

Causa 1-23-UE

Participación como Amicus Curiae

A LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR

Por el presente documento, Yo, **Carlos Alberto Fonseca Sarmiento**, identificado con Pasaporte de la República de Perú N°119040471, señalando correo electrónico en: carlos@fonseca.pe y domicilio legal para efectos de cualquier notificación en el casillero judicial #244 y en el correo carlos@fonseca.pe, cumple con formalizar por escrito mi Informe como Amicus Curiae, realizado en la Audiencia de fecha 06 de junio de 2023:

- 1.** Agradezco haberme aceptado como AMICUS CURIAE en esta causa y como “Amigo del Juez” y en mi condición de abogado experto en juegos de apuesta y derecho constitucional someto a consideración de esta ilustre Corte Constitucional mi opinión técnica sobre algunos aspectos del “Impuesto a la Renta Único a los Operadores de Pronósticos Deportivos” creado en el Decreto Ley 742.
- 2.** Bajo mi leal saber y entender considero que el **segundo párrafo del artículo 35.4**, el **artículo 35.6** en su integridad; y el **artículo 35.8, en su segundo párrafo y en sus incisos a) y b)** de la Ley de Régimen Tributario Interno, según lo agregado por el Decreto Ley 742 es incompatible con los siguientes artículos de la Constitución:
 - 2.1. El Artículo 300º.** Por contravenir el **Principio de Equidad**, pues no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual a un operador no residente y exigirle en virtud del mencionado **artículo 35.6**, que pague un mayor impuesto al que pagará un operador residente, por un hecho exactamente igual: la percepción de ingresos de fuente ecuatoriana por actividades de pronósticos deportivos.
 - 2.2. El Artículo 300º,** nuevamente. Por contravenir el **Principio de Generalidad**, pues si consideramos que las cosas son lo que fluye de su naturaleza y esencia y no lo que arbitrariamente denominen las partes, es

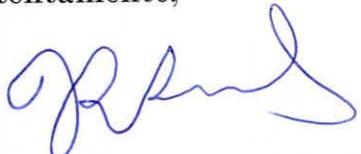
inobjetable que en virtud del mencionado **segundo párrafo del artículo 35.4** y del mencionado **artículo 35.8, en su segundo párrafo y en sus incisos a) y b)**, los jugadores de un operador no residente, cada vez que realizan una transacción, la cual consistiría en realizar un depósito de dinero en su cuenta individual de juego que mantiene con dicho operador no residente, y que lo hace, a través de un tercero, el cual puede ser una empresa de cobro, de remesa al exterior, una institución de tarjeta de crédito o débito; entre otras, deberá aceptar que ese tercero le retenga el 15% de lo depositado. Por lo tanto, se configura realmente un impuesto al jugador del 15% cuando utiliza los servicios de un operador no residente, mientras que cuando utiliza los servicios de un operador residente no existe ese impuesto. No califica, por otro lado, como ingreso del operador no residente pues aún no se ha configurado de manera completa el proceso de juego del pronóstico deportivo. Si de acuerdo con los artículos 35.1 y 35.2, el objetivo es crear un Impuesto a los ingresos percibidos por los operadores de pronósticos deportivos, es necesario que se produzca un cambio en la situación patrimonial del operador como consecuencia de la diferencia entre las apuestas realizadas por los jugadores y los premios pagados a dichos jugadores en un lapso de tiempo determinado y tal como está configurado el mencionado **segundo párrafo del artículo 35.4** y el mencionado **artículo 35.8, en su segundo párrafo y en sus incisos a) y b)**; esto no es verdad. El impuesto, en tales casos, es sobre el jugador y no sobre el operador.

2.3. El Artículo 336º. Por contravenir la obligación del Estado de asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y la obligación de fomentar la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades. Definitivamente, no habrá igualdad de oportunidades si el operador no residente paga el 15% de los depósitos recibidos (que el Decreto Ley 742 llama: “*valores pagados por el usuario en cada transacción*”) pues aún no califica técnicamente como ingreso del operador no residente; mientras que el operador residente paga el 15% de las apuestas menos premios, es decir, sobre sus ingresos brutos. En el caso del operador no residente es absolutamente confiscatorio e inviable. Se debe recordar que la naturaleza particular de este tipo de juegos es que es una actividad “deslocalizada” pues se realiza, generalmente, mediante un mecanismo de acceso remoto como lo es una computadora, laptop o teléfono inteligente. Pero hay algo que es objetivamente común, el ingreso que

perciba el operador no residente o el operador residente es producto de un pronóstico deportivo que se ha realizado en Ecuador, es decir, de fuente ecuatoriana.

2.4. Otros artículos que son afectados por esas disposiciones son el artículo 11°, numeral 2, referido al derecho a la igualdad; el mismo artículo 11°, numeral 4, que prohíbe a cualquier norma jurídica restringir el contenido de los derechos constitucionales; el artículo 24 que reconoce el derecho de las personas al tiempo libre; el artículo 66 numeral 5 que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad sin mas limitaciones que los derechos de los demás, por lo tanto existe un derecho constitucional a jugar en pronósticos deportivos, a sabiendas que técnicamente, si bien es un juego de apuesta, no es un juego de azar. En doctrina, los juegos jurídicamente relevantes, son aquellos juegos que tienen 4 características: son juegos plurales (más de 1 persona), son juegos de reglas, son juegos de competencia (determinan ganadores y perdedores) y son juegos patrimoniales (pueden afectar el patrimonio de los participantes a través de la apuesta), es por eso que se llaman JUEGOS DE APUESTA. Y en función del resultado pueden dividirse en juegos de azar y en juegos de habilidad. Actualmente, en Ecuador aquellos juegos de apuesta que son de azar están prohibidos, pero aquellos juegos de apuesta de habilidad están permitidos y protegidos bajo el contenido esencial del derecho de libertad establecido en el artículo 66, numeral 29 de la Constitución que dice que “Ninguna persona puede ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”. Por lo tanto, si jugar pronósticos deportivos es una actividad legítima actualmente bajo la Constitución de Ecuador, cualquier impuesto especial que pretenda exigirse a dicha actividad tiene que respetar los derechos constitucionales.

Atentamente,



Carlos Alberto Fonseca Sarmiento
Abogado – Magister en Derecho Constitucional
Experto Internacional en Juegos de Apuesta

