

**LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE UNA CONDICIÓN GENERAL NO PUEDE
ACARREAR EFECTOS PERVERSOS PARA EL EMPRESARIO SI EXISTE ABUSO
DE DERECHO POR PARTE DEL CONSUMIDOR ***

SJPI de Sanlúcar de Barrameda núm. 86/2016, de 20 de junio (JUR 2016\165450)

José María Martín Faba
*Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha
Abogado colegiado en el ICA Toledo*

Fecha de publicación: 12 de septiembre de 2016

1. Relato fáctico

La controversia del pleito dimana de una actividad en boga en materia de juego, a saber, las apuestas deportivas *online*. Así, un jugador formalizó seis apuestas a través de la página web www.bet365.es. Tales apuestas fueron, concretamente, las siguientes:

- Núm 1: por importe de 200 euros;
- Núm 2: por importe de 56,25 euros;
- Núm 3: por importe de 48,51 euros;
- Núm 4: por importe de 30 euros;
- Núm 5: por importe de 37,50 euros y;
- Núm 6: por importe de 421,88 euros.

Las mismas se refirieron al partido disputado entre dos equipos de la liga femenina de fútbol rumana, el "*FC Targu Mures*" y el "*Heniu Prundu Bargalui*". El jugador apostó a favor del primero, que finalmente resultó ganador. Las dos primeras se hicieron en la

* Trabajo realizado en el marco de la beca de colaboración con referencia 2016-BCL-5999 para el Proyecto «Grupo de investigación del profesor Ángel Carrasco» cuyo director e investigador responsable es el Prof. Dr. Ángel Carrasco Perera, de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM).

modalidad "*asian handicap 1er tiempo*"¹ con una ventaja de +2,5 goles a favor del "FC Targu Mures", siendo la cuota de 1,800 y 1,850 por cada euro apostado. Las cuatro siguientes se hicieron en la modalidad "*resultado en el descanso*"², con una cuota de 1,062.

Después, la casa de apuestas anuló unilateralmente las dos primeras apuestas y recalculó la cuota fijada para las otras dos, comunicándoselo al jugador una vez que el partido había terminado. A consecuencia de ello, se le abonó por las seis apuestas formalizadas la cantidad de 804,57 euros, en lugar de 3.326,28 euros, importe que correspondía al total de las apuestas ganadas si no se hubiera producido la anulación y el recálculo unilateral por el operador de juego.

¹ El *Asian hándicap* es una modalidad de apuesta deportiva en la que se tiende a evitar el desequilibrio de habilidad entre dos equipos a través de la asignación de una ventaja para uno de ellos con anterioridad al inicio del encuentro. Normalmente la ventaja es para el equipo más débil, y por tanto, se produce un déficit de goles en el equipo con más probabilidades de ganar. Esa ventaja puede consistir en un gol de ventaja si se refiere a un partido de fútbol o a un *game* o *set* si se refiere a un partido de tenis, de manera que el acontecimiento azaroso llegue a ser más ecuánime. Lo más significativo del hándicap asiático es que reduce el número posible de resultados de tres (en las apuestas 1X2 tradicional) a dos, eliminando el resultado de empate. Esta simplificación ofrece dos opciones de apuestas, cada de las cuales tiene aproximadamente un 50% de probabilidad de éxito. Con el hándicap asiático la posibilidad de un empate se elimina mediante el uso de una desventaja que obliga a que haya un ganador. Dado que las probabilidades son lo más cercano a un 50% los corredores de apuestas ofrecen pagos cercanos a nivelar el importe abonado por el jugador, por ejemplo cuotas de 1,80 a 2,00 euros por cada uno apostado. En concreto, el hándicap asiático primer tiempo hace referencia a un resultado en la primera parte del partido y no al final del encuentro. A modo de ejemplo, en un mercado de cuotas estándar se ofrecen tres opciones para este partido de fútbol:

- Real Madrid
- Alavés
- Empate

Al apostar en un mercado de hándicap asiático el empate queda fuera de la ecuación, con lo que le quedan dos opciones. En este ejemplo, el Real Madrid es claro favorito por lo que el hándicap es de un gol y medio:

- Real Madrid -1,5
- Alavés +1,5

En el ejemplo anterior se muestra el caso más sencillo de Hándicap asiático, es decir, se otorga a un equipo una ventaja en la que siempre figura medio gol (+0,5, +1,5, +2,5, etc.). El equipo que anote más goles después de aplicar el hándicap se considerará ganador. Esto es, si el jugador apuesta a favor de la victoria del Real Madrid sobre el Alavés con un hándicap de -1,5, el Real Madrid tendrá que ganar el partido por 2 o más goles para que gane la apuesta. En cambio, el jugador perderá la apuesta si el Alavés gana, se produce un empate o el Real Madrid gana por un solo gol.

² Es evidente que en la modalidad apuesta en el descanso el jugador apuesta por el equipo que intuye que irá ganando en el descanso.

A causa de esta actuación unilateral por parte de la casa de apuestas el jugador interpuso demanda de juicio verbal civil ante el JPI nº2 de Sanlúcar de Barrameda, en la que solicitaba la condena del operador de juego al pago de la cantidad de 2.521,71 euros (diferencia entre la cantidad que a su parecer le correspondía –3.326,28 euros– y la cantidad realmente abonada –804,57 euros–), más intereses y costas, ya que entendía que esta actuación unilateral constituía una práctica abusiva.

En esencia, la demandada alegó de contrario lo siguiente:

- (i) Reconoce que el demandante formalizó las apuestas y que el equipo ganador del encuentro deportivo fue el "FC Targu Mures", así como que anuló dos de las apuestas y recalculó la cuota de las restantes, si bien alega que el motivo de ello fue que la cuota ofrecida y en atención a la cual se formalizaron las apuestas se determinó incorrectamente debido a un error, consistente en que en vez de conceder la ventaja de +2,5 goles al equipo "Heniu Prundu Bargalui" se concedió al "FC Targu Mures" que era el que más probabilidad tenía de ganar a la vista de sus resultados en partidos anteriores, y el que, de hecho, ganó;
- (ii) La existencia de la cláusula nº 6 de las condiciones generales que ampara tales anulaciones y recálculos, sin que resultara posible avisar del error con anterioridad y;
- (iii) Mala fe y abuso de derecho en el demandante puesto que conocía perfectamente que se trataba de un error y se aprovechó de él. Lo anterior se deduce a juicio del operador de juego por el hecho de que el cliente era un jugador experto ya que había formalizado en la misma página web un número muy elevado de apuestas, de modo que conocía perfectamente su funcionamiento; también por la circunstancia de que las apuestas objeto de litigio se formalizaron en un corto espacio de tiempo y porque simultáneamente muchos otros usuarios de la misma zona geográfica formalizaron apuestas similares sobre este encuentro de la liga de fútbol femenino rumana, la cual no es muy popular en la provincia de Cádiz.

2. Marco legal de las apuestas deportivas online

Es indudable que nos encontramos ante un contrato de apuesta. Como nos ilustra el juez de Sanlúcar de Barrameda el art. 3.c de la Ley 13/2011 de 27 de mayo (RCL 2011/982), reguladora del juego, define la apuesta como "*aquella actividad de juego en la que se arriesgan cantidades de dinero sobre los resultados de un acontecimiento previamente*

determinado cuyo desenlace es incierto y ajeno a los participantes, determinándose la cuantía del premio que se otorga en función de las cantidades arriesgadas u otros factores fijados previamente en la regulación de la concreta modalidad de apuesta”. Concretamente, el artículo 3.1 de la citada norma define la apuesta deportiva como el “concurso de pronósticos sobre el resultado de uno o varios eventos deportivos, incluidos en los programas previamente establecidos por la entidad organizadora, o sobre hechos o actividades deportivas que formen parte o se desarrollen en el marco de tales eventos o competiciones por el operador de juego”. Como expone el juzgador, en el presente caso nos encontramos ante una apuesta deportiva de las denominadas “de contrapartida”, que es “aquella en la que el apostante apuesta contra un operador de juego, siendo el premio a obtener el resultante de multiplicar el importe de los pronósticos ganadores por el coeficiente que el operador haya validado previamente para los mismos” (art. 3.c.2).

Así, según el juez el contrato de apuesta es bilateral, oneroso y aleatorio, en el que cada una de las partes contrae una obligación consistente en abonar a la otra una cantidad de dinero, si bien, la efectividad de las prestaciones de las partes depende de un hecho futuro e incierto. Por tanto, como dice el juzgador la reciprocidad o sinalagma consiste más que en un intercambio efectivo de prestaciones en un intercambio de promesas para el caso de que se produzca un determinado resultado, de modo que cada una de las partes asume un riesgo a cambio del que asume la otra.

Por otra parte, explica el juez que el contrato de apuesta está regulado en cierta medida en el CC. En este sentido, reza el art. 1.798 CC al que remite el art. 1.799 CC que “la ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar; pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, a no ser que hubiese mediado dolo, o que fuera menor, o estuviera inhabilitado para administrar sus bienes.” Asimismo, conforme al art. 1.801 CC “el que pierde en un juego o apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente”, empero, “(l)a Autoridad judicial puede (...) no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego o en la apuesta sea excesiva, o reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia”. Por tanto, como manifiesta el juez de Primera Instancia el CC distingue entre juegos prohibidos y no prohibidos (lo mismo respecto de las apuestas, cfr. art. 1.799 CC), siendo permitidos conforme al art. 1.800 CC “los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza”. En suma, a juicio del juzgador queda claro que una apuesta relativa al resultado de un evento deportivo no puede considerarse prohibida.

En la misma línea razona el juez que la citada Ley 13/2011 incluye en su ámbito de aplicación [art. 2.1.a)] “las actividades de juego de loterías, apuestas y otras

cualesquiera, en las que se arriesguen cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables en cualquier forma, sobre resultados futuros e inciertos, y que permitan su transferencia entre los participantes, con independencia de que predomine en ellos el grado de destreza de los jugadores o sean exclusiva o fundamentalmente de suerte, envite o azar".

Pues bien, como dije, la apuesta objeto del pleito es de las nominadas de contrapartida. En este sentido el juez aclara que dichas apuestas deportivas de contrapartida se regulan de forma detallada en la Orden EHA 3080/2011 de 8 de noviembre (RCL 2011, 2063), cuyo anexo I contiene las reglas básicas a las que habrán de atenerse los operadores de juego, sin perjuicio de las competencias autonómicas en la materia (art. 1). Así, a tenor de su art. 6.1 *"el desarrollo y explotación de las apuestas deportivas de contrapartida se regirá por esta Reglamentación básica, por las disposiciones que en desarrollo de la misma dicte la Comisión Nacional del Juego, por los términos de la licencia singular otorgada y por las reglas particulares de cada juego elaboradas y publicadas por el operador."*

Por último, señala el juzgador que el art. 15.1.b) de la Ley 13/2011 reconoce a los participantes en los juegos incluidos en su ámbito de aplicación el derecho a *"cobrar los premios que les pudieran corresponder en el tiempo y forma establecidos, de conformidad con la normativa específica de cada juego"*; que igualmente, el art. 15 de la citada Orden EHA dispone en su apartado 1 que *"son acreedores de los premios los participantes que hubieran formalizado las apuestas que, de conformidad con el resultado del evento o eventos sobre los que se realizaron las apuestas y las reglas particulares del juego, hayan resultado premiadas"* y, en su apartado 2, que *"el operador queda obligado al pago de los premios obtenidos en las apuestas deportivas de contrapartida desde que sea conocido el resultado del evento o eventos sobre los que se realizaron las apuestas y procederá al pago de los premios a los participantes acreedores en los términos y condiciones fijados en las reglas particulares de cada juego."*

3. Resolución de la cuestión controvertida

Pues bien, afirma el juez de Primera Instancia que no se contradice por la operadora de juego demandada que el jugador formalizara las apuestas citadas, ni los términos en que ello se hizo; tampoco que el ganador del encuentro deportivo sobre el que versaba la apuesta el fuera el *"FC Targu Mures"*.

Por ello, para el juzgador es indudable la obligación de la operadora de juego de abonar la cantidad reclamada por el actor, resultante de la diferencia entre la cantidad que

correspondía abonar por las apuestas formalizadas en función de la cuota inicialmente fijada y la que efectivamente se pagó, resultado de anular dos de las apuestas y de corregir o moderar la cuota en las otras dos.

3.1. Carácter abusivo de la cláusula controvertida

Asevera el Juez que la demandada ha alegado que su *modus operandi* se ampara en la cláusula sexta de las condiciones generales del contrato de apuesta (es decir, en las "*reglas particulares del juego*" elaboradas por cada operador a las que se refiere el art. 6.1 de la referida Orden EHA).

El tenor literal de dicha cláusula es el siguiente: "*1. Bet365 no será responsable de ningún error relacionado con las apuestas, incluidos los casos en que: (i) bet365 haya establecido incorrectamente cuotas/hándicap/totales/importe de apuesta cerrada; (ii) bet 365 continúe aceptando apuestas a mercados cerrados o suspendidos; (iii) bet365 calcule incorrectamente o pague una cantidad determinada, incluidos los casos en los que una apuesta se cierre por el valor total de la cantidad determinada; o (iv) cualquier error que ocurra en un generador de números aleatorio o tablas de pago incluidas, incorporadas o utilizadas en cualquier juego o producto. 2. Cuota incorrecta: en el caso de que se detecte antes del comienzo, en directo o después de un evento, cualquier apuesta prevalecerá y se determinará a la cuota revisada de bet365. Se anularán las apuestas si las cuotas revisadas son menores de 1,001. Si hubiera tiempo suficiente antes del comienzo del evento, bet365 intentará por todos los medios ponerse en contacto con el cliente, y podría, a su absoluta discreción, permitir la cancelación de la apuesta*".

Ante esta tesitura el Juez examina si la cláusula que prevé la anulación o revisión unilateral de las cuotas es abusiva como arguye la actora. En este sentido afirma el juzgador que es evidente que la cláusula es una condición general de la contratación ex artículo 1 LCGC, ya que cumple los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. Por otro lado, para el juez también es obvio que el jugador es un consumidor ya que no consta que actuara en el ámbito de ninguna actividad comercial, empresarial o profesional, siendo el juego además una actividad fundamentalmente recreativa.

Refiriéndose ya el juzgador al posible carácter abusivo de la cláusula controvertida manifiesta que el artículo 85 TRLGDCU establece que son abusivas las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario, y en todo caso (apartado 3) las que "*reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso,*

que concurran motivos válidos especificados en el contrato”. Además, declara que el art. 89.2 TRLGDCU considera abusiva *"la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables"*.

A juicio del juzgador la polémica estipulación en su apartado dos –que es la que a su entender resulta aplicable al presente supuesto– es abusiva por las siguientes razones:

- (i) En primer lugar, porque vincula la determinación final del premio que ha de recibir el consumidor a la voluntad del empresario, ya que la demandada a su absoluta discreción puede revisar la cuota e incluso anular la apuesta siempre que detecte un error (*“o que diga que ha detectado un error, puesto que tampoco se establece mecanismo objetivo alguno de comprobación de que este error existe, que permita al consumidor contrastarlo, bastando, además, según la redacción de la cláusula, con que se intente la comunicación del mismo a dicho consumidor, antes de anular la apuesta”*);
- (ii) Además, la existencia de tal error no es un motivo válido para modificar o anular unilateralmente la apuesta después de aceptada por el consumidor y menos aún después de finalizado el evento deportivo, pues es también abusivo trasladar al consumidor las consecuencias de los errores cometidos por el empresario, máxime cuando no consta que se hayan establecido mecanismos que permitan objetivamente detectar y comprobar el error, ni tampoco los criterios conforme a los cuáles se fija o revisa la cuota;
- (iii) Asimismo, no consta que se conceda una prerrogativa similar al consumidor en el caso de que detecte que se ha equivocado al hacer su apuesta, y que se le permita incluso después de disputado el encuentro cancelar unilateralmente la misma, moderarla a su arbitrio o dejar de abonar a la operadora de juego la cantidad comprometida.

Por tanto, declara el juez que la cláusula mencionada genera en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante y contrario a la buena fe. Por ello, a su juicio, la cláusula es abusiva y por tanto nula ex art. 83 TRLGDCU, debiendo tenerse por no puesta, como si nunca hubiera existido. Consecuentemente, según el criterio del juez debe aplicarse lo dispuesto por el art. 14.3 de la Orden EHA 3080/2011, que establece que *"los premios de las apuestas deportivas de contrapartida se determinan por el resultado de los eventos deportivos establecidos en el programa de apuestas. Se entenderá que una apuesta deportiva ha resultado*

premiada cuando los pronósticos contenidos en la misma coincidan con el resultado considerado válido, de conformidad con las reglas particulares del juego" y, por el art. 13.4 de la misma Orden EHA según el cual "cada apuesta deportiva de contrapartida que se realice quedará vinculada al coeficiente vigente para esa apuesta en el momento de su realización y no se verá afectada por los cambios posteriores que pueda sufrir el coeficiente".

Finalmente, declara el juzgador que si el equipo por el que apostó el jugador es el ganador del encuentro resultará ganador de la apuesta, y si estaba fijada una cuota en el momento en que se formalizó la misma esa es la cuota vigente conforme a la cual se fijará el premio, sin que deba afectarle una variación posterior.

3.2. Posible abuso de derecho del consumidor

Manifiesta el juez que la casa de apuestas invocó el art. 7 CC ya que entiende que el consumidor actuó con abuso de derecho. No obstante, para el juez no existe abuso de derecho por parte del consumidor principalmente por lo siguiente:

A su juicio no es tan evidente que se tratara de un error. Según la demandada no tenía sentido favorecer al "*FC Targu Mures*" concediéndole una ventaja de 2,5 goles puesto que era un equipo mejor posicionado en la liga rumana de fútbol femenino que su contrincante, el "*Heniu Prundu Bargalui*", y aunque la documental que aporta efectivamente así lo demuestra (que había marcado más goles y había ganado más partidos en los encuentros deportivos previos), lo que no prueba es que esta información se pusiera a disposición del consumidor, ni que el demandante la conociera o tuviera por qué conocerla. Según el juez resulta factible que tal y como indicó el demandante en su interrogatorio simplemente viera una apuesta interesante con una cuota atractiva y decidiera apostar. Para el juzgador el hecho de que la liga rumana no fuese seguida por el demandante no es un indicio de que apostó a sabiendas de que existía un error, sino que más bien apoya la conclusión contraria, pues si el demandante no conocía gran cosa del desarrollo de esta liga no podía saber que el "*FC Targu Mures*" era el que tenía más posibilidades de ganar. Con todo, según el juez no es seguro que el "*FC Targu Mures*" fuese a ganar, pues, de hecho, el contrato de apuesta se caracteriza precisamente por la aleatoriedad o el riesgo, de modo que favorecer o no a dicho equipo no tenía por qué ser un error manifiesto, sino solo una apuesta más arriesgada. Tampoco es determinante al respecto que otros usuarios (no se ha acreditado que más de cinco) decidieran realizar la misma apuesta;

Por todo lo expuesto el juez de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, declarando la cláusula abusiva y condenando a la demandada a abonar al actor la cantidad reclamada.

4. Conclusión: La declaración de abusividad de una condición general no puede acarrear efectos perversos para el empresario si existe abuso de derecho en la conducta del consumidor

Pudiera ser que la cláusula enjuiciada, en abstracto, sea abusiva. Ya no en virtud del artículo 85.3 TRLGDCU por reservar *“a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato”*, porque en mi opinión existe un motivo válido para ello, como puede ser un error en el software informático del operador de juego que provoque la determinación de una cuota de forma incorrecta, es decir, de forma incongruente en relación a las posibilidades de victoria de uno u otro equipo; sino a tenor del artículo 89.2 TRLGDCU que considera abusivas la cláusulas que transmitan *“al consumidor y usuario las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables”*, ya que es incontestable que un error en el programa informático de la casa de apuestas no es achacable al consumidor, ni puede perjudicarlo.

No obstante, la alegación por parte del demandado referente a la existencia de abuso de derecho en la actuación del consumidor es acertada. La jueza de Sanlúcar de Barrameda desconoce por completo el modo de proceder de los jugadores en plataformas de apuestas deportivas en línea. En primer lugar, es evidente que un operador de juego en la modalidad de hándicap asiático no va a conceder una ventaja de goles a un equipo claramente favorito (como quedó acreditado en el acto del juicio), simplemente porque “perdería” la mayoría de estas apuestas de contrapartida en atención a los axiomas matemáticos probabilísticos, lo que evidencia que es un error manifiesto por parte de la casa de apuestas.

Por otra parte, la jueza cimienta la ausencia de abuso de derecho por parte del consumidor en que el operador de juego no proporcionó a aquel la información relativa a la mejor posición de uno u otro equipo, por lo que no tenía por qué conocer esta ventaja o desventaja. Este argumento carece de discreción. Los jugadores en plataformas de apuestas deportivas *online* tienen los medios suficientes (solo es necesario un smartphone con conexión a internet) para conocer el rendimiento de cualquier equipo, incluso los pertenecientes a la liga femenina de la segunda división de Kazajistán, si es que la hay. A mayor abundamiento cuando es un jugador asiduo y experimentado como el del presente pleito (es evidente que un jugador poco habitual no va a realizar apuestas por un importe de 800 euros aproximadamente). Por tanto, carece de rigor el aserto de la jueza

que dice que el jugador “*no podía saber que el FC Targu Mures era el que tenía más posibilidades de ganar*”, porque de facto lo conocía y por eso hizo seis apuestas con un importe total relativamente elevado a ojos de un jugador medio.

Un jugador que actúa con mala fe o abuso de derecho (art. 7 CC) no puede quedar amparado por la normativa tuitiva de los consumidores, por vulnerar su comportamiento la finalidad o espíritu de la norma. Consecuentemente, la declaración de abusividad de la cláusula controvertida no puede llevar aparejada efectos negativos para la casa de apuestas. Con la aplicación de la cuota en consonancia con la probabilidad real de victoria del “*FC Targu Mures*” el consumidor ya se ha embolsado dinero (10,43 euros) y no puede pretender “ganar” más de lo que hubiera obtenido con un funcionamiento normal del sistema informático de la operadora de juego acorde con la probabilidad real de victoria del equipo de fútbol femenino rumano. Cuestión distinta sería que el jugador hubiera apostado por el equipo que ostentaba menos probabilidades de victoria, ganando la apuesta y siendo finalmente anulada o recalculada por el operador de juego. En esta hipótesis no habría mala fe o abuso de derecho en la actuación del jugador y la declaración de abusividad de la cláusula tendría los efectos “normales”, debiendo el operador de juego satisfacer al consumidor el importe de la apuesta con aplicación de la cuota inicialmente fijada.