo que, únicamente se procederán a analizar los puntos relacionados con la motivación aparente.

En la referida sentencia, la Corte Constitucional, en cuanto a la apariencia en la motivación, señaló:

Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional. En la jurisprudencia de esta Corte, se han identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, aunque esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada: (3.1) incoherencia; (3.2) inatinencia; (3.3) incongruencia; e, (3.4) incomprensibilidad.

En sumo, este Órgano de investigación tiene en cuenta que, la motivación es aparente cuando *a priori* contiene argumentos fácticos y normativos que parecerían suficientes, no obstante, en algún punto son deficientes, ya sea porque estos fueron abordados de manera incompleta o definitivamente no fueron abordados en el desarrollo de la motivación, situación que ocasiona que se produzcan vicios de índole motivacional.

Consecuentemente, la Corte Constitucional ha ejemplificado, de forma no taxativa, cuatro tipos de vicio motivacional, a decir: incoherencia, inatinencia, incongruencia e incomprensibilidad. Cada uno de estos vicios conlleva particularidades intrínsecas que los caracterizan, por lo que su análisis debe realizarse de forma independiente y atendiendo a sus propias características, salvo en aquellos casos en que se alegue que un mismo argumento adolece de dos o más vicios, situación que no contraviene el análisis individual que debe realizarse de acuerdo a la naturaleza del tipo de vicio, pero que sí ameritaría un análisis más profundo.

En el caso en concreto, el operador METROCENTRO S.A. ha alegado que tanto en el Informe de Resultados, así como en la Resolución de Formulación de Cargos no se presenta uno, sino los cuatro vicios de motivación ejemplificados por la Corte, en tal sentido, corresponde a esta Intendencia referirse a cada uno de los referidos vicios, en los siguientes términos:

6.3.2.2. Respecto de la alegación del vicio de incoherencia

En relación a cómo se habría presentado el vicio de incoherencia, el operador económico señaló en las páginas 4 y 5 de su escrito de excepciones, lo siguiente:

De la resolución de formulación de cargos emitida el 11 de abril de 2023, mediante la cual en toda su fundamentación jurídica hace referencias a simples supuestos, contenidos en el Informe de Resultados de la Investigación No. SCPM-INICPD-DNICPD-007- 2023, de 06 de abril de 2023, que en la página 6 asevera:

“Se ha demostrado que el operador económico METROCENTRO S.A., es quien realiza las actividades de juegos de azar con fines de lucro, y pronósticos deportivos a través de la plataforma BETCRIS, toda vez que es quien tiene en sub licenciamiento de la marca en Ecuador, se ha hecho responsable personalmente con el pago del patrocinio a la Liga Profesional de Fútbol, y responde individualmente por fallos en la plataforma BETCRIS, ante la CRUZ ROJA PROVINCIAL DEL GUAYAS”.

Es más que evidente la deficiencia argumental de la coherencia de esta afirmación, ya que la garantía constitucional exige que la valoración de las pruebas practicadas en el expediente

sancionador sea racional y motivada. Por ello y para evitar que cualquier afirmación se entienda como prueba, se exige que la resolución motive expresa y detalladamente el razonamiento por el que deduce la certeza del hecho presunto a partir. Afirmar, que un sub licenciamiento de marca permite asimilar que un operador económico es el mismo que otro operador económico, no solo deviene en incoherente; sino que como bien dice Marienhoff “...*mientras mayor sea la potestad atribuida a una autoridad, mayor debe ser el celo de ésta para demostrar que en el ejercicio de su poder legal obró correctamente, y que el acto emitido se adecua a los respectivos antecedentes de hecho y de derecho*”⁵. Situación que no se ha verificado bajo el test motivacional aquí aplicado.

En definitiva, como bien establece la Corte, “[t]oda argumentación jurídica debe ser coherente porque, cuando el artículo 76.7.l de la Constitución exige que la “explica[ci]ón de] la pertinencia de su aplicación [de las normas o principios constitucionales] a los antecedentes de hecho”, supone que tal “explicación” no debe ser contradictoria y debe ser determinante de la decisión.

En esta misma línea, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que una motivación debe “guarda[r] coherencia entre las premisas fácticas (causas), las disposiciones aplicadas al caso concreto (normas), la conclusión y la decisión final del proceso”.⁶ De tal virtud, que afirmar que Metrocentro S.A. es Betcris, con una ligereza y escudado en una atribución sancionatoria, confirma la violación de la garantía constitucional, yendo en contra de todos los principios constitucionales como debido proceso, falta de motivación jurídica, imparcialidad e inocencia, mismos que se encuentran contenidos en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador y que han sido debidamente mencionados y motivados dentro del presente documento de descargo.

En sumo, el operador económico alega que existe incoherencia en la resolución de formulación de cargos, por cuanto, sin mayor análisis, la Intendencia al igual que la Dirección en su informe de resultados, concluyen que debido a un sub licenciamiento de marca, METROCENTRO es BETCRIS, lo que a criterio del operador ha vulnerado sus derechos al debido proceso, motivación, imparcialidad e inocencia, en virtud de que no se habría realizado una adecuada valoración de las pruebas, y por el contrario, el ejercicio argumentativo se basaría en supuestos.

En principio, esta Intendencia considera relevante referirse a lo señalado por la Corte Constitucional en relación al vicio de motivación por incoherencia, al respecto se cita lo siguiente:

Hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen –sus premisas y conclusiones– (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega; y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida.

(...)

La incoherencia lógica implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado los enunciados contradictorios, no quedan otros que logren configurar una argumentación jurídica suficiente. En cambio, una incoherencia decisional siempre implica que argumentación jurídica es aparente y, por tanto, que se vulnera la garantía de la motivación.

Para esta Intendencia, es sumamente claro que, la Corte Constitucional considera que se produce un vicio de incoherencia en dos circunstancias específicas. La primera, es cuando existe una contradicción entre los elementos que componen un silogismo jurídico, es decir, entre las premisas y la conclusión, en cuyo caso, únicamente se violenta la garantía de motivación si la argumentación jurídica se ha basado en enunciados contradictorios y no existen otros que devengan en una argumentación suficiente, pues al existir otros enunciados válidos, la conclusión se mantendría correcta. Mientras que la segunda circunstancia, se produce cuando existe una contradicción entre la conclusión del silogismo jurídico y la decisión, en ese caso, se configura *ipso iure* la vulneración a la garantía de motivación.

En el presente caso, a pesar de que el operador económico señala que se habría suscitado este vicio de nulidad, limita su fundamentación fáctica a señalar que tanto la formulación de cargos como el informe de resultados arriban a una conclusión de forma “ligera”, ya que no se ha realizado un adecuado ejercicio de valoración de la prueba, sin embargo, de la argumentación presentada por el investigado, esta Intendencia no identifica cuáles son las premisas que, a criterio del operador, serían contrarias a la conclusión o cómo la conclusión se contrapondría a la decisión, por lo que, resulta impertinente realizar cualquier análisis a la luz de la incoherencia como vicio de motivación.

6.3.2.3. Respecto de la alegación del vicio de inatinencia

En cuanto al vicio de inatinencia, el operador económico señaló en su escrito de excepciones lo siguiente:

Dentro del Informe de Resultados de la Investigación N.º SCPM-INICPD-DNICPD-007-2023, a partir de la página 84 a la 85 de su resolución, se citan testimonios de dos estudiantes, tres psicólogos y un padre de familia, con respecto al uso problemático que podrían tener los juegos virtuales y apuestas online en el bienestar de las personas. Revisemos estos testimonios:

(...)

Es sorprendente como una muestra de 6 testimonios de “ilustres desconocidos” de un universo de más de 17 millones de ecuatorianos y posibles usuarios de plataformas de pronósticos deportivos y/o juegos, tres profesionales de la psicología sin evidenciar sus credenciales o sus cualidades académicas en el estudio del comportamiento humano en el campo de los pronósticos deportivos y estos se introducen como un criterio objetivo y motivacional para generar una sanción. Cuando claramente son elementos que no guardan en absoluto relación con el hecho investigado, lo que llama poderosamente la atención y por lo que resulta aún más descabellado, es que se les pretenda dar el criterio de ventajas competitivas, para forzar el encajar en una conducta, contraviniendo toda lógica y respeto para la Constitución y la Ley. No siendo suficiente lo antes indicado, su Autoridad olvida muy convenientemente dentro de su análisis, que aunque el mercado de pronósticos deportivos está aceptado y tolerado en el país, la Lotería Nacional – Junta de Beneficencia de Guayaquil tiene un blindaje legal especial, que no pasa por la tantas veces invocada Consulta Popular de 2018; sino que la legislación que la regula data de 1887, la cual le otorga la calidad de un pseudo monopolio legal, que incluso fue dispuesto antes de la incorporación de la LORCPM en nuestro ordenamiento jurídico. Es pertinente indicar que en el presente proceso de investigación, no se ha logrado el demostrar que se configure una conducta anticompetitiva a la luz de la LORCPM, por cuanto conforme lo señala la “Guía de Aplicación de las Conductas Desleales”, esta requiere de dos elementos esenciales, las mismas que detallo a continuación: “en primer lugar, la existencia de una de las conductas establecidas en el artículo 27 de la referida ley; y segundo, que como resultado (...) de esta práctica se impida, restrinja, falsee, distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. (...)” (Lo subrayado nos pertenece)

Continuando con lo señalado, la guía indica además que: “En tal sentido, para que una conducta sea sancionable no basta con la simple existencia de una conducta desleal, sino que ésta deber ser cualificada, es decir, que tenga por efecto real o potencial una afectación al mercado, bienestar general o consumidores.” (Lo subrayado nos pertenece)

LA LORCPM NO PROTEGE LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS CONSUMIDORES, en su Artículo 1 de la LORCPM³ esta determina que su objeto es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el **abuso de poder de mercado, los acuerdos colusorios, las prácticas anticompetitivas** y la competencia desleal; **NO** los derechos individuales de los consumidores o usuarios; en esta investigación, no se ha logrado demostrar la afectación real al mercado del pronóstico deportivo, ni se ha delimitado técnicamente el mercado del pronóstico deportivo per se, conforme más adelante demostrare.

Como se evidencia de la formulación de cargos, las “razones” que verificarían la conducta del operador económico METROCENTRO que forzosamente invoca en su resolución, son “inatinentes” dado que no fundamentan una decisión, pues no guardan relación semántica general con la controversia.

Es decir, la Autoridad Administrativa, no ha logrado demostrar cómo se desvanece o rompe con la presunción constitucional de inocencia, y como la conducta de mi representada se adecua a la definida en el numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM. Y como bien sabemos, desde el punto de vista constitucional, toda argumentación jurídica debe ser atinente porque, cuando el artículo 76.7.1 de la Constitución exige que la explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho supone que tal “explicación” debe referirse a la decisión que se busca motivar.

Ahora bien, previo a valorar las alegaciones realizadas por el operador METROCENTRO S.A., resulta relevante que esta Intendencia se refiera a lo señalado por la Corte Constitucional en cuanto al vicio de inatención:

Hay inatención cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no “tienen que ver” con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatención se produce cuando el razonamiento del juez “equivoca el punto” de la controversia judicial.

Toda argumentación jurídica debe ser atinente porque, cuando el artículo 76.7.1 de la Constitución exige que la “explicación de la pertinencia de su aplicación [de las normas o principios constitucionales] a los antecedentes de hecho”, supone que tal “explicación” debe referirse a la decisión que se busca motivar.

La inatención no se refiere a la pertinencia jurídica de las razones esgrimidas en la argumentación, es decir, no alude a si las disposiciones jurídicas invocadas por el juzgador son o no aplicables al caso concreto. Esto último no concierne a la suficiencia de la argumentación jurídica, sino que alcanza a su corrección conforme al Derecho, lo que rebasa el alcance de la garantía de la motivación. En efecto, el artículo 76.7.1 de la Constitución prescribe la nulidad de una resolución si en ella “no se explica la pertinencia de su aplicación”, y no si las disposiciones normativas aplicadas no son las jurídicamente pertinentes, es decir, si se las aplica de manera jurídicamente incorrecta.

Es decir, existe inatención en la motivación cuando las premisas consideradas en el silogismo jurídico para fundamentar la conclusión final no guardan relación con el punto objeto de controversia, en cuyo caso, estas premisas no resultan útiles para resolver el problema jurídico planteado. En sumo, la inatención se presenta cuando quien tiene la carga argumentativa de motivar, ha errado en definir o determinar cuál es el punto

controvertido y por lo tanto, las razones que se esgriman a partir de dicho punto, se encuentran viciadas.

En el caso en concreto, el operador económico señala que existiría inatención, debido a que en las páginas 84 y 85 de la resolución de formulación de cargos la Intendencia hace referencia a “testimonios” de dos estudiantes, tres psicólogos y un padre de familia para abordar el tema relacionado con el uso problemático que podrían tener los juegos virtuales y apuestas *on-line* en el bienestar de las personas, todo esto con la finalidad de sustentar el parámetro de la “ventaja competitiva” como elemento constitutivo de la conducta de violación de normas tipificado en el numeral 9 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

En complemento señala que, esta Intendencia “convenientemente” habría omitido analizar que a pesar de que la actividad de pronósticos deportivos es legal en el país, la Junta de Beneficencia de Guayaquil tiene la calidad de un pseudo monopolio legal, ya que no le sería aplicable el resultado de la pregunta 7 de la Consulta Popular de 7 de mayo de 2011.

Finalmente, el operador señala que, la Intendencia no habría demostrado que se configure una conducta anticompetitiva ya que durante el proceso investigativo no se ha comprobado una afectación real al mercado de pronósticos deportivos.

Como se puede apreciar, en torno al vicio de motivación por inatención, el operador económico ha planteado 3 supuestos que, a su criterio, devendrían en este vicio; no obstante, ninguno se compadece con lo señalado por la Corte Constitucional respecto a la inatención, tanto es así que, en ninguna de sus afirmaciones plantea cómo los argumentos desarrollados por esta Intendencia contravienen o se desvían del problema jurídico objeto de controversia, más bien, salta a la vista que el operador pretende realizar observaciones que, supuestamente, no habrían sido abordadas en la resolución de Formulación de Cargos.

En tal sentido, no corresponde analizar las objeciones realizadas por el operador en el marco del vicio de motivación por inatención, sin embargo, resulta oportuno que esta Intendencia dé contestación a los 3 supuestos planteados, en los siguientes términos:

En relación a que se habrían utilizado “testimonios” para sustentar el parámetro de la ventaja competitiva como elemento constitutivo de la conducta de violación de normas, a esta Intendencia le llama fuertemente la atención la manera desprolija en que el operador económico toma segmentos o partes de la formulación de cargos de manera descontextualizada.

Al respecto, de la revisión breve del contenido de las páginas 84 y 85 de la resolución de formulación de cargos, se identifica que ésta corresponde a la cita que realiza la Intendencia del Informe de Resultados elaborado por la Dirección de Investigación y Control de Prácticas Desleales, la cual guarda relación con la delimitación del público objetivo presuntamente afectado, sin que se haga referencia alguna al parámetro de la ventaja competitiva en dicha

sección.

Por otro lado, una vez que esta Intendencia formó su criterio respecto primer requisito de violación de normas, es decir, la infracción normativa, procedió a referirse a la ventaja competitiva en el siguiente sentido:

Al haberse verificado que METROCENTRO S.A., es quien desarrolla la actividad promocionada a través de la plataforma BETCRIS, queda claro para esta Dirección que es METROCENTRO quien ofrece y realiza actividad de casino virtual, así como la de pronósticos deportivos. Al ser un operador económico con fines de lucro, sería ilícito que realice actividades de casino virtual.

*Bajo esta premisa, habría que verificar si las actividades de casino virtual le habrían supuesto a METROCENTRO S.A., una **ventaja competitiva respecto de aquellos operadores que realizan pronóstico deportivo sin la inclusión de casinos virtuales**. Pero además, esta ventaja significativa debería haber tenido por efecto que el operador investigado prevalezca en el mercado relevante, en este caso, el de pronósticos deportivos.*

Conforme consta en el análisis del falseamiento de la competencia económica, METROCENTRO S.A., sub-licenciataria de TV GLOBAL ENTERPRISE LTD, mantuvo un contrato de auspicio publicitario para Tittle sponsor⁴⁷ de los campeonatos LIGAPRO, constante con ID. 230332, el cual fue suscrito el 29 de marzo de 2021. A través de este contrato, METROCENTRO S.A., pudo pautar publicidad de la marca BETCRIS mediante televisión, radio, medios digitales, branding en los terrenos del juego, derechos de imagen, acciones comerciales como promocionales y en eventos estelares, así como también lograron que el campeonato ecuatoriano de fútbol se denomine “LIGA PRO BETCRIS”, en el año 2022.

*Es así que, el operador económico **contaría con una participación en el mercado de pronósticos deportivos de 57%, para el año 2021, ubicándose en el primer lugar**, en concreto se evidencia que es el principal operador del mercado.*

*En la presente investigación, la teoría del caso ha radicado en el hecho de que el operador económico habría obtenido una ventaja significativa, como efecto de implementar casinos virtuales en su plataforma de pronósticos deportivos. Por ello, de acuerdo con el análisis económico se evidencia que **los ingresos percibidos por METROCENTRO S.A., que serían atribuibles a juegos de casino, y que estos constituirían un componente importante para haber podido financiar sus campañas publicitarias.***

Esta ventaja no podría ser aprovechada por el resto de operadores económicos que no realicen juegos de casino, toda vez que no percibirían tales ingresos, para ser reinvertidos en la promoción de la marca de pronósticos deportivos, como si lo puede hacer el investigado.

*En adición, es plausible considerar que esta modalidad de juegos virtuales o apuestas presentan características que pueden potenciar estímulos visuales para llamar la atención, indicaciones que dan sensación de control al jugador, oportunidad de jugar en solitario, apuestas de bajo coste e intervalos de tiempo cortos entre la apuesta y el resultado, lo que supone un refuerzo inmediato. **Esto podría ser más atractivo para el usuario, volviendo más cotizante una plataforma que ofrezca casino, en relación con una que solo ofrezca pronósticos deportivos.** De acuerdo con el análisis del público*

objetivo, los destinatarios de este tipo de servicios serían más propensos a apostar, por lo cual los casinos serían todavía un nicho bastante atractivo para operadores económicos y usuarios. En tal virtud, así como se puede jugar al casino en línea, también es posible encontrar apuestas deportivas en la misma plataforma, lo cual adquiere especial importancia si se tiene en cuenta que estas actividades pueden tornarse en un vicio patológico.

*En tal sentido, esta Dirección considera que **el hecho de contar con casinos, además de actividades de pronósticos deportivos, brinda al infractor ventajas comerciales que lo vuelven más atractivo frente a quien no infringe la norma, debido a que es un nicho bastante cotizado entre usuarios y operadores económicos, y a que además, le permite obtener réditos económicos que de otra forma muy probablemente no tendría, los cuales podrían ser reinvertidos en actividad publicitaria importante, como es el patrocinio a la liga profesional de fútbol, o a clubes de primera categoría del fútbol ecuatoriano, de conformidad con la cuantificación plasmada en el análisis del falseamiento de la competencia de este informe de resultados de investigación.***

Dicho análisis permitió a esta Intendencia, en su resolución de formulación de cargos, concluir en el siguiente sentido:

(...)

- La incorporación de estas actividades prohibidas en la plataforma BETCRIS, le ha supuesto a METROCENTRO S.A., una ventaja competitiva respecto de aquellos concurrentes que no han adicionado las actividades de casino en sus plataformas, por cuanto, BETCRIS, ha podido contar con ingresos adicionales que le permitieron financiar, el primer año de los contratos de auspicio a la Liga Profesional de Fútbol, lo que a su vez ha permitido la promoción de la marca en el país. Este apalancamiento no podría ser realizado por parte de otros operadores pequeños que no realizan actividades de casino.

- Asimismo, la página BETCRIS es más atractiva para el público apostador, pues como se analiza en el público objetivo, esta modalidad de juegos virtuales (casinos online) o apuestas presentan características que pueden potenciar estímulos visuales para llamar la atención del jugador, lo que muy probablemente no puede encontrar en una página que solo ofrezca pronósticos.

- Esta ventaja significativa es significativa, puesto que al haber podido financiar a equipos de fútbol profesional bastante populares, ha podido crecer significativamente en el mercado, en relación con otros operadores que no han tenido la misma oportunidad, teniendo una tasa de 184% de crecimiento para el año 2020 y manteniéndose líder del mercado. Así, por ejemplo SPORTBET ha llegado incluso a decrecer en (-84%).

Por consiguiente, es totalmente errada la alegación del operador económico, por cuanto, conforme se ha evidenciado, la Intendencia no arribó a la conclusión de la existencia de una ventaja significativa fundamentado en el criterio de “testimonios”, por el contrario, dentro del expediente reza información de índole cuantitativa y cualitativa que en su momento permitió sustentar el criterio técnico de este Órgano.

Para concluir, esta Intendencia recalca que en ningún momento ha dado el carácter de “testimonios” a las referencias científicas y aportes bibliográficos utilizados para caracterizar al público objetivo afectado, ya que al igual que utiliza insumos de índole técnico y doctrinario para motivar de mejor manera su decisión, consideró relevante referirse a dichos instrumentos, sin que estos hayan sido contemplados dentro del análisis como medios probatorios o mucho menos, hayan sido reproducidos como prueba dentro del término correspondiente.

En cuanto a que el Órgano de investigación “convenientemente” habría omitido analizar que a pesar de que la actividad de pronósticos deportivos es legal en el país, la Junta de Beneficencia de Guayaquil tiene la calidad de un pseudo monopolio legal, tanto la Intendencia como la Dirección en su Formulación de Cargos e Informe de Resultados han sido sumamente claros y técnicos al momento de delimitar el mercado relevante en el presente caso, el cual corresponde al de **“la comercialización del servicio de pronósticos deportivos on-line con un alcance nacional.”**

En dicho mercado, se llegó a determinar que, el operador económico Junta de Beneficencia de Guayaquil ostentaba una participación del 19,4% al año 2021 considerando únicamente los ingresos por concepto de la actividad de pronósticos deportivos y dejando de lado los ingresos percibido por cualquier otra actividad, ya que de otro modo, no solo que sería anti técnico, sino se contravendría lo previsto expresamente en el artículo 27 de la Resolución No. 011 de la Junta de Regulación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Por otro lado, esta Intendencia en su resolución de Formulación de Cargos evidenció que el Informe de Resultados de la Investigación es puntual al momento de señalar las razones por las cuales la norma presuntamente infringida no puede aplicarse o extenderse a operadores económicos que realizan actividades de juegos de azar sin fines de lucro en el mercado de la comercialización de pronósticos deportivos on-line, en específico, la Dirección destacó lo siguiente:

(...) es importante señalar que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, conforme la consulta popular de 7 de mayo de 2011, los casinos o juegos de azar con fines de lucro fueron prohibidos a partir de 13 de julio de 2011, por lo que, dicha actividad en el Ecuador, respondería a una actividad ilícita, en este contexto, no podría determinarse un mercado en función de una actividad informal. Dejando claro que únicamente estarían permitidas las actividades de casinos realizadas por operadores sin fines de lucro.

En este orden, a pesar de que en el presente expediente no es un punto controvertido la calidad en la que concurre Junta de Beneficencia de Guayaquil dentro del mercado de pronósticos deportivos, este Órgano de investigación cumplió con explicar las razones por las que el mercado relevante no debía ampliarse a aquellos operadores que realizan sus actividades sin fines de lucro.

Para culminar, respecto del tercer supuesto planteado, es decir, respecto de que **la Intendencia no habría demostrado que se configure una conducta anticompetitiva debido a que durante el proceso investigativo no se habría comprobado una afectación real al mercado de pronósticos deportivos**, esta Intendencia verifica que, tanto la resolución de Formulación de Cargos, así como el Informe de Resultados de la Investigación, cuantificaron técnicamente las afectaciones que se produjeron en el mercado como consecuencia de los actos desleales de violación de normas, en particular, este Órgano de investigación concluyó:

- Al analizar la evolución de ventas, esta Intendencia puede identificar que los operadores infractores de norma frente a operadores que cumplen con la norma, mantienen tasas de crecimiento superiores al 100%, esto es **467% (ECUABET) y 184% (BETCRIS)**, respectivamente, lo que se contradice claramente con el crecimiento normal de otros operadores que están dentro del mercado, que estarían cumpliendo con las normas.
- Esta Autoridad observó un incremento importante de los **ingresos de BETCRIS**; por el contrario, por ejemplo, en el caso del operador SPORTBET se identifica una caída de usuarios.
- La INICPD identificó una ventaja adquirida por el incumplimiento normativo a BETCRIS, para los años 2021-2022, representó **██████████**, **este valor, se evidencia importante en relación a sus concurrentes**, por cuanto, para SPORTBET por ejemplo, significaría el 14% de sus ventas, y peor, con sus concurrentes más pequeños, **que en todos los casos, superaría el 100% de sus ventas**.
- O, habrían significado, en el caso de BETCRIS el 52% del financiamiento del primer año del contrato de auspicio y publicidad con LIGA PROFESIONAL DE FUTBOL DEL ECUADOR.

En tal virtud, esta Intendencia descarta que el Informe de Resultados y la Formulación de Cargos no hayan analizado las afectaciones al mercado relevante de la comercialización de pronósticos deportivos a nivel nacional.

6.3.2.4. Respecto de la alegación del vicio de incongruencia

En relación al vicio de motivación por incongruencia el operador económico señaló lo siguiente:

Dicho esto, entre los argumentos de descargo presentados por METROCENTRO S.A., en más de una ocasión indicamos documentada y financieramente que no realizamos las actividades de pronósticos deportivos y casinos virtuales a través de la plataforma denominada BETCRIS, plataforma que tampoco administramos.

Es más, siempre hemos indicado que la empresa titular de dicha página web es TV GLOBAL ENTERPRISE LTD, con domicilio en la República de Malta, y que sería la titular de la marca BETCRIS en el Ecuador. Empresa **sin personería jurídica o apoderado general en el Ecuador**, situación legal que lo reconoce el Servicio de Rentas Internas mediante la resolución No. NAC-DGERCGC20-00000053, Edición Especial del Registro Oficial 920 de 25 de agosto de 2020. Este tratamiento o hecho jurídico, no ha sido considerado en su análisis o desvirtuado y contrarrestado por parte de la Intendencia a su cargo.

METROCENTRO S.A., es únicamente un operador logístico de pagos, en virtud del Contrato de Operación Logística de Pagos, suscrito el 19 de diciembre de 2019, con TV Global Enterprise LTD; adjunto copia del mismo y en cuya cláusula tercera sobre el objeto indica:

“El Operador Logístico de Pagos se compromete a brindar a través de su Red de establecimientos y software de su propiedad o con las licencias correspondientes o de otras Redes que estuvieron habilitantes para el efecto, en el territorio ecuatoriano, el acceso a:

1. Oficinas o puntos de pago. *Sea de aquellas actualmente instaladas o los que se llegaren a habilitar en el futuro, reservándose METROCENTRO S.A. el derecho de modificar los lugares de*

oficinas o puntos de pago a nivel nacional, así como de efectuar los cambios que estime convenientes al respecto.

2. Los sistemas de dispositivos POS, MULTINET, INTERNET, etcétera.

3. Oficinas o puntos de Pago de Terceros. *Al amparo de los convenios que METROCENTRO S.A. suscriba con otros proveedores (supermercados, autoservicios).” (Énfasis añadido)*

Frente a este descargo, en la página 58 de su resolución la Intendencia “analizó” los elementos de convicción que obran del expediente y esbozó la siguiente argumentación:

En criterio de esta Dirección, esa cuestión podría resolverse a partir del análisis del principio de primacía de la realidad. En este sentido, bajo el nomen iuris, cabría preguntarse si efectivamente METROCENTRO S.A., mantiene una estricta relación de operador logístico con el titular de BETCRIS, TV GLOBAL ENTERPRISE, o, si efectivamente se obliga en sus distintos actos jurídicos como BETCRIS para el Ecuador.

La solución respecto de este dilema estaría dada en virtud de la aplicación del principio de primacía de la realidad, reconocido en el artículo 3 de la LORCPM, en los siguientes términos:
Art. 3.- Primacía de la realidad. *- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.*

Como es posible creer que se cumple con una plena motivación, cuando en su resolución de formulación de cargos emitida el 11 de abril de 2023, se ignora y no se valora, lo que se ha demostrado por medio de sustentos jurídicos, documentales y en numerables ocasiones dentro del proceso. Estas pruebas y documentos forman parte del expediente y se los nombra dentro del informe, como el contrato de Operación Logística suscrito con TV GLOBAL ENTERPRISES LTD., de 19 de diciembre de 2019, desconociendo su Autoridad todas las obligaciones que nacen de un acto jurídico legalmente reconocido y valido. Siendo pertinente resaltar que, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado goza de todas las competencias y atribuciones para poder realizar una investigación concienzuda, minuciosa y verás; que le hubiera permitido obtener información directamente del operador económico BETCRIS, ya que en innumerables ocasiones se le proporcionó las direcciones y contactos con los que mi representada contaba para que se comuniquen; lo que dilucida claramente que la Autoridad se basó en la hipótesis, traída de los cabellos, por el Denunciante, no la contraste, ni valore las pruebas puestas en consideración y tomó el camino más sencillo que era el unir a dos operadores económicos distintos, dos personas jurídicas diferentes, una de ellas sin tener apoderado o residencia fiscal o societaria en el país conforme lo ratifica el SRI, sin otorgarle ni siquiera el derecho a la defensa en el caso de BETCRIS y tratar de hacerlos ver a las dos empresas, forzada y sin fundamento jurídico, como un solo operador.

(...)

La aparente motivación es incongruente frente a lo expuesto por METROCENTRO, ya que en la Resolución no considera, valora las pruebas por nosotros presentadas, investiga o profundiza o se pronuncia en nuestro argumento trascendental como es el de actuar como simple operador **logístico, argumentos que inciden significativamente en la resolución del correspondiente problema jurídico**; esto es la infracción contemplada en el numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM.

En síntesis, el operador económico investigado alega que, la resolución de Formulación de Cargos emitida por esta Intendencia, estaría viciada por incongruencia ya que la misma habría omitido valorar los elementos de prueba presentados dentro del expediente por parte de METROCENTRO, en particular, el “Contrato de Operación Logística de pagos suscrito el 19 de diciembre de 2019 con TVGLOBAL ENTERPRISE LTD.”, el cual, a su criterio, sería “trascendental” para determinar que el investigado únicamente actuaría como operador logístico. En complemento señaló que, el Órgano de investigación no consideró dentro de su análisis la resolución No. NAC-DGERCGC20-00000053 de 22 de agosto de 2020 emitida por el Servicio de Rentas Internas, la cual reconocería la situación legal de las empresas que no cuentan con personería jurídica o apoderado general en el Ecuador.

Ahora bien, conforme lo señaló la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, la motivación es aparente por incongruencia cuando:

(...) en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico –ley o la jurisprudencia– impone

abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones, generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho).

La incongruencia frente a las partes no surge cuando se deja de contestar cualquier argumento de las partes, sino solo los relevantes, es decir, aquellos argumentos que inciden significativamente en la resolución del correspondiente problema jurídico. Para evaluar si la incidencia es o no significativa, es preciso atender al contexto del debate judicial y al estándar de suficiencia aplicable al caso concreto. Los argumentos de las partes son especialmente relevantes cuando apuntan a resolver el problema jurídico en sentido opuesto a la respuesta dada por el juzgador.

(...)

La incongruencia frente a las partes puede darse por omisión, si no se contesta en absoluto a los argumentos relevantes de la parte, o por acción, si el juzgador contesta a los argumentos relevantes de las partes mediante tergiversaciones, de tal manera que efectivamente no los contesta.

Es decir, existe motivación aparente por incongruencia en dos circunstancias: 1) cuando quien tiene la carga de motivar su decisión ha omitido contestar alguno de los argumentos relevantes presentados por las partes o los ha contestado mediante tergiversaciones; o, 2) cuando quien tiene la carga de motivar ha omitido referirse a algún presupuesto que el ordenamiento jurídico impone abordar para resolver cierto tipo de controversias o problemas jurídicos.

En este marco, a pesar de que el operador no ha hecho referencia expresa a cuál de las dos circunstancias invoca, para esta Intendencia resulta evidente que su alegación se enfoca en la primera, es decir, de incongruencia frente a las partes, ya que señala que el Órgano de investigación no habría analizado el Contrato de Operación Logística de pagos suscrito con TVGLOBAL ENTERPRISE LTD, así como tampoco habría analizado la resolución No. NAC-DGERCGC20-00000053 de 22 de agosto de 2020 emitida por el Servicio de Rentas Internas.

Respecto de que no se habría analizado el Contrato de Operación Logística de pagos suscrito con TVGLOBAL ENTERPRISE LTD, es necesario señalar que, a partir de la página 57 hasta la página 70 de la resolución de Formulación de Cargos, esta Intendencia se refirió a la legitimación pasiva *ad causam* del operador económico METROCENTRO dentro del procedimiento administrativo, en específico, bajo el principio de la primacía de la realidad, se contrastó el referido Contrato de Operación Logística con los demás elementos de prueba recabados durante la etapa de investigación.

A efectos de demostrar lo señalado anteriormente, esta Intendencia cita las partes pertinentes:

Como bien lo ha señalado la Dirección, el presente caso inició en virtud de la denuncia incoada por ACTIVIDADES DE PRONÓSTICOS DEPORTIVOS JUEGOS ON LINE SPORTBET S.A., en contra del operador económico METROCENTRO S.A., por el supuesto cometimiento de actos de violación de norma, al supuestamente infringir la prohibición de realizar actividades de casino con fines de lucro. Cautelosa del debido proceso, la Intendencia corrió traslado con la denuncia al ahora investigado, invistiéndole la calidad de *legitimado ad causam* y *ad procesum*.

No obstante, **entre los argumentos de descargo presentados por METROCENTRO S.A., se señaló que no sería dicha compañía quien realiza las actividades de pronósticos deportivos y casinos virtuales a través de la plataforma denominada BETCRIS. El denunciado precisó que la empresa detrás de dicha página web es TV GLOBAL ENTERPRISE LTD, con domicilio en la República de Malta, y que sería la titular de la marca BETCRIS en el Ecuador. Agregó que METROCENTRO S.A., únicamente sería un operador logístico de pagos, en virtud del:**

“(...) Contrato de operación logística de pagos, suscrito el 19 de diciembre de 2019, con TV Global Enterprise LTD, adjunto copia del mismo, en cuya Cláusula tercera sobre el objeto indica:

“El Operador Logístico de Pagos se compromete a brindar a través de su Red de establecimientos y software de su propiedad o con las licencias correspondientes o de otras Redes que estuvieron habilitantes para el efecto, en el territorio ecuatoriano, el acceso a:

- 1. Oficinas o puntos de pago. Sea de aquellas actualmente instaladas o los que se llegaren a habilitar en el futuro, reservándose METROCENTRO S.A. el derecho de modificar los lugares de oficinas o puntos de pago a nivel nacional, así como de efectuar los cambios que estime convenientes al respecto.***
- 2. Los sistemas de dispositivos POS, MULTINET, INTERNET, etcétera.***
- 3. Oficinas o puntos de Pago de Terceros. Al amparo de los convenios que METROCENTRO S.A. suscriba con otros proveedores (supermercados, autoservicios).” (Énfasis añadido)***

Frente a este descargo, analizó los elementos de convicción que obran del expediente y esbozó la siguiente argumentación:

En criterio de esta Dirección, esa cuestión podría resolverse a partir del análisis del principio de primacía de la realidad. En este sentido, bajo el nomen iuris, cabría preguntarse si efectivamente METROCENTRO S.A., mantiene una estricta relación de operador logístico con el titular de BETCRIS, TV GLOBAL ENTERPRISE, o, si efectivamente se obliga en sus distintos actos jurídicos como BETCRIS para el Ecuador.

La solución respecto de este dilema estaría dada en virtud de la aplicación del principio de primacía de la realidad, reconocido en el artículo 3 de la LORCPM, en los siguientes términos:

(...)

En este sentido, esta Dirección considera que, si bien es cierto, METROCENTRO S.A., habría actuado como operador logístico de pagos en virtud de un contrato con TV GLOBAL ENTERPRISE, ello no obsta para que esta Dirección realice un análisis respecto de la realidad de las actividades del investigado en el mercado ecuatoriano, más allá de la forma de los actos jurídicos empleados para el efecto.

En otras palabras, la Intendencia y la Dirección son tajantes en reconocer que, conforme el Contrato de Operación Logística, el operador económico METROCENTRO S.A., se obliga ante TVGLOBAL ENTERPRISE LTD, como operador logístico, no obstante, en contraste con la valoración de los demás elementos recabados al concluir la etapa de investigación resultaba plausible concluir que, el Contrato de Operación Logística suscrito entre el operador TVGLOBAL ENTERPRISE LTD y METROCENTRO S.A., se utilizaba como un mecanismo jurídico para que la plataforma de pronósticos deportivos BETCRIS y su marca pueda comercializarse dentro del territorio Ecuatoriano. Sin perjuicio de aquello, esta Intendencia procederá a referirse sobre este punto (legitimación pasiva en el procedimiento administrativo sancionador), a la luz de los elementos de prueba aportados durante el término probatorio.

Por otro lado, el operador investigado señaló que habría incongruencia debido a que, la Intendencia no habría analizado la resolución No. NAC-DGERCGC20-00000053 de 22 de agosto de 2020 emitida por el Servicio de Rentas Internas, al respecto, esta Intendencia no identificó que el operador económico haya hecho mención a la referida resolución durante el procedimiento investigativo, mucho menos, que dicha mención deba ser valorada como un elemento de descargo, por lo que es improcedente realizar cualquier análisis bajo la figura de la apariencia en la motivación por incongruencia.

No obstante, este Órgano de Investigación pasa brevemente a referirse a la mencionada norma jurídica.

Mediante la resolución No. NAC-DGERCGC20-00000053 de 22 de agosto de 2020, el Servicio de Rentas Internas dictó “LAS NORMAS PARA LA RETENCIÓN DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (IVA) GENERADO EN LA IMPORTACIÓN DE SERVICIOS DIGITALES CUANDO LOS PRESTADORES DEL SERVICIO IMPORTADO NO ACTÚEN COMO AGENTES DE PERCEPCIÓN”, la cual tiene por objeto normar la retención, declaración y pago del IVA, generado en la importación de servicios digitales que sean prestados por sujetos sin residencia fiscal en Ecuador, en favor de residentes o establecimientos permanentes de sociedades no residentes en Ecuador.

En lo principal, la referida resolución norma la forma en la que deben actuar los sujetos de retención tributaria ante la importación de servicios digitales cuyo prestador no se encuentre domiciliado en el Ecuador, sin que la norma haga referencia o exima de responsabilidad

alguna a aquellos operadores que en la práctica sean quienes se obligan y respondan contractualmente ante terceros por el funcionamiento, operatividad y reclamos de usuarios insatisfechos por el uso de plataformas digitales.

Finalmente, en relación con el supuesto vicio de incomprensibilidad, el operador económico hizo referencia al mismo entre las páginas 11 y 13 de su escrito de excepciones, referenciando ciertas citas del informe de resultados de la investigación. No obstante, no ofreció argumento alguno respecto de cómo el aludido informe o la resolución de formulación de cargos es incomprensible.

Al respecto, esta Intendencia recoge lo señalado por la Corte Constitucional del Ecuador cuando en su sentencia 1158-17-EP/21 nos enseña que:

95. Hay incomprensibilidad cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o –cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)– para un ciudadano o ciudadana.

En criterio de esta Autoridad, ni el Informe el Resultados, ni la Formulación de Cargos presentan conceptos oscuros o de difícil comprensión, además el operador ha comparecido con un abogado patrocinador a lo largo del procedimiento, por lo que los términos técnicos utilizados en el análisis jurídico y económico plasmados en el Informe de Resultados de la Investigación y la Formulación de Cargos son plenamente comprensibles para un profesional que litigue en la esfera del Derecho de Competencia Económica.

6.3.2.5. De los límites en la aplicación del principio de primacía de la realidad

El operador económico señaló que el principio de primacía de la realidad encuentra su límite “*en su propia naturaleza y en el ordenamiento jurídico vigente*”. Añadió que, en el presente caso, el “acto administrativo” de “formulación de cargos”, se encuentra limitado por las garantías constitucionales del debido proceso y la debida motivación.

Aunque no señaló su fuente, precisó que este principio conlleva los siguientes elementos:

- (...) se fundamenta **en la equidad** como patrón de justicia;
- (...) busca la **verdad real sobre la formal**;
- la verdad real se basa en los hechos, pero estos **hechos son objetivos, veraces y fehacientes**;
- el hecho objetivo se contrapone a algún elemento subjetivo o valorativo de las partes, así como de un tercero;

- (...) **no opera como una presunción o una ficción;**
- La labor de la Autoridad Administrativa se encuentra enmarcada dentro de los alcances del principio de primacía de la realidad, **no pudiendo desnaturalizar el contenido del principio y contradecir el fundamento de equidad que lo sustenta.** (El énfasis es del operador económico)

Agregó que la SCE, en aplicación de este principio, debía agotar todos los medios con los que cuenta para acreditar tal afirmación. En tal sentido, a criterio del operador económico, en el presente caso “... no se evidencia en ningún momento cómo se configura el desajuste entre los hechos y estipulaciones contractuales”. Señaló que

... se evidencia es la flagrante violación a las garantías constitucionales al debido proceso, que contienen los principios de imparcialidad, legalidad y derecho a la defensa; dado que está incurriendo en una **deficiencia motivacional** en las categorías de inexistente y aparente, al darle un alcance de ficción legal cuando claramente hemos visto no lo tiene. (El énfasis corresponde al operador económico)

En particular, señaló que existiría esta deficiencia motivacional en la “Aseveración que invocar el principio basta para demostrar que dos operadores son el mismo en el ámbito marcario – Sublicenciamiento”. En criterio de METROCENTRO S.A., esta Intendencia habría cometido un yerro al interpretar el contrato de sublicencia de marca suscrito entre TV GLOBAL ENTERPRISES LTD (sub licenciante) y METROCENTRO S.A. (sub licenciatario), como uno de representación legal depositada al compareciente.

A continuación, procedió a explicar los alcances jurídicos de un contrato de licencia, cesión y sub licenciamiento para la explotación marca, de conformidad con la legislación internacional,³⁴ comunitaria³⁵ y nacional,³⁶ aplicable al contexto ecuatoriano, enfatizando que este tipo de contratos están permitidos de conformidad con el ordenamiento jurídico, y deben respetar las normas comunitarias o nacionales sobre prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia y competencia desleal. Añadió que el contrato de sub licencia entre TV GLOBAL ENTERPRISES LTD y METROCENTRO S.A., está totalmente encasillado en respetar estas normas.

Con base en este preámbulo, señaló que la interpretación de esta Intendencia, según la cual “... las acciones realizadas por METROCENTRO S.A. en el Ecuador llevan a colegir que es la responsable y administradora de la Plataforma Virtual de BETCRIS...”, constituiría una errónea interpretación del artículo 3 de la LORCPM, “... distorsionando la figura jurídica de representación legal con la licencia de uso de la marca BETCRIS en nuestro territorio al

³⁴ Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial de Comercio OMC, art. 21.

³⁵ Decisión 486 de la Comunidad Andina, Arts. 162, 163, 258 y 259.

³⁶ Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación – COESCCI, Arts. 375 y 376.

hacer una mixtura de conceptos sin fundamento legal alguno...”.

Añadió que para la aplicación de dicho principio, “... deberían existir medios probatorios suficientes que demuestren el exceso por parte de METROCENTRO S.A. en la ejecución de las atribuciones encomendadas por parte de su licenciante, TV GLOBAL ENTERPRISES LTD, tanto en el contrato de operación logística como en el de su licencia de marca, los cuales establecen el espectro en el cual se encasilla la relación comercial existente entre las antes mencionadas personas jurídicas y, lo cual no ha ocurrido y ha sido desvirtuado conforme a los extensos descargos presentados”.

Señaló también que el mismo contrato de operación logística, aludido *ut supra*, establece la naturaleza jurídica de la relación comercial con TV GLOBAL ENTERPRISE LTD. En particular citó la cláusula “QUINTA: PRECIO Y FORMA DE MAGO”, según la cual METROCENTRO S.A., quedaría autorizado para invertir los recursos económicos, durante los primeros dos años, en auspicios, publicidad y marketing de la marca BETCRIS en la promoción de actividades y espacios; y, que dichos valores deberían ser liquidados a partir del año 2022.

Asimismo, citó la cláusula “SEXTA. INDEMNIDAD PARA METROCENTRO S.A.”, misma que estipula:

LA CONTRATANTE declara y garantiza que es la única titular y responsable de la PLATAFORMA DE ENTRETENIMIENTO BETCRIS y su administradora, en tal sentido no otorga permiso para su distribución y/o comercialización en el Ecuador, de tal forma no traslada licencia, uso ni autoriza la explotación directa a METROCENTRO S.A. sobre su contenido y funciones. Cualquier reclamo deberá ser dirigido a TV GLOBAL ENTERPRISES LTD. conforme la legislación, procedimientos y recursos que para el efecto contempla la República de Malta.

(...)

LA CONTRATANTE declara y garantiza que el hardware y servidores que albergan los programas y base de datos de su PLATAFORMA DE ENTRETENIMIENTO BETCRIS no se encuentran en el territorio ecuatoriano. (El énfasis añadido por el operador económico)

Consecuentemente, el operador METROCENTRO S.A., señaló que esta Intendencia no habría tenido en cuenta el contrato de operación logística, instrumento que marcaría el ámbito, límites y facultades otorgadas por TV GLOBAL ENTERPRISES LTD al investigado.

Al respecto, a pesar de que esta Intendencia ya expuso en párrafos anteriores la valoración jurídica dada al contrato de operación logística y que esta será nuevamente valorada a la luz de los elementos de prueba aportados durante el término correspondiente, considera necesario ratificar que el Informe de Resultados de la Investigación hace alusión al contrato de operación logística, en los términos que a continuación se reproducen:

En la página 97 del Informe de Resultados de la Investigación, consta:

En efecto, la literalidad del contrato citado se refiere a que METROCENTRO S.A., únicamente prestaría su contingente logístico para que TV GLOBAL ENTERPRISE, realice actividades de pronósticos deportivos y casino en el Ecuador. En particular, METROCENTRO S.A., prestaría oficinas o puntos de pago, sistemas de dispositivos POS, MULTINET, INTERNET, entre otros, y oficinas de punto de pago de terceros (Supermercados, autoservicios).

A su vez, en la página 99, *ibídem*, se lee lo siguiente:

En este sentido, esta Dirección considera que, si bien es cierto, METROCENTRO S.A., habría actuado como operador logístico de pagos en virtud de un contrato con TV GLOBAL ENTERPRISE, **ello no obsta para que esta Dirección realice un análisis respecto de la realidad de las actividades del investigado** en el mercado ecuatoriano, más allá de la forma de los actos jurídicos empleados para el efecto. (Énfasis me pertenece)

En este sentido, esta Intendencia advierte que el argumento del operador económico respecto a que únicamente funge como operador logístico de pagos de TV GLOBAL ENTERPRISES LTD, sí fue valorado de forma conjunta con la demás información recabada durante la etapa de investigación. En particular, esta Intendencia, en su momento, acogiendo el análisis plasmado en el Informe de Resultados de la Investigación, llegó a la conclusión de que las actividades económicas de BETCRIS en Ecuador eran atribuibles a METROCENTRO S.A.

6.3.2.6. Observaciones a los puntos de análisis jurídico - económicos

METROCENTRO S.A ha argumentado que la INICPD ha procedido a analizar las pruebas aportadas por el operador de manera “muy superficial”, considerándolas insuficientes. Por tanto, a fin de desvirtuar las “erradas” conclusiones de la DNICPD y la INICPD, señalan que ceñirán su análisis de acuerdo a la Guía de Análisis para Determinar el Falseamiento al Régimen de Competencia.

Respecto a la naturaleza de la conducta, METROCENTRO expone que, de acuerdo con los elementos constitutivos de una conducta desleal, identifica necesario analizar la forma en la que se ha determinado el mercado relevante.

En ese punto, hace mención a que la INICPD delimitó inicialmente el mercado relevante a dos productos, siendo estos:

- 1) Pronósticos deportivos, que de acuerdo al denunciado, es el único producto que comercializa el denunciante, SPORTBET;
- 2) Casinos, siendo este segundo producto comercializado por varios operadores económicos.

Expone que:

“Esta delimitación inicial llama poderosamente la atención puesto que, en **lugar de seguir lo que dispone la LORCPM, el reglamento de la LORCPM y la resolución 11 de la Junta de Regulación, en materia de delimitación de mercado del producto**, es decir, **delimitar primero, de manera fehaciente los productos y los operadores económicos que comercializan los productos presumiblemente son parte del mercado relevante, (...)**”

Al respecto, la aseveración realizada por el operador es incorrecta por dos motivos: 1) la tesis respecto a que “inicialmente” el mercado relevante fue delimitado a dos productos es errónea pues, de conformidad con el Informe de resultados y la Resolución de Formulación de Cargos, el mercado relevante fue determinado **como la comercialización del servicio de pronóstico deportivo on-line** (página 87 y página 50, respectivamente), siendo esto únicamente de un servicio; y, 2) el operador no ha indicado, a su criterio, qué artículos, ya sea de la LORCPM o del Reglamento de aplicación a la LORCPM y/o de la Resolución No. 11 se habrían incumplido por parte de la INICPD. Por otro lado, existe la constancia dentro de los referidos documentos que tanto la Dirección, como la Intendencia, tomaron en consideración la normativa *ut supra*, la cual fue expuesta con suma claridad y subsumida al caso concreto.

De igual forma, el operador manifestó que: “*La INICPD y la DNICPD describen las características de los bienes supuestamente ofertados por los denunciados METROCENTRO S.A. y RED DE SERVICIOS ECUADOR S.A.S., sin nombrar siquiera a los demás operadores de los productos mencionados y tampoco al operador económico denunciante.*”. Esta Intendencia se permite contextualizar que, conforme lo previsto en el artículo 5 de la LORCPM, el mercado del producto o servicio comprende, **al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada** y sus sustitutos. Para el análisis de la presente investigación, la DNICPD consideró las características de los servicios que ofertan los operados económicos objetos de investigación, como punto de partida de dicho análisis y más no como una conclusión *per se*.

Bajo la misma línea, el operador económico argumentó que “*(...) de manera arbitraria se excluye de cualquier análisis al mercado de los juegos de azar sobre la base de la supuesta “ilicitud” de una conducta, delimitación que no corresponde de ninguna manera a un criterio de definición de mercado relevante.*” Adiciona, de acuerdo a su criterio, que la DNICPD no realizó ningún tipo de análisis económico o técnico en cuanto a los juegos de azar ejecutados por empresas sin fines de lucro constituyen otro tipo de mercado.

Lo señalado es contrario a la verdad procesal, pues esta Intendencia ratifica su criterio de que el análisis de las empresas que realizan juegos de azar ilícitos posee un alto grado de dificultad en cuanto a la disponibilidad y accesibilidad de la información, dada por su propia naturaleza. Asimismo, conforme se ha señalado en párrafos anteriores, desde el ámbito del derecho de la competencia, no se puede analizar mercados que operan productos o servicios

ilegales, situación que incluso ha sido señalada y reconocida en múltiples ocasiones por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Por otro lado, a pesar de las dificultades en la obtención de información confiable, la Intendencia ha realizado un análisis respecto a este punto, así, conforme lo expuesto en el apartado “VI. SEXTO.- MERCADO RELEVANTE” de la Resolución de Formulación de Cargos, se identificó plenamente que, según el diccionario de la Real Academia Española, el casino, está relacionado a la práctica de juegos de azar (p. 14). A partir de esto, se desagregó el análisis de forma pormenorizada. Tal es así que, se realizó la revisión a varias fuentes y autores que han abordado temáticas relacionadas con pronósticos deportivos y casinos, incluso se realizaron consultas a varias instituciones públicas, lo que permitió evidenciar las características de este tipo de servicios.

Por otra parte, avanzando en los puntos objetados por el operador, esta Intendencia identifica la necesidad de exponer que el Código de Clasificación Industrial Internacional Uniforme de Todas las Actividades Económicas (CIIU), no es un factor determinante al momento de definir un mercado relevante. De acuerdo a la Organización Internacional del Trabajo, el CIIU corresponde a una clasificación estándar de las actividades económicas dispuesta de forma que las entidades puedan clasificarse según la actividad que realizan³⁷. En apego a lo señalado, son las propias entidades quienes se autoclasifican en cada una de estas actividades. Es de conocimiento público que si se desea cambiar o agregar una actividad económica adicional, es el operador económico el que debe seleccionar una actividad de las dispuestas en el CIIU, ya sea para la SUPERCIAS o para la autoridad tributaria, el Servicio de Rentas Internas. Al realizarse un auto identificación de actividades, no siempre se tiene certeza de todas las actividades que realiza una empresa, y un claro ejemplo de ello es la diferencia de actividades económicas que posee METROCENTRO en el portal de información de la SUPERCIAS y del portal del SRI. En este último la principal actividad económica registrada corresponde a: ACTIVIDADES RELACIONADAS CON CARRERAS DE CABALLOS Y GALGOS, como se expone a continuación:

³⁷ Departamento de Estadística de la Organización Internacional del Trabajo. (n.d.). Clasificación industrial internacional uniforme de todas las actividades económicas (CIIU) - ILOSTAT. ILOSTAT. <https://ilostat.ilo.org/es/resources/concepts-and-definitions/classification-economic-activities/>

Ilustración 1. Captura de pantalla del portal de información del SRI respecto de METROCENTRO.

Consulta de RUC			
RUC	Razón social		
0990690537001	METROCENTRO S.A.		
Estado contribuyente en el RUC	Representante legal		
ACTIVO	Nombre/Razón Social:	DUMANI JIMENEZ SALOMON FUAD	
	Identificación:	0900935818	
Contribuyente fantasma	NO	Contribuyente con transacciones inexistentes	NO
Actividad económica principal		ACTIVIDADES RELACIONADAS CON CARRERAS DE CABALLOS Y GALGOS.	
Tipo contribuyente	Régimen	Categoría	
SOCIEDAD	GENERAL		
Obligado a llevar contabilidad	Agente de retención	Contribuyente especial	
SI	SI	NO	

Fuente: Portal de información del SRI.

Adicionalmente, definir un mercado relevante con base al CIU no es lo adecuado ni correcto, tal es así que ni la LORCPM, ni el Reglamento de aplicación del mismo, ni la Resolución No. 11 de la Junta de Regulación del Poder de Mercado han establecido como elemento de delimitación de mercado relevante a esta Clasificación. Esta Intendencia no niega que este elemento brinda información preliminar sobre las características y actividades de un operador; sin embargo, como se señaló anteriormente, al ser seleccionado por las propias empresas, no proporciona información exacta sobre las actividades que podrían realmente ejecutar las mismas.

Respecto del análisis de sustitución de la demanda, METROCENTRO hace alusión a que solo se utilizó uno de los cuatro criterios establecidos en la Resolución No. 11, siendo este la prueba de correlación. Desordenadamente se agrega a esta idea que se han descrito una serie de consideraciones subjetivas, ya sea por medio de citas textuales de autores o de medios de comunicación electrónicos, en cuanto a determinar diferencias entre pronósticos deportivos y juegos de casino. Expone que se ha pretendido reducir el mercado relevante de producto a solamente los pronósticos deportivos, con el objetivo de circunscribir el producto único del SPORBET con uno de los productos de, supuestamente, TV GLOBAL ENTERPRISE, aduciendo que METROCENTRO únicamente es operador logístico.

Para esta Intendencia esta aseveración es incorrecta. Es de conocimiento público que la delimitación del mercado relevante trata de separar los productos y servicios que compiten entre sí, de aquellos que no³⁸. De conformidad con el análisis realizado por parte de la

³⁸ Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez. (2022). Mercado relevante. <https://centrocompetencia.com/mercado-relevante/>

DNICPD, y acogido por la INICPD, inicialmente se argumentó que: “(...)se investigan posibles prácticas desleales generadas en la comercialización de pronósticos deportivos operados a través de plataformas digitales, y **su relación con otras actividades de entretenimiento realizadas de forma virtual**, por lo que, la presente determinación del mercado del producto, partirá definiendo la actividad que se relaciona con los pronósticos deportivos.” (Énfasis añadido) (p. 46 del informe de resultados). A partir de esto, el trabajo técnico de la DNICPD se centró en definir las características de los servicios de pronósticos deportivos ofertados de manera virtual, pues son las actividades económicas objeto de investigación.

Posterior al análisis de la información recabada de los competidores que estarían ofertando sus servicios dentro del mercado, de la revisión de bibliografía y documentos emitidos por autoridades comerciales, se llegó a la conclusión que:

Esta Dirección evidencia una clara diferenciación entre un pronóstico deportivo, y un juego de azar (casinos), debido a que el primero, generalmente, no responde a un parámetro de “suerte” o “incertidumbre”, sino por el contrario, depende de las estadísticas y conocimiento que se obtenga de un deporte o actividad. En palabras más simples, el acertar a un resultado será más probable cuando se conozca el equipo, el rendimiento, las estadísticas, entre otras.

En síntesis, existe una diferencia significativa entre pronóstico deportivo y juegos de casinos, siendo esta el parámetro de incertidumbre, el cual se ve presente en estos últimos juegos. Siendo este el elemento diferenciador principal se procedió a analizar la sustituibilidad de la demanda, desde el ámbito cualitativo y cuantitativo. Antes de exponer dicho análisis, es menester señalar que se ha manifestado que el estudio de casinos con fines de lucro, al estar estos prohibidos de acuerdo con el ordenamiento jurídico, no puede ser realizado dada su naturaleza de ilegalidad.

Retomando el análisis anterior, los elementos que fueron analizados dentro de la sustituibilidad de la demanda fueron los siguientes:

- a) Características de los servicios de pronósticos deportivos ofertados de manera virtual;
- b) Análisis cualitativo de sustitución de la demanda;
 - Características, gustos y preferencias de los usuarios;
 - Delimitación cualitativa de los servicios on-line vs off-line;
 - Análisis de componentes de mercados digitales;
 - Delimitación cualitativa de pronósticos deportivos frente a cualquier otra actividad digital como: lotería, pollas mundialistas, video juegos, etc.;
- c) Análisis cuantitativo de sustitución de la demanda.

Conforme con lo anterior, es evidente que se ejecutó un extenuante análisis sobre la demanda, de conformidad con lo que establece el artículo 5 de la LORCPM y lo dispuesto en la Resolución N° 011 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control

del Poder de Mercado.

Al aplicar la prueba de correlación a BET593 (Junta de Beneficencia de Guayaquil o Lotería Nacional), se identifica que este operador tiene dentro de su oferta de juegos online más de 500 juegos. Cada juego tiene su grado de dificultad y margen de ganancia. Por lo tanto, para que la prueba tuviera la validez técnica y fiabilidad necesarias, la prueba de correlación en el caso de su producto “juegos online”, se debía aplicar para cada uno de los juegos online que tiene en su cartera de productos BET593, debido a las diferencias particulares de cada tipo de juego, ya que no es lo mismo jugar blackjack o 21, póker o ruleta y los demás 500 juegos. La misma lógica se debía haber seguido para el caso de su servicio de “pronósticos online” debido a que pronosticar el resultado de un juego de fútbol no tiene mucha relación con pronosticar el resultado de un juego de básquetbol, debido a las diferencias en el tiempo de duración de los partidos, el tiempo de duración de los campeonatos, el número de jugadores en cancha y demás particularidades de uno y otro juego.

En cuanto a la implementación de los criterios establecidos en la resolución No. 11 relacionados a la sustituibilidad de la demanda, METROCENTRO alude que:

La Intendencia nuevamente recalca que el mercado relevante concerniente a la realidad económica, mencionado anteriormente, corresponde a la comercialización del servicio de pronósticos deportivos on-line y, más no, al mercado de juegos de azar o casino. Por tanto, el análisis correspondiente al caso que precede se delimita únicamente a las plataformas de pronósticos deportivos, pues los juegos de casino no actúan como sustitutos de estas plataformas.

Dada la naturaleza ya mencionada del mercado estudiado, dentro del Informe de Resultados y de la Resolución de Formulación de Cargos, se argumentó que estos servicios, es decir, pronósticos deportivos y juegos de casino, dependen de los gustos y preferencias de cada usuario y, a su vez, se los realizan en plataformas digitales, por lo que resulta imposible precisar el precio adecuado para la prueba de correlación de precios. Esto fue identificado y expuesto por varios operadores económicos que concurren en el sector, agregando que el precio es variable al depender del valor que el jugador quiera destinar a su apuesta.

A pesar de esto, la DNICPD utilizó los datos que corresponden a la serie mensual de los precios promedios³⁹ remitidos por el operador BET593, determinados por el valor de la jugada promedio, tanto en pronósticos deportivos como en juegos de azar (casinos on-line). Con base a los elementos constantes en el expediente y conforme lo establecido en el artículo 6 de la Resolución No. 11, con la mejor información posible, se ejecutó la prueba de

³⁹ BET593 remitió mediante escrito con ID. 244702, un precio calculado a partir de la jugada promedio, como una variable proxy, de lo que destinaría un usuario tanto en juegos de azar on-line, como en pronósticos deportivos.

correlación de precios. Esta arrojó los siguientes resultados:

Tal como muestran los resultados del método aplicado, cuantitativamente los precios promedios de los pronósticos deportivos, **no se comportarían como servicios sustitutos de juegos de azar on-line, al identificar un coeficiente menor a 0,8, o incluso coeficientes negativos. Concluyéndose, cuantitativamente**, que no son parte de un mismo mercado relevante y confirmando la delimitación cualitativa en el mercado como un único mercado independiente el mercado de pronósticos deportivos. (Énfasis añadido).

Por lo manifestado, esta Intendencia considera que las aseveraciones realizadas por METROCENTRO no son correctas. La prueba ejecutada no tiene validez parcial, al contrario, tiene validez total, pues BET593 fue el único operador económico en remitir información respecto a precios.

Así también, METROCENTRO ha agregado que:

Adicionalmente, al analizar la aplicación de la prueba de correlación se identifica que se toman precios promedio tanto para pronósticos deportivos como para juegos de azar on-line. Dada la naturaleza de los mercados de pronósticos deportivos y de los juegos de azar on-line, existe gran variabilidad en los valores, es decir, las apuestas pueden ser muy altas o bajas y las ganancias pueden variar de un día a otro y de un evento a otro. De hecho, uno de los aficionados encuestados en lo relacionado con el mercado ecuatoriano de apuestas on-line (pág. 81, informe de formulación de cargos), señala (cito textualmente):

Pablo Andrés Carrera, aficionado a estos sitios web, dice que los jugadores pueden hacer pronósticos desde USD 0,25. Él recuerda que en una ocasión “aposté USD 16 en partidos de la NBA, y gané USD 1.600. Cada mes, Andrés Carrera gasta entre USD 100 y USD 200 en estos

Lo sucedido a Andrés se explica debido al efecto de la variabilidad (dispersión) en los datos (semanas de rachas negativas, según Andrés Carrera), que hace que los precios promedio no sean indicadores apropiados, puesto que grandes ganancias podrían arrojar promedios elevados y hacer pensar a los usuarios que podría arriesgarse a apostar, lo que, al final de cuentas provocaría pérdidas significativas, tal cual le ocurrió a Andrés Carrera, quien, en una semana de “rachas negativas” perdió todo.

En este sentido, para evitar esta dispersión en los datos y el riesgo de perder las apuestas, los manuales de estadística proponen utilizar la mediana en lugar de la media o promedio (ver Estadística para Administración y Economía, Levin y Rubín, 2010). Entonces, el precio técnico que se debía haber utilizado para el cálculo de la prueba de correlación **NO debía ser el precio de los pronósticos deportivos y juegos de azar sino el precio mediano (o la mediana) de los precios de los pronósticos deportivos y la mediana de los precios de los juegos de azar**. Esto último hubiese arrojado un valor estadísticamente confiable. Otra alternativa hubiese sido dividir en rangos o intervalos las ganancias y aplicar la prueba a cada uno de estos intervalos, nuevamente, con el objetivo de evitar la influencia (negativa) de la utilización de datos muy altos o pequeños en la prueba de correlación.

Citando la misma fuente del operador económico, la referencia bibliográfica señalada, Levin y Rubín (2010)⁴⁰ argumentan que:

La mediana tiene también algunas desventajas. Ciertos procedimientos estadísticos que utilizan la mediana son más complejos que aquellos que utilizan la media. También, debido a que la mediana es una posición promedio, debemos ordenar los datos antes de llevar a cabo cualquier cálculo. Esto implica consumo de tiempo para cualquier conjunto de datos que contenga un gran número de elementos. Por consiguiente, si deseamos utilizar un estadístico de la muestra para estimar un parámetro de la población, la media es más fácil de usar que la mediana. (p. 81).

Es importante precisar que los precios promedios implementados para esta prueba obtuvieron un tratamiento previo, siendo este la transformación logarítmica. La teoría estadística afirma que un método sencillo para estabilizar la varianza y normalizar los datos es la transformación logarítmica, la cual permite normalizar los datos de una variable mediante la logaritmación de los datos originales (Teijón-Alcalá & Serrano-Maillo, 2019)⁴¹. Con la implementación de dicha transformación sobre los precios promedios, se obtiene series de datos con tendencia a una distribución normal.

Ahora, Laerd Statistics, herramienta *on line* reconocida a nivel académico y laboral en el ámbito de la estadística, ha afirmado que, para aquellos datos que poseen una distribución simétrica, se prefiere ampliamente la media como la mejor medida de tendencia central, porque es la medida que incluye todos los valores del conjunto de datos para su cálculo, y cualquier cambio en cualquiera de las puntuaciones afectará al valor de la media. No ocurre lo mismo con la mediana o la moda⁴². De acuerdo con lo anterior, al haber normalizado la serie de datos, la pertinencia de utilizar la media como medida de tendencia central, y, más no la mediana, se vuelve más sólida.

De esta manera, esta Intendencia ha demostrado al operador económico que se ha aplicado la teoría económica correctamente desde la perspectiva de la normativa ecuatoriana vigente, así como también desde la perspectiva académica. No existen elementos para afirmar que

⁴⁰ Anderson, D. R., Sweeney, D. J., Williams, T. A., Roa, M. D. C. H., & Álvarez, T. L. (2001). Estadística para administración y economía.

⁴¹ Teijón-Alcalá, M., & Serrano-Maillo, A. (2019). Bloqueo de oportunidades y emociones negativas en la causación de infracciones deportivas: un test de la teoría general de la frustración. <http://digital.casalini.it/4578070>

⁴² Mean, mode and median - measures of central tendency - when to use with different types of variable and skewed distributions | Laerd Statistics. (s. f.). <https://statistics.laerd.com/statistical-guides/measures-central-tendency-mean-mode-median.php>

no se han arrojado valores estadísticamente confiables, sea por fuentes de información, como pretende alegar METROCENTRO, o por errores metodológicos.

Ahora bien, en cuanto al análisis de sustitución de la oferta, METROCENTRO plantea varias observaciones al respecto, las cuales serán descritas a continuación:

1. Competidores cuentan con activos materiales e inmateriales: El informe no evidenciaría, ni mencionaría ningún costo, ni siquiera promedio, en el que deberían incurrir quienes quieran ingresar al mercado, por lo que no se mostraría evidencia factual. Cuestionan el criterio técnico o legal para considerar a la estrategia comercial como una barrera de entrada al mercado.

Al respecto, la formulación de cargos consideró lo analizado por la DNICPD, exponiendo aquellos activos necesarios para operar dentro del mercado relevante determinado, conforme lo establece el literal a del artículo 12 de la Resolución No. 11.

Los activos identificados implementados para la comercialización de los servicios de pronósticos deportivos on line fueron

Tabla (...) Activos para la comercialización del servicio de pronósticos deportivos

Tecnológicos	Know How	Maquinaria
Servidores	Conocimiento legal y tributario	Computadoras
Servicio de ciberseguridad	Conocimiento de los sistemas	Televisores
Proveedores de slots	Conocimiento del mercado digital	Decodificadores de video
Software especializado en actividades de entretenimiento que se gestiona a través de un BackOffice operativo y permite la operación e diferentes contenidos	Certificaciones Internacionales de seguridad informática y plataforma de tecnología	Tablets
Plataforma tecnológica	Base de Datos que contiene la información de clientes, del mercado y del performance de la plataforma	Smartphone
Sistemas POS	Conocimiento de medios de pago	

Fuente: Información proporcionada por operadores económicos mediante cuestionario III
Elaboración: DNICPD

Adicional, la Intendencia responde al operador económico que el criterio técnico para haber considerado a la estrategia comercial o *know-how* como un activo, el cual es parte de la

evaluación del literal a del artículo 12 de la Resolución No. 11, fue con base en lo establecido por la Dirección General de Empresa e Industrial de la Comisión Europea (antes Dirección General de Empresa). Esta dependencia emitió el documento “El papel de la sustitución de la oferta en la definición del mercado de referencia en el control de concentraciones”, dentro del cual se aconseja a las autoridades de competencia que, para determinar la viabilidad y credibilidad de la sustituibilidad de la oferta como restricción de la competencia, respondan, entre otras, la siguiente pregunta:

(a) ¿Qué activos son necesarios para fabricar los productos en cuestión? **A este respecto, las autoridades de competencia deben evaluar si los fabricantes de sustitutos de la oferta poseen la tecnología, los conocimientos técnicos, la maquinaria y las instalaciones necesarios**; si tienen acceso a la infraestructura de transporte y a los canales de distribución adecuados; y, por último, si poseen los activos de comercialización pertinentes, como la marca, y/o la capacidad de desarrollar dichos activos en un plazo razonable. (Énfasis añadido)⁴³.

De conformidad con lo anterior, la Intendencia ha acatado la recomendación de evaluar a la estrategia comercial dentro de los activos para evaluar la sustituibilidad de la oferta como posible barrera de entrada al mercado. Las empresas que poseen una estrategia comercial desarrollada se encontrarán en ventaja sobre aquellos que desean ingresar a competir en el mercado. Por lo general, el desarrollo de una estrategia comercial para aquellos potenciales competidores requerirá tiempo para adquirir conocimientos y desarrollar experiencia en el mercado, retrasando su entrada al mercado e imposibilitando competir con los concurrentes.

Es importante recordar que, los elementos expuestos en la prueba SSS determinan que un prestador de servicios debe obtener todos los activos necesarios para ofertar el servicio materia de análisis de manera eficaz, es decir, comercializando su servicio en un período de tiempo relativamente corto⁴⁴.

2. Oportunidad de acceder a sistemas logísticos y canales de distribución adecuados para la comercialización del servicio materia de análisis por parte de los potenciales competidores: No existen observaciones por parte del operador económico.
3. Los operadores económicos no deben incurrir en costos hundidos significativos al momento de trasladar su prestación de servicios: el denunciante afirma que haber tomado a la tecnología y el conocimiento como costos hundidos es una imprecisión conceptual, pues asumir “que un costo hundido es el conocimiento y la tecnología, cuando en realidad en economía, los costos hundidos se relacionan

43 DG Enterprise A/4 European Commission. (2001). The role of supply-side substitution in the definition of the relevant market in merger control. p. 5.

44 Íbidem. P. 21.

fundamentalmente con bienes inmuebles y maquinaria (...). Argumentan que la característica de un costo hundido es que la empresa que ha invertido en dicho bien material o inmaterial no puede deshacerse o trasladarlo de un lugar a otro fácilmente. Dado este concepto, la tecnología, fuera cual esta fuere, como activo inmaterial se puede trasladar fácilmente a otro lugar o vender fácilmente.

Esta Intendencia en busca de dotar de mayores elementos que corroboren las conclusiones alcanzadas, hace mención que la literatura define a los costos hundidos como aquellos que se han comprometido irrevocablemente y no son recuperables⁴⁵⁴⁶. Existen algunos activos que, en algunos casos, su implementación conlleva a costos hundidos. Uno de ellos es la tecnología, la cual tiene relación con la innovación y desarrollo (I+D). Stiglitz, McFadden y Peltzman (1987, p. 928) expresan que la mayor parte de los gastos en I+D son, por naturaleza, costos irre recuperables⁴⁷. Dentro de estas se despliegan actividades que puedan implicar, no solo la creación de un departamento I+D en sí, la compra de activos físicos específicos, la contratación o formación de un personal específico, sino también recopilar información sobre nuevas tecnologías⁴⁸.

De esta forma, el argumento del operador económico carece de sustento teórico, al manifestar que el conocimiento y la tecnología no se relacionan con los costos hundidos. Al contrario, como se ha expuesto en el párrafo anterior, la innovación y desarrollo, en su gran mayoría, representan costos hundidos. METROCENRO ha presentado excepciones que afirman que la tecnología puede ser trasladada fácilmente u otro lugar o vender fácilmente y que, por ende, no se generarían costos hundidos.

Por otro lado, el argumento de la Intendencia se encuentra reforzado por lo expuesto por Martin (1993), sosteniendo que la inversión en I+D crea un activo -el conocimiento- cuyo valor, si es muy específico y está ligado a las operaciones de la empresa, se perderá en gran medida al salir de ésta. Así pues, la especificidad de las inversiones en actividades de I+D sugiere la existencia de costos irre recuperables asociados a la realización de estas actividades⁴⁹. En este sentido, dichos activos no podrían ser trasladados, ni vendidos fácilmente, implicando una gran pérdida para el operador económico dueño de estos.

4. Cualquier barrera de entrada debe ser superada: No existen observaciones por parte del operador económico.

⁴⁵ Wang, X. H., & Yang, B. Z. (2001). Fixed and Sunk Costs Revisited. *The Journal of Economic Education*, 32(2), 178–185. doi:10.1080/00220480109595183. p.183.

⁴⁶ Stiglitz, J. E., McFadden, D., & Peltzman, S. (1987). Technological Change, Sunk Costs, and Competition. *Brookings Papers on Economic Activity*, 1987(3), 883. doi:10.2307/2534456. p. 899.

⁴⁷ *Ibidem*. P. 928.

⁴⁸ MAÑEZ, J. A., ROCHINA-BARRACHINA, M. E., SANCHIS, A., & SANCHIS, J. A. (2009). THE ROLE OF SUNK COSTS IN THE DECISION TO INVEST IN R&D. *The Journal of Industrial Economics*, 57(4), 712–735. doi:10.1111/j.1467-6451.2009.00398.x

⁴⁹ Martin, S., 1993, *Advanced Industrial Economics* (Blackwell Publishers, Oxford, Oxon., U.K.).

5. Los potenciales competidores deben poseer incentivos económicos: el operador económico expresa que de la lectura del informe se desprende que existe un margen neto de ganancia del 12%; no obstante, dado el elevado costo de entrada y demás, se ha concluido que las ganancias de los primeros años podrían disminuir. Para METROCENTRO no se ha presentado prueba alguna contrastable o evidencia empírica que permita verificar la validez de esta conclusión.

Esta Autoridad se permite indicar que la idea expuesta por el operador económico es incompleta, pues dentro del Informe de Resultados y la Resolución de Formulación de Cargos se ha explicado que estos datos promedios fueron resultados de “la información remitida por los operadores económicos del servicio de pronósticos on-line”.

El Cuestionario I, agregado en providencia de 11 de marzo de 2023 con ID 230274, poseía la siguiente pregunta: “10. Señale el porcentaje del margen bruto y neto que tiene el operador económico por la prestación de los servicios pronósticos deportivos, juegos de casino y apuestas deportivas, en el mercado ecuatoriano.” Las respuestas a esta pregunta fueron contestadas, como se evidencia en los antecedentes del presente informe, en los siguientes documentos:

1. Escrito presentado por ACTIVIDADES DE PRONÓSTICOS DEPORTIVOS JUEGOS ON LINE SPORTBET S.A., el día 21 de marzo de 2022, con ID 231068, a través del cual remitió la información requerida mediante cuestionario I.
2. Escrito presentado por RED DE SERVICIOS ECUADOR S.A.S., el día 25 de marzo de 2022, con ID 231587, y escrito presentado por el mismo operador el día 12 de abril de 2022, con ID 234521, mediante los cuales se remitió la información requerida a través de cuestionario I.
3. Escrito presentado por METROCENTRO S.A., el día 28 de marzo de 2022, con ID 231741, y escrito presentado por el mismo operador el día 20 de junio de 2022, con ID 240608, a través de los cuales se entregó la información solicitada mediante cuestionario I.

Por tanto, se ha presentado evidencia empírica que permite verificar la validez de esta conclusión, pues se ha extraído información de los competidores del mercado estudiado.

6. Los potenciales competidores deben poseer capacidad instalada: para el investigado no se ha aportado prueba alguna de que los potenciales competidores no tengan capacidad instalada inutilizada.

A diferencia de lo señalado por el operador económico, el Informe de Resultados y la Resolución de Formulación de Cargos mostraron que la capacidad instalada es la disponibilidad de los medios de producción necesarios para operar o prestar un servicio a corto plazo. Por ende, de acuerdo con la teoría económica, la capacidad instalada tiene

relación con la infraestructura y dotación de equipos con los que cuenta la misma. Estos elementos constituyen parte de los activos que, en efecto, fueron analizados en el apartado 1 del presente test, pero que también su análisis corresponde a este apartado, pues es la inversión inicial que un potencial competidor debe contemplar para participar en el mercado.

El análisis del presente punto se sustentó tomando en cuenta las respuestas remitidas por parte de los operadores económicos respecto de la imposibilidad que tendrían los potenciales competidores de obtener una infraestructura tecnológica específica para la implementación de pronósticos deportivos, por lo que la capacidad instalada es nula. Se examinó que los actuales competidores poseen un alcance determinado respecto de su infraestructura tecnológica, como denotan los documentos emitidos por la DNICPD y la INICPD, respectivamente:

...Red de Servicios Ecuador S.A., cuenta con **██████ Puntos de distribución**⁵⁰, en los cuales ha comercializado 8.867.048 números de pronósticos deportivos...

...100KSPORT S.A., dispone de una matriz con **██ locales**⁵¹, en los cuales ha comercializado 145.444 unidades de pronósticos deportivos on-line...

...VIPSPORT S.A., cuenta con una oficina de representación, en la que ha comercializado 4322 unidades de pronósticos deportivos...⁵²

Dado estos elementos, se descarta lo expuesto por METROCENTRO.

7. Los consumidores deben percibir a los servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos: el operador económico ha manifestado lo siguiente:

⁵⁰ ECUABET Escrito de 22 de septiembre de 2022 con ID trámite 250678.

⁵¹ 100k Escrito de 3 de octubre de 2022 con ID trámite 252573.

⁵² VIPSPORT Escrito de 23 de diciembre de 2022 con ID trámite 261067.

7. Los consumidores deben percibir a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos del producto o servicio material de análisis: En este criterio la conclusión se desprende de las encuestas realizadas a los operadores económicos relacionados con el servicio de pronósticos deportivos, además de citas en 4 periódicos de circulación nacional y entrevistas a un par de personas.

En este sentido, la prueba estadística que sustenta la conclusión del Informe de Resultados, que sirve de sustento para la formulación de cargos, se sustenta erróneamente en opiniones subjetivas de dos personas y de operadores económicos que no son consumidores del servicio sino oferentes de este. Para que la conclusión esbozada en el informe con respecto a este criterio tenga validez, debería haberse circunscrito al levantamiento de información a través de encuestas a un número específico de consumidores utilizando la fórmula estadística para el cálculo del tamaño de la muestra para poblaciones finitas.

Asumiendo que el mercado geográfico del producto o servicio en cuestión, que en la siguiente sección analizaremos, se circunscribe a la población ecuatoriana que se encuentra en el rango etario de 18 a 50 años, tal cual se evidencia en la tabla 2 de la página 51 del Informe ... (características del consumidor), entonces aplicando la fórmula del tamaño de la muestra, que se describe a continuación:

$$n = \frac{k^2 qpN}{e^2(N-1) + k^2 pq}$$

Donde:

N es el número total de personas que podrían ser encuestadas (población).

e es el margen de error que es la diferencia entre las respuestas de la muestra y del total de la población.

K es nivel de confianza y es la probabilidad de que las respuestas sean ciertas.

p es la probabilidad de éxito siendo esta la proporción de individuos en la población que poseen una característica específica.

q es la probabilidad de fracaso siendo esta la proporción de individuos en la población que no poseen una característica específica.

Tendríamos lo siguiente:

$$n = (1,96^2 * 0,5 * 0,5 * 8'230.259) / (0,05^2(8'.250.259 - 1) + 1,96^2 * 0,5 * 0,5)$$

Donde N es la población total de hombres y mujeres mayores de entre 18 y 50 años, que según el INEC para el año 2020 llegó a 8'250.259.

Aplicando esta fórmula a la población existente tenemos como resultado que el número de personas que se deben encuestar son: 382 personas

Entonces 382 es la cantidad de personas que debían encuestarse para tener un resultado técnico y fiable que dé cuenta del criterio 7.

Nuevamente, los cálculos del Informe de Resultados que sirve de sustento para la formulación de cargos están muy lejos de representar técnicamente la fiabilidad del criterio.

La Intendencia se permite indicar que, bajo la teoría estadística-matemática, una prueba estadística es aquella que se implementa para evaluar la evidencia que los datos proporcionan para probar una hipótesis, bajo procesos aleatorios⁵³. En este sentido, esta Autoridad se permite indicar que la Intendencia no aplicó prueba estadística alguna en este apartado, pues las características de la información recolectada (siendo esta categórica) no requiere de su implementación.

Adicionalmente, el investigado argumenta que sustentar el análisis del apartado en opiniones de personas y de operadores económicos le resulta subjetivo y erróneo. Sin embargo, se explica al operador denunciado que no se puede desconocer las opiniones y percepciones que poseen los competidores del mercado, pues son ellos los que conocen la demanda de los productos y/o servicios que ofertan en el mercado relevante y, por ende, conocen las características de los consumidores y/o usuarios que optan por sus productos. Es de los operadores económicos del mercado estudiado que se puede obtener información que se aproxime a la realidad económica del caso de estudio.

Como bien establece la prueba SSS, la evaluación del parámetro en cuestión es sobre la percepción de los consumidores respecto de los sustitutos válidos dentro del mercado de producto estudiado. En este sentido, los análisis cualitativo y cuantitativo de la demanda supieron demostrar que un consumidor de pronósticos deportivos no aceptaría como sustituto válido otra actividad de entretenimiento on-line, como bingos, lotería, videojuegos, entre otros. Esto aportó evidencia correspondiente a que los consumidores no perciben a los servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos del producto o servicio materia de análisis, siendo este los pronósticos deportivos online. Este análisis descarta por completo lo expuesto por METROCENTRO.

Dentro del análisis levantado en el presente apartado, se expuso que:

“Conforme las calificaciones más frecuentes dadas a cada factor, la DNICPD identificó los siguientes niveles de importancia: marca 2, rapidez 3, y, premios 3.”

Las características descritas por los operadores económicos consultados fueron ratificadas por los resultados recolectados del levantamiento de encuestas posteriormente expuestos, siendo estos:

- El 77,0% de la muestra indicó que es importante o muy importante que las plataformas de pronósticos deportivos estén disponibles las 24 horas;
- El 85,2% de la población encuestada manifestó que es importante/muy importante el reconocimiento de la marca; y,

⁵³ . Greenland, S., Senn, S., Rothman, K., Carlin, J., Poole, C., Goodman, S., & Altman, D. (2016). Statistical tests, P-values, confidence intervals, and power: a guide to misinterpretations. *European Journal of Epidemiology*, 31(4), 337–350.

- El 94,6% de los encuestados percibió que es importante/muy importante el premio.

Como bien ha manifestado al operador investigado, para que estos resultados posean validez, deben ser circunscritos al levantamiento de información a través de encuestas a un número específico de consumidores utilizando herramientas estadísticas para el cálculo del tamaño de la muestra de poblaciones. Es así que el PLAN DE TRABAJO PARA LA ELABORACIÓN DE ENCUESTAS MODIFICADO, signado con ID 202302386, el cual fue puesto en conocimiento de METROCENTRO, contiene dentro de su marco metodológico el marco muestral, el cual, mediante la aplicación de la metodología estadística, estima la muestra significativa de la población objetivo:

“Por lo tanto, con un nivel de confianza de 95%, un margen de error del 5% y con un universo poblacional (N) de 3.999.683 personas, la muestra correspondientes es de 385, la cual, se pondera por provincia y por edad.”

Con estos hechos, y de acuerdo con el mismo operador, los resultados expuestos son técnicos y fiables, toda vez que han sido construidos con base a la metodología estadística correspondiente, por lo que estos exponen correctamente los criterios solicitados del apartado 7.

De acuerdo con el análisis expuesto, no es correcto afirmar que los elementos presentados y analizados en el presente caso respecto de la aplicación de la prueba SSS han aportado evidencia a favor de una posible sustitución por el lado de los ofertantes. Al contrario, los elementos expuestos de dicho test le han permitido concluir a esta Autoridad que, al no existir con las condiciones de rapidez, eficacia y rentabilidad no podría justificarse una ampliación del mercado relevante estudiado. Explícitamente se descartó la sustitución por el lado de la oferta en virtud de:

- 1) los potenciales competidores no contarían con los activos necesarios, 2) deberían incurrir en una inversión inicial, en costos hundidos, entre otros; 3) los consumidores de pronósticos deportivos, no percibirían a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos (...).

Ahora bien, respecto del mercado geográfico, para METROCENTRO no se ha aportado con prueba o evidencia empírica alguna para no utilizar los criterios expuestos en la Resolución no. 11. Se exige la implementación de dichos criterios, aduciendo que estos no habrían sido implementados por la “incapacidad de entender el proceso de formación de precios en el mercado de pronósticos deportivos” por parte de la INICPD. Alegan que se ha utilizado una comprobación cualitativa que no constaría en ningún articulado los instrumentos normativos referentes a la determinación del mercado relevante, específicamente del mercado geográfico. De esta manera, argumentan que se ha vulnerado el debido proceso.

Esta Intendencia ha manifestado claramente, tanto en el Informe de Resultados, como en la

Resolución de Formulación de Cargos, la imposibilidad de la aplicación de los criterios establecidos en la Resolución No. 11 en virtud de que estas herramientas requieren de información de precios y flujos comerciales, elementos que no pudieron ser extraídos en el presente caso dada la naturaleza del mercado. Al encontrarse los servicios objeto de investigación dentro de plataformas digitales, no es posible implementar dichas herramientas, hecho que es reconocido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE⁵⁴. Esta organización explicó que:

...La digitalización se asocia a productos de ámbito mundial, sin fronteras, pero esto no significa necesariamente que el mercado pertinente para el análisis de la competencia sea internacional. En particular, la presencia de productos y servicios extranjeros no constituye una prueba automática de que el mercado de productos debiera ser internacional, puesto que las condiciones competitivas podrían ser distintas en diferentes zonas geográficas. Por ejemplo, puede haber limitaciones a la capacidad de las empresas nacionales para competir en los países de origen de las empresas extranjeras. Los factores culturales y lingüísticos, los cambios en la regulación y el bloqueo de zonas geográficas pueden restringir el ámbito geográfico de los mercados de productos digitales...

Complementariamente, se hizo hincapié en la resolución del Expediente 0/0730/16 JUST EAT/ LA NEVERA ROJA emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), dentro de la cual se argumentó cualitativamente que el mercado de plataformas online de gestión de pedidos de comida a domicilio posee un alcance nacional. Su justificación recayó en mencionar que a través de una plataforma informática los intermediarios suelen ofrecer sus servicios de gestión de entrega de comida a domicilio a restaurantes que operan en toda España, las campañas publicitarias de estas plataformas tienen un importante componente nacional, y normalmente sus políticas comerciales frente a los restaurantes son fundamentalmente nacionales (pár. 38).

Para el caso que corresponde, el criterio emitido por la DNICPD y acogido por la INICPD consideró una revisión de las páginas web de los competidores identificados, evidenciando que los servicios estudiados, es decir, pronósticos deportivos, se estarían ofertando a nivel nacional (p. 47 de la resolución de formulación de cargos), al comercializarse a través de la red de internet.

De igual forma, el alcance nacional puede ser evidenciado en el resultado de las encuestas ejecutadas para el presente caso. Del análisis de las mismas se desprende:

Estos resultados denotarían que las provincias con mayor cantidad de registros respecto

⁵⁴ Manual de la OCDE sobre política de competencia en la era digital. OCDE 2022. Recuperado: <https://www.oecd.org/daf/competition/manual-de-la-ocde-sobre-politica-de-competencia-en-la-era-digital.pdf>. Acceso: [06-09-2023]

de la frecuencia de uso, dentro de los tres últimos meses, ya sea diaria, semanal o mensual, son principalmente Pichincha, y Guayas, donde los porcentajes de uso diario de ambas provincias prevalecen sobre los porcentajes de frecuencia semanal y mensual; sin embargo, **es menester señalar que los datos levantados muestran que el uso de las plataformas de pronósticos deportivos se lo realiza en todas las provincias objeto de la encuesta; lo que permite confirmar lo plasmado en el Informe de Resultados de la investigación N.º SCPM-INICPD-DNICPD-008-2023 y la Resolución de Formulación de Cargos, respecto del mercado geográfico de alcance nacional.** (Énfasis añadido).

Dado los hechos presentados, esta Autoridad enfatiza en que no se puede desconocer que el alcance nacional de las actividades económicas realizadas bajo la marca BETCRIS. Por tanto, las excepciones presentadas en este apartado no son correctas, ni se apegan a la realidad económica del presente caso.

Por otro lado, METROCENTRO expone que se ha inducido a un error en cuanto al mercado temporal, replicando:

Una vez más el informe induce al error; ya que de la simple lectura de lo anteriormente citado se insiste en asimilar a Metrocentro con Betcris. Evidenciando la falta de rigor técnico en su resolución de formulación de cargos, asevera que las operaciones de BETCRIS inician en el año 2021. Pero previamente afirma que el operador logístico de pagos METROCENTRO firma su contrato con TV GLOBAL ENTERPRISE LTDA. (BETCRIS) el 19 de diciembre de 2019, es decir, un año y un mes antes del inicio de operaciones de BETCRIS, entonces, la conducta objeto de toda esta investigación, presunta práctica desleal, empezó desde la firma del contrato entre METROCENTRO y TV GLOBAL ENTERPRISE LTDA. Esta aseveración rompe con toda lógica pues asume que la conducta objeto de toda esta investigación apareció **un año antes de que inicie la oferta del servicio de pronósticos deportivos por parte de BETCRIS.**

La exposición de argumentos ofrecida por el operador económico sobre el mercado temporal no se asemeja a lo que se especificó en el informe emitido por la DNICPD y replicado por la INICPD, pues en ellos se identificó que el contrato entre TV GLOBAL ENTERPRISE LTD y METROCENTRO S.A. se suscribió el 19 de diciembre de 2019. A partir de esta fecha el operador económico reportó sus ingresos por las actividades realizadas. Dentro del escrito de 20 de junio de 2022, con registro de ID 240608, el operador denunciado manifestó que: “(...) he suscrito un contrato que **viabiliza las transacciones de pronósticos deportivos** que versan su peso en la destreza de un tercero que lleva adelante la ejecución de un deporte, bien sea este la hípica o el fútbol. (...)” (Énfasis añadido).

La fecha relacionada con enero de 2021 fue manifestada por el operador económico denunciante, SPORTBET, en su escrito de aclaración y compleción de la denuncia de 03 de marzo de 2023 con ID 229326, el cual específico:

(...) en el caso del operador BETCRIS se encuentran operando casinos online en el Ecuador aproximadamente desde el mes de enero del año 2021 y hasta la presente fecha, conforme se puede apreciar de una simple verificación de sus páginas web, así como de las materializaciones que fueron acompañadas dentro de la denuncia en cuestión (...)

De las piezas procesales que se desprenden del expediente, y como se mostró anteriormente, METROCENTRO habría actuado como operador logístico mucho antes de la fecha manifestada por SPORTBET, hecho verificado en la fecha en la cual se celebró el contrato entre TV GLOBAL ENTERPRISE LTDA. y METROCENTRO S.A., siendo esta desde el 19 de diciembre de 2019. Por tanto, es correcto tomar como marco temporal del mercado estudiado a la fecha expuesta en la resolución de formulación de cargos, en virtud de que las actividades realizadas por METROCENTRO, en el marco de dicho convenio, empezaron a partir de su suscripción.

En lo referente a la posición en el mercado relevante del operador económico, este refirió lo siguiente:

En otras palabras, una vez calculado de manera correcta el mercado relevante se debe levantar información **con respecto al mercado relevante del producto en cuestión.**

Entonces, partiendo de lo demostrado hasta aquí, en un mercado relevante defectuosamente o mal calculado, como en este caso, cualquier cifra relacionada con el volumen de negocios no tendrá validez argumentativa alguna. Empero, siguiendo la lógica del Informe de Resultados, se procede a analizar el cálculo del volumen de negocios.

En el artículo 5 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, se conceptualiza lo que se entiende por volumen de negocios; y, adicionalmente, se definen las variables que entran en el cálculo del volumen de negocios. Se dice lo siguiente:

"se entiende por volumen de negocios total de uno o varios operadores económicos, la cuantía resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por los mismos, durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio".

Las variables para tomar en cuenta en dicho cálculo serán: a) capacidad instalada, b) capacidad utilizada, c) unidades comercializadas, d) otras que consideren pertinentes y sean justificadas.

Al respecto, esta Autoridad tiene en cuenta que METROCENTRO comete un error técnico al señalar que las variables para tomar en cuenta el cálculo del volumen de negocios son la capacidad instalada, capacidad utilizada, unidades comercializadas, entre otras, dado que las mismas no se encuentran establecidas en el artículo 5 del Reglamento de aplicación para la LORCPM, el cual define al volumen de negocio de la siguiente manera:

Art. 5.- Volumen de negocios.- Se entiende por volumen de negocios total de uno o varios operadores económicos, **la cuantía resultante de la venta de productos y de la**

prestación de servicios realizados por los mismos, durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio, dentro del mercado relevante. (Énfasis añadido).

Esta Intendencia se permite indicar que el volumen de negocios es el valor correspondiente a los ingresos por actividades ordinarias, esto es, los ingresos por venta de bienes, por prestación de servicios, por prestación de servicios de construcción, los ingresos obtenidos bajo la modalidad de comisiones o similares (relaciones de agencia), y los procedentes de arrendamientos operativos⁵⁵. El RLORCPM es claro respecto al cálculo del volumen de negocios, cuya definición no toma en cuenta las variables descritas por el operador económico. Esto desvirtúa totalmente lo referente a que el informe de resultados y la resolución de formulación de cargos no calcularon el correctamente el supuesto volumen de negocios de METROCENTRO.

Finalmente, de esta manera, queda demostrado que esta Autoridad ha cumplido con lo establecido en la LORCPM, el Reglamento de aplicación para la LORCPM, la Resolución No. 11 de la JRCPM y, más aún, con la aplicación de elementos técnicos estadísticos-económicos que se exigen al momento de evaluar un mercado de plataformas digitales. Por otra parte, resulta evidente que las argumentaciones proporcionadas por el investigado tienen como objetivo únicamente arrojar opiniones, las cuales no se asemejan ni con la teoría económica, ni con la realidad económica del mercado estudiado, las cuales han podido ser desvirtuadas técnicamente por esta Autoridad.

En otro orden, METROCENTRO expone:

Finalmente, y el error metodológico más distorsionante para el análisis verdaderamente técnico, es que no se incluye en el mercado relevante al operador más importante de loterías y juegos de azar, la Junta de Beneficencia, la que además ostenta un monopolio legal.

Esta Autoridad identifica la necesidad nuevamente de recalcar al operador económico que, en efecto, se incluyó dentro del análisis del mercado relevante a la Junta de Beneficencia de Guayaquil, BET593. Tal como se expone en la página web de BET593, <https://blog.bet593.ec>, se demuestra que quien gestiona la misma es la Junta de Beneficencia de Guayaquil:

⁵⁵ Servicio de rentas Internas. (sf). Guía para contribuyentes. Elaboración y envío de la declaración del Impuesto a la Renta para sociedades. <https://www.sri.gob.ec/formularios-e-instructivos>. Último acceso: [06-09-2023].



Acerca de BET593



Bet593 es la página de pronósticos deportivos, juego online y bingo de la Lotería Nacional de Ecuador, la única página que te ofrece Juego Seguro, Bueno y Benéfico, gestionado por la Junta de Beneficencia de Guayaquil.

Fuente: <https://blog.bet593.ec/acerca-de-bet593/>

Incluso la participación de este operador fue tomada en cuenta en el apartado 5.5. “Determinación del mercado relevante” del Informe de Resultados, dentro del cual se ha manifestado que BET593 posee una participación de 19% en 2021, por lo que la apreciación de METROCENTRO S.A., respecto del Informe de Resultados y de la Resolución de Formulación de Cargos no es precisa.

En lo que respecta a la caracterización del público afectado, el operador alega que “(...) una muestra de 6 testimonios de un universo de más de 188 millones de posibles usuarios de plataformas de pronósticos deportivos y/o juegos online (...), estadísticamente, no representa absolutamente nada, no se pueden considerar ni para fines de margen de error en términos estadísticos y sus opiniones no pueden ser generalizables ya que no proviene de expertos acreditados en la materia.”

En criterio de esta Autoridad al análisis que se refiere el investigado no se ciñe en determinar afectaciones al público como producto de la infracción, sino por el contrario, la delimitación del público objetivo tiene como finalidad determinar si el público estudiado es vulnerable frente a los juegos en línea. Para el operador económico los testimonios presentados en el trabajo de titulación “JUEGOS DE AZAR, CASA DE APUESTAS Y SALAS DE JUEGOS POR MEDIO DE PLATAFORMAS VIRTUALES EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES, USUARIOS Y OTROS AGENTES DEL MERCADO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA” no representarían una muestra significativa. Empero de

ello, incluso en el evento no consentido de que la muestra no sea representativa, el documento en cuestión ha sido citado como un aporte académico, sin perjuicio de lo cual la vulnerabilidad del público objetivo y la influencia que este ha tenido fueron aspectos evidenciados en el acápite “OTROS ESCRITOS” del Informe Final.

6.4. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO.

Esta Autoridad considera indispensable iniciar su análisis jurídico refiriéndose a la legitimación pasiva del operador económico METROCENTRO S.A., dentro del presente procedimiento administrativo sancionador, ya que si bien en el Informe de Resultados de la Investigación emitido por la Dirección y en la Formulación de Cargos resuelta por esta Intendencia se arribaron a conclusiones respecto a este punto, durante el término de prueba el referido operador aportó con medios probatorios pertinentes, útiles y conducentes sobre la calidad que ostenta, los cuales deben ser valorados en su conjunto a efectos de precautelar el derecho a la defensa de las partes y el debido proceso.

6.4.1. Sobre la legitimación de METROCENTRO S.A., en el procedimiento

Esta Intendencia considera oportuno pronunciarse respecto de la legitimación *ad causam* del operador económico METROCENTRO S.A., toda vez que la falta de acreditación de este requisito puede devenir en la emisión de un fallo que vincule a quien no tendría la obligación jurídica de soportarlo. En este sentido, la Corte Nacional de Justicia en varias ocasiones, verbigracia, la sentencia emitida por la SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL, el 4 de diciembre de 2017, ha señalado lo que a continuación se cita:

...La legitimación en causa se refiere a la calidad que debe tener la parte en relación con el interés sustancial discutido en el proceso. Para que exista la legitimación en la causa el actor debe ser la persona que pretende ser, el titular del derecho discutido, **y el demandado la persona llamada por ley a contradecir la demanda mediante las excepciones** (legítimo contradictor)
(...)

El legítimo contradictor hay que buscarlo dentro de la relación jurídica material o sustancial que en la demanda se pretende declararla, modificarla o extinguirla. La relación jurídica material o sustancial es, pues, la que obliga la concurrencia al proceso de un determinado número de personas, todas ellas interesadas en esa relación, para que el juzgador pueda pronunciar sentencia de fondo o mérito. La exigencia de que sea necesaria la concurrencia de todas estas personas interesadas en una relación jurídica procesal se debe a que tales personas pueden resultar perjudicadas, porque a todas ellas puede obligar la sentencia y alcanzarles los efectos de la cosa juzgada. Si no están todas presentes se infringe el principio jurídico natural del proceso de que "nadie puede ser condenado y vencido en juicio sin ser oído", principio que esta elevado a precepto constitucional en el numeral 10 del artículo 24 de la Constitución de la República del Ecuador.

En el mismo orden de ideas, el máximo órgano de administración de justicia ha señalado

que la falta de legítimo contradictor no es causal de nulidad del procedimiento, sino que tendría por consecuencia el rechazo de la demanda.

Ahora bien, refiriéndonos al presente caso, esta Autoridad formuló cargos en contra de METROCENTRO S.A., por considerarlo como el operador económico que, bajo la premisa de la **primacía de la realidad**, operaba la plataforma BETCRIS en Ecuador, en representación de TV GLOBAL ENTERPRISES LTD. Para llegar a esta conclusión, fueron valorados los siguientes elementos:

- (i) De acuerdo con la información recibida de entidades financieras y puntos de pago, METROCENTRO recibe depósitos de los usuarios de BETCRIS, por concepto de recargas para que los usuarios puedan utilizar estos rubros los servicios de pronósticos deportivos y casinos virtuales. Por su parte, METROCENTRO S.A., ha señalado que solo es un operador logístico de pagos de TV GLOBAL ENTERPRISE, pero no ha proporcionado ningún documento que justifique que se hayan transferido estos valores a la aludida compañía extranjera. En adición, sería METROCENTRO quien realiza el pago de premios a los mismos usuarios, cuando han obtenido ganancia en los pronósticos deportivos o en los juegos de casino.
- (ii) De acuerdo con las “NOTAS A LOS ESTADOS FINANCIEROS POR EL AÑO TERMINADO EL 31 DE DICIEMBRE DE 2021”, aprobadas por la administración de la compañía, el operador reconoció en los ítems de su contabilidad “CUENTAS POR COBRAR” y “CUENTAS POR PAGAR”, el flujo de dinero relativo a pronósticos deportivos, juegos de azar e hipódromo. Es decir, que los ingresos provenientes de dichas actividades fueron considerados en sus cuentas contables como ingresos. También se reconoce la relación jurídica y comercial con TV GLOBAL ENTERPRISE en virtud del contrato de sublicencia de uso de la marca BETCRIS, y con la CRUZ ROJA PROVINCIAL DEL GUAYAS, en torno a la actividad de pronósticos deportivos.
- (iii) METROCENTRO promociona la marca BETCRIS, llegando a suscribir Contrato de Auspicio Publicitario para Tittle Sponsor de los campeonatos LigaPro” la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador. En virtud de este convenio, METROCENTRO S.A., en conjunto con TV GLOBAL ENTERPRISE S.A., se constituyeron en auspiciantes del campeonato de fútbol, para el año 2022. En adición, METROCENTRO S.A., en calidad de auspiciante, junto a TV GLOBAL ENTERPRISE S.A., se obligó con el pago del auspicio a la LIGA PRO, es decir, asumió una obligación a título personal, como auspiciante a dicha organización deportiva.
- (iv) También se tiene en consideración el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA OPERACIÓN DE LA PLATAFORMA TECNOLÓGICA PARA JUEGOS EN LÍNEA suscrito con la CRUZ ROJA PROVINCIAL DEL GUAYAS, en virtud del cual dicha organización sin fines de lucro debería colocar en su página web un enlace electrónico para que los usuarios que así lo deseen, se adscriban a los servicios de BETCRIS. Conforme se ha citado ut supra, el convenio prevé que METROCENTRO responda personalmente por las deficiencias que pueda presentar la plataforma virtual BETCRIS, así como frente a los reclamos de los usuarios. En criterio de esta Dirección que, dichas estipulaciones develan que METROCENTRO S.A., es quien responde, incluso económicamente, por las actividades bajo la marca BETCRIS, frente a los usuarios y frente a los proveedores. En el mismo sentido, el contrato prevé que METROCENTRO es el representante de BETCRIS en Ecuador, conforme la cláusula 6.2.1.

(v) La propia plataforma internacional de BETCRIS señala que los establecimientos comerciales de METROCENTRO S.A., serían los puntos de físicos para que acudan los clientes, en particular, se citó como ejemplo el ubicado en Vélez 911 y Pedro Moncayo, de la ciudad de Guayaquil. Estos establecimientos servirían para que los usuarios cuenten con: “Computadoras para uso de clientes”. Es decir, que los usuarios pueden hacer uso de computadoras en los establecimientos de METROCENTRO S.A., para realizar pronósticos en la aplicación BETCRIS.

(vi) Asimismo, es palmario el hecho de que METROCENTRO es sub licenciatario de la marca BETCRIS, por lo que puede, y de hecho lo estaría haciendo, explotar la marca BETCRIS a nivel nacional. Explotar la marca implica que METROCENTRO S.A., realice actividades económicas bajo la marca BETCRIS, incluyendo la publicitaria.

(vii) En otro orden de ideas, además del contrato de operador logístico de pagos suscrito con TV GLOBAL ENTERPRISE, no existe otro indicio que refute el hecho de que BETCRIS en ECUADOR sería METROCENTRO S.A. Bajo esta premisa, esta Autoridad considera que, bajo el principio de primacía de la realidad, los hechos investigados respecto de la plataforma BETCRIS, son atribuibles a METROCENTRO S.A., pues todas las actividades económicas en torno a dicha relación jurídica comercial rebasan las de un simple operador logístico de pagos, llegando incluso a responder por el manejo de la plataforma y los reclamos de los usuarios, percibir ingresos, patrocinar equipos deportivos, el campeonato de fútbol y a explotar la marca en el Ecuador.

Con base en este análisis, esta Intendencia consideró en su formulación de cargos, lo siguiente:

... quien realiza las actividades de pronóstico deportivo y casino virtual, bajo la denominación BETCRIS, en Ecuador, es el operador económico METROCENTRO S.A., principalmente porque de acuerdo con el contrato suscrito con la Cruz Roja Provincial del Guayas, sería la compañía investigada la que responde ante los usuarios y ante el mal funcionamiento de la plataforma BETCRIS, además de que el mismo **convenio prevé que METROCENTRO es el representante de BETCRIS** en Ecuador.

Asimismo, de conformidad el contrato de sub-licencia de la marca BETCRIS, suscrito entre TV GLOBAL ENTERPRISE LTD (licenciante) y METROCENTRO S.A. (licenciatario), **el operador investigado es quien explota comercialmente la marca en el Ecuador**, producto de lo cual habría suscrito contratos de patrocinio, principalmente con la Liga Profesional de Fútbol, ante la cual incluso se obligó personalmente como auspiciante.

Por ende, en su oportunidad, los elementos de convicción obtenidos hasta la culminación de la etapa de investigación, fueron precisos y concordantes para presumir que METROCENTRO S.A., era el representante de TV GLOBAL ENTERPRISES LTD y además el titular de la actividad económica llevada a cabo a través de la plataforma www.betcris.com.

No obstante, es menester tener en cuenta que a lo largo de la etapa de prueba, METROCENTRO S.A. solicitó la práctica de varias diligencias probatorias encaminadas a refutar la presunción plasmada en la formulación de cargos, y demostrar que la titularidad de la actividad económica le correspondería a TV GLOBAL ENTERPRISES LTD.

Por tal motivo, esta Intendencia considera pertinente referirse a las pruebas sobre la legitimación *ad causam*, en relación con el aludido principio de primacía de la realidad, y de conformidad con los elementos probatorios actuados en la etapa de sustanciación.

Empezaremos señalando un precedente de la Corte Nacional de Justicia, que sobre el principio de primacía de la realidad, enseña lo siguiente:

El principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia de lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que suceda en el terreno de los hechos de conformidad con la doctrina el principio de primacía de la realidad.⁵⁶

En un contexto regional, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha sido enfático al precisar que:

Lo que importa es conocer la verdad. Los principios de primacía de la realidad y de verdad material son parte de un gran principio, aplicable a todos los procesos judiciales modernos, que es el principio de la justicia material (...) los elementos probatorios que acrediten la existencia de un derecho o interés legítimo protegido por el ordenamiento jurídico comunitario andino, deben ser admitidos y meritutados, en cualquiera de las instancias administrativas, incluyendo las etapas impugnativas o recursivas en la vía administrativa, siempre y cuando pertenezcan al período en que se alegó la existencia de dicho interés y, además, que dichas pruebas sean pertinentes. Asimismo, debe asegurarse el principio de contradicción y las nuevas pruebas deben ser trasladadas a la otra parte, para que esta se pronuncie al respecto. Sobre el particular, corresponde señalar que la prueba tiene como finalidad formar la convicción de la autoridad administrativa o jurisdiccional en el momento de decidir, pero también está destinada a moldear el convencimiento de las partes sobre sus alegaciones.⁵⁷

El principio de primacía de la realidad debe ser aplicado por la Autoridad de Competencia, en el análisis de cada uno de los casos puestos a su conocimiento, dado que la verdad material debe primar por sobre los documentos objeto de análisis.

Por ende, bajo el mismo principio de primacía de la realidad, es menester precisar si a la luz de las pruebas actuadas dentro de la etapa de sustanciación, el operador económico METROCENTRO S.A., ha logrado desvirtuar la presunción inicial de esta Autoridad, según la cual el investigado era el titular de las actividades económicas bajo la plataforma BETCRIS, y/o quien representada sus intereses en el Ecuador.

Esto, en virtud de que el análisis de casos bajo este principio, permite a la Autoridad de

⁵⁶ Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral, Resolución No. R28-2014-J82-2012, de 13 de enero de 2014, emitida dentro del juicio No. 82-2012.

⁵⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 76-IP-2020.

Competencia verificar si, en la práctica, el investigado es o no el responsable de las conductas motivo de la pesquisa. Bajo esta lógica, el análisis que a continuación se presenta, tiene por objeto discernir si a la luz del mismo principio de la realidad, METROCENTRO S.A., es o no el responsable del cometimiento de las prácticas desleales señaladas.

En este orden de ideas, y de acuerdo con las pruebas admitidas y practicadas oportunamente en el expediente, encontramos algunos elementos graves, unívocos, precisos y concordantes, mismos que han confluído en la formación del criterio de esta Autoridad.

En primer lugar, es menester referirse al escrito de 07 de julio de 2023, las 10h48, con ID 202303451, mediante el cual el investigado solicitó la reproducción como prueba la materialización notarial de la página web BETCRIS (<http://betcris.com/>), del que se desprende que “Betcris es operado por TV Global Enterprises Ltd. C 44378...”.

En criterio de esta Autoridad, esta materialización, al gozar de la fe del notario público, se presume auténtica, por lo que correspondería a valoración de su contenido en concatenación con el resto del acervo probatorio. Bajo este contexto, con esta prueba se evidenciaría que la página web es operada por la compañía extranjera, con domicilio en la República de Malta, y por ende, sería la que *a priori*, realiza la actividad económica a través de la plataforma en mención.

Este hecho guarda concordancia lógica con el escrito presentado por EXCELSIUS, el 08 de agosto de 2023, las 16h14, con ID 202304603, quien señaló que el propietario de la marca, de la plataforma y la actividad económica que se opera con la denominación BETCRIS, le corresponde a TV GLOBAL ENTERPRISES LTD.

En el mismo sentido, mediante el oficio No. 117012023OACIO018526 remitido por el Servicio de Rentas Internas el día 16 de agosto de 2023, las 12h15, con ID 202304867, dicha entidad certificó a esta dependencia que BETCRIS no se encuentra domiciliada en el Ecuador, pero si forma parte del catastro tributario como prestador de servicios digitales no residente en el Ecuador. En adición reiteró que TV GLOBAL ENTERPRISES LIMITED no estaría registrada en el Catastro Tributario ecuatoriano. Finalmente aclaró que, “... *al no ser residente ecuatoriano, los pagos que se le realicen a través de tarjetas de crédito serán sujetos de retención de IVA, es decir las emisoras de tarjetas de crédito en su calidad de agentes de retención, retendrán el IVA a sus tarjetahabientes por los pagos efectuados a BETCRIS*”.

Como se desprende del párrafo anterior, la Administración Tributaria ha considerado a BETCRIS como un operador extranjero, en el marco de la recaudación de impuestos.

Asimismo, con fecha 4 de septiembre de 2023, compareció, a través de un documento debidamente apostillado por la embajada de Costa Rica, José Daniel Duarte Camacho, representante legal de TV GLOBAL ENTERPRISES LIMITED, señalando que comparece para dar contestación al requerimiento de información de esta Autoridad. En adición,

reconoció que la compañía es la titular de la plataforma virtual *beteris.com*, su funcionamiento, servicios, actividades económicas y contenido; así como el hecho de que la página web muestra una sola presentación para todos los usuarios a nivel internacional. Aclaró también que tiene una licencia de marca a nivel internacional de la marca BETCRIS, sin especificar al licenciante.

En otro lugar, descartó que haya confiado su representación legal, o su actividad económica a METROCENTRO S.A., pero que sin embargo, habría contratado los servicios lícitos de dicha compañía para que le preste logística, de conformidad con un contrato de operación logística suscrito entre las partes, el 19 de diciembre de 2019, aclarando que su responsabilidad y gestión se limitaría al ámbito contractual.

Dicho de otro modo, el señor José Duarte Camacho ratificó lo que se desprende de los demás elementos probatorios, que su representada TV GLOBAL ENTERPRISES LTD, administra la página web de la plataforma BETCRIS, y que la misma tendría una sola presentación para todos los países en los que opera. Señaló que no lo había confiado esta administración o gestión de las actividades económicas a ningún operador en el mercado ecuatoriano, por ende tampoco a METROCENTRO S.A.

Estos elementos probatorios guardan relación con lo señalado por el perito informático Tulio Patricio Simba Chuquimarca en su informe pericial, que si bien esta Intendencia no lo **valora como prueba por no haber cumplido con las solemnidades exigidas por el artículo 197 del Código Orgánico Administrativo**, esto es, que se presente con la declaración ante notario público por parte del perito, no puede dejarse de lado que en el mismo se concluye que la plataforma BETCRIS no es operada desde territorio ecuatoriano.

Para llegar a esta conclusión, el referido peritaje basa su criterio en información de acceso público, la cual no requiere ser demostrada, por ser notoria, de conformidad con el artículo 163, número 3 del Código Orgánico General de Procesos, permitiendo identificar a esta Autoridad, lo siguiente:

Domain Name: BETCRIS.COM	Domain Name: beteris.com
Registry Domain ID: 17902695_DOMAIN_COM-VRSN	Registry Domain ID: 17902695_DOMAIN_COM-VRSN
Registrar WHOIS Server: whois.gandi.net	Registrar WHOIS Server: whois.gandi.net
Registrar URL: http://www.gandi.net	Registrar URL: http://www.gandi.net
Updated Date: 2022-11-18T05:57:50Z	Updated Date: 2022-11-18T05:57:50Z
Creation Date: 2000-01-17T21:44:03Z	Creation Date: 2000-01-17T21:44:03Z
Registry Expiry Date: 2026-01-17T22:44:02Z	Registrar Registration Expiration Date: 2026-01-17T22:44:02Z
Registrar: Gandi SAS	Registrar: GANDI SAS
Registrar IANA ID: 81	Registrar IANA ID: 81
Registrar Abuse Contact Email: abuse@support.gandi.net	Registrar Abuse Contact Email: abuse@support.gandi.net
Registrar Abuse Contact Phone: +33.170377661	Registrar Abuse Contact Phone: +33.170377661
Domain Status: clientTransferProhibited https://icann.org/e	Reseller:
Name Server: KIKI.NS.CLOUDFLARE.COM	Domain Status: clientTransferProhibited http://www.icann.org/epp#
Name Server: VIN.NS.CLOUDFLARE.COM	Domain Status:
DNSSEC: unsigned	Domain Status:
	Registry Registrant ID: REDACTED FOR PRIVACY
	Registrant Name: REDACTED FOR PRIVACY
	Registrant Organization: TV Global Enterprises Ltd
	Registrant Street: REDACTED FOR PRIVACY
	Registrant City: REDACTED FOR PRIVACY
	Registrant State/Province:
	Registrant Postal Code: REDACTED FOR PRIVACY
	Registrant Country: MT
	Registrant Phone: REDACTED FOR PRIVACY
	Registrant Phone Ext:
	Registrant Fax: REDACTED FOR PRIVACY
	Registrant Fax Ext:

Fuente: digital.com

Es decir, las bases de datos de acceso público confirmarían lo que ya se ha afirmado *ut supra*, que quien registró el dominio como responsable es TV GLOBAL ENTERPRISES LTD.

Finalmente, esta prueba se concatena con el indicio aportado por ACTIVIDADES DE PRONÓSTICOS DEPORTIVOS JUEGOS ONLINE SPORTBET S.A., mediante escrito de 07 de abril de 2023, con ID 233946, en el que consta la materialización notarial de una entrevista a uno de los representantes de BETCRIS, quien, ante la pregunta “¿Quiénes alquilan esos locales en Ecuador? ¿son netamente de Betcris o ingresa otra persona en medio de todo?, el directivo de la empresa habría señalado:

Hay dos formas. Distribuidores que compran créditos a Betcris y lo revenden, ellos ganan, facturan, emiten su factura, con su IVA, y se les paga por esos servicios de recaudación, y aparte tenemos locales propios, alquilados por nosotros, 2 en Guayaquil y en Quito solo uno. No tenemos grandes locaciones en el país.

En dicho apéndice, el entrevistado señaló que alquila tres locales en Ecuador, lo cual guarda relación con el contrato de operación logística mediante el cual METROCENTRO S.A., pone a disposición de TV GLOBAL ENTERPRISES sus locales para disponibilidad de los usuarios de la plataforma.

Si bien esta Intendencia en su formulación de cargos, con base en los elementos de convicción que rezaban en ese momento procesal en el presente expediente, consideró que existió mérito para imputar cargos por violación de normas en contra del operador económico investigado, actualmente, existen elementos probatorios precisos, unívocos y concordantes que han llevado a la plena convicción de que METROCENTRO S.A., no es quien administra la página web betcris.com, por lo que tampoco podría incidir en la gestión de su contenido, lo que incluye la incorporación de casinos y actividades de pronósticos deportivos. En otras palabras, no dependería de METROCENTRO si se implementan o no casinos en el portal web, por cuanto no opera la página ni administra el negocio, que es de carácter internacional, por lo que no es posible atribuirle la materialidad de la infracción.

En este sentido, es plausible considerar que en el evento de que existan ingresos contables en las arcas de la compañía investigada, que correspondan a la actividad de apuestas a través de BETCRIS, en la práctica y contractualmente, la decisión de implementar o no casinos no recae sobre METROCENTRO S.A., por lo que no podría asumirse que el operador económico sea quien ha cometido la práctica desleal presuntamente imputada.

Por otro lado, por principio de “responsabilidad personal” y de “individualidad de la pena”⁵⁸,

⁵⁸ Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, Resolución No. 106-2018, Juicio No. 17741-2015-1338: “Al respecto y como puede apreciarse de la doctrina del Derecho Administrativo, no puede exigirse responsabilidad a un sujeto **sino únicamente por hechos propios**, salvo que la Ley expresamente disponga casos de solidaridad, lo cual no sucede en el caso que nos ocupa. El error en la identificación del sujeto sancionado en el acta de inspección generó que la resolución de sanción incurra en una

que si bien son propios del proceso penal por antonomasia, también deben ser garantizados en el procedimiento administrativo sancionador, ya que no es posible endilgar la responsabilidad a METROCENTRO S.A., cuando se ha evidenciado que no está en sus manos decidir si se implementan o no actividades de casino virtual en una plataforma internacional.

Una decisión en un sentido contrario al antedicho análisis supondría una violación al debido proceso, con especial énfasis a la garantía de motivación. Por ende, corresponde a esta Autoridad, en esta etapa, pronunciarse respecto de la responsabilidad de METROCENTRO S.A., frente a los cargos imputados, con plena objetividad y a través de una resolución debidamente motivada.

Para complementar lo señalado, debe considerarse que incluso con la eventual implementación de medidas correctivas del mercado en contra de METROCENTRO S.A., como por ejemplo, la suspensión de la práctica desleal, el actual investigado estaría imposibilitado de cumplirlo, puesto que no tendría injerencia alguna en que se implementen o no casinos en la plataforma.

En este sentido, esta Intendencia, luego de haber evidenciado en la etapa de prueba que la actividad económica y el manejo de la plataforma no son atribuibles al investigado, no puede instruir que se le apliquen las sanciones o medidas correctivas por hechos atribuibles a terceros, en este caso, TV GLOBAL ENTERPRISES LTD, que opera desde una jurisdicción extranjera como es la República de Malta.

Por consecuencia, esta Autoridad considera que el operador económico ha desvirtuado la presunción prevista en la formulación de cargos, según la cual, METROCENTRO S.A., era el representante de la marca BETCRIS, y quien realizaba la actividad económica a través de la misma. Por lo tanto, esta Intendencia considera que, bajo el mismo principio de primacía de la realidad, el operador económico investigado no es el llamado a ejercer contradicción en este expediente, ya que carece de legitimación pasiva en la presente causa.

Finalmente, al no ostentar la calidad de legitimado pasivo, esta Intendencia considera inconsecuente pronunciarse respecto de la conducta desleal imputada, así como al presunto falseamiento del régimen de competencia económica, presuntamente acaecido por supuestas prácticas de violación de normas.

SÉPTIMO. - RESOLUCIÓN

Con base en la motivación expuesta *ut supra*, esta Intendencia resuelve:

violación al debido proceso...”.

PRIMERO.- Ratificar el criterio de esta Autoridad contenido en el Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-6-2023 de 29 de septiembre de 2023.

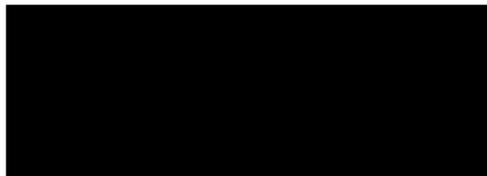
SEGUNDO.- Conforme lo previsto en el inciso final del artículo 15 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCE, disponer el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en contra de METROCENTRO S.A., por el presunto cometimiento de actos de violación de normas, conducta tipificada en el artículo 27, número 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, de acuerdo con la parte motiva de esta resolución.

TERCERO.- Conforme lo previsto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se deja a salvo el derecho de impugnación que asiste a las partes procesales del presente expediente.

CUARTO.- Una vez que el presente acto administrativo haya causado estado, notifíquese la presente resolución a la Intendencia General Técnica y se proceda a la publicación, en su versión pública de la presente resolución conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento.

QUINTO.- Una vez que la presente resolución cause estado, solicitar a la Intendencia General Técnica la autorización correspondiente para analizar la procedencia, prioridad y urgencia de iniciar una investigación de oficio, a efectos de identificar el cometimiento de posibles prácticas desleales en la comercialización del servicio de pronósticos deportivos.

SEXTO.- Continúe actuando la abogada María José Gutiérrez como Secretaria de Sustanciación, dentro de este expediente.



Abg. Carlos Andrés Álvarez Duque
**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS
DESLEALES**