



LA FACULTAD DE DESISTIMIENTO *AD NUTUM* EJERCIDA POR EL EMPRESARIO NO ES UN SUPUESTO DE CLÁUSULA ABUSIVA: EL CASO DEL CONTRATO DE JUEGO *

*Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria núm. 246/2024 de
17 de abril (JUR 2024\136050)*

Helena Palomino Moraleda **
*Profesora Ayudante de Derecho civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 21 de septiembre de 2024

1. HECHOS

Desde el año 2015 el demandante era usuario de las apuestas gestionadas por la entidad demandada, quien actúa en el tráfico con el nombre de Bet365. El 20 de abril de 2016, la mercantil limitó las apuestas del demandante, quien interpuso una demanda frente a dicha resolución. La controversia se resolvió mediante sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria que acordó la revocación de la decisión de la casa de apuestas, anulando las restricciones impuestas y obligando reconocer el derecho del consumidor a participar como apostante sin límite.

* Este trabajo es parte del Proyecto de I+D+i PID2021-128913NB-I00, titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa” dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato, del Proyecto de Investigación SBPLY/23/180225/000242 “El reto de la sostenibilidad en la cadena de suministros y la defensa del consumidor final” cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, en el marco del Programa Operativo de Castilla-La Mancha 2021-2027, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Carretero García y de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado “Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible”, con Ref.: 2022-GRIN- 34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana.

**ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3196-3251>



Años más tarde, el 22.10.2020 la mercantil envió un nuevo correo al usuario para informarle del cierre de su cuenta de apuestas, conforme a lo establecido en la cláusula B.4.4 de las condiciones generales que regían el contrato. Pasados 14 días naturales desde la comunicación, el contrato sería resuelto y se cerraría la cuenta. De esta manera, el 7.11.2020 se comunicó al usuario que la cuenta había sido cerrada y “cualquier saldo disponible había sido retirado al método de pago activo de su cuenta”. El usuario interpuso demanda ejecutiva ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Santander con el fin de rehabilitar su cuenta, sin embargo, se dictó auto estimando los motivos de oposición alegados por la ejecutada. La AP de Cantabria desestimó también el recurso de apelación.

Con el fin de rehabilitar su cuenta, el usuario interpuso demanda contra la entidad de apuestas solicitando la declaración de nulidad de la cláusula B.4.4. El JPI núm.6 de Santander desestima la petición entendiendo que el contrato bilateral es de duración indefinida, por lo tanto, ambas partes tienen la facultad de resolverlo de forma unilateral sin alegar causa justificada. La cláusula que pretende anularse no hace sino plasmar esta facultad. Contra esta sentencia fue interpuesto recurso de apelación por la demandada que tampoco es acogido por la AP de Cantabria. Analizamos los fundamentos jurídicos de esta decisión.

2. SENTENCIA DE APELACIÓN

2.1 Naturaleza del contrato

Estamos ante un contrato de juegos, en su modalidad de apuesta deportiva de contrapartida, definida por la Ley 13/2011 de 27 de mayo, de regulación del juego cómo:

“Apuesta de contrapartida: 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.”

Para realizar estas apuestas debe darse de alta cómo usuario en la página web que gestiona la empresa demandada, donde se encuentran las condiciones generales del contrato que ponen de relieve las obligaciones de cada parte. El punto 4 de estas CGC recoge lo relativo a la suspensión y cierre del registro del usuario, en concreto, el apartado 4.4 reza “Cierre voluntario del registro del usuario”:

“(a) Usted tiene derecho a cerrar su registro de usuario en cualquier momento, siempre que su correspondiente cuenta de juego no muestre un saldo acreedor, lo cual puede



sucedier únicamente en caso de error que será subsanado en cuanto bet365 tenga conocimiento de la incidencia, el cliente deberá ponerse en contacto con nosotros para solicitar el cierre de su registro de usuario, en cuyo caso le enviaremos el saldo de su cuenta de juego mediante un método de pago determinado por nosotros. Podemos exigirle qué aporte prueba que acredite su identidad antes de enviarle los fondos.

(b) Conforme al artículo 85.4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, bet365 tiene derecho a cerrar su registro de usuario en cualquier momento dándole a usted un preaviso razonable de 14 días."

2.2 Resolución “*ad nutum*”

Ha quedado expuesto, previamente, en los hechos que la pretensión del demandante es la declaración de nulidad de la cláusula en la que se basa la decisión de la mercantil de resolver el contrato. Como apunta la jurisprudencia, es posible analizar la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de juego en su modalidad de apuestas deportivas de contrapartida:

“El Tribunal Supremo en sentencia de 6 marzo de 2020 y 11 de marzo de 2021 dice: el hecho de que la normativa administrativa, en concreto la citada Orden EHE/3080/2011, al reglamentar las reglas básicas a las que habrán de atenerse los operadores para el desarrollo y explotación de las apuestas deportivas de contrapartida, prevea que existan reglas particulares elaboradas por estos operadores, que además deberán ajustarse a esa reglamentación administrativa, no significa que estas reglas particulares vertidas en el condicionado general no puedan ser susceptibles de un control de abusividad.” Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª) de 11 de julio de 2023.¹

Si bien, la AP de Cantabria señala en la sentencia objeto de análisis que para anular una cláusula que se considere como abusiva será necesario que la misma sea contraria al ordenamiento jurídico y a la interpretación que del mismo se ha hecho por la jurisprudencia. La LGDCU considera condiciones abusivas aquellas que causan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante y contrario a la buena fe; recogidas en los arts. 82 y ss., contemplando los arts. 85 y 87 aquellas que en todo caso deben ser consideradas abusivas.

¹ Sentencia Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª) núm. 431/2023 de 11 julio. (JUR 2023\363022).



En lo que interesa al caso, el art. 85.4 tilda cómo abusiva la cláusula que “autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculden a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.” Y en el mismo sentido el 87.3: “La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad.”

La cláusula controvertida reconoce al usuario el derecho a cerrar su registro en cualquier momento al igual que al empresario bajo la condición de que lo comunique con una antelación de 14 días. Ninguna de las partes deberá alegar motivo alguno. Lo que contempla esta cláusula es la facultad de resolución unilateral denominada *ad nutum*. En los contratos con una duración indeterminada, cómo es el objeto de litigio, la doctrina ha admitido el derecho de las partes a una ruptura unilateral, sin oponerse ello al art. 1256 CC. Así lo ha reconocido también la jurisprudencia, recientemente la Audiencia Provincial de Valencia en sentencia de 16.01.2024 resolvió confirmando la validez de la cláusula sobre la que se discute en el presente caso (B 4.4) de las CGC que rigen la relación entre la casa de apuestas online y el usuario. En la resolución estableció que “esta facultad, vinculada a las normas generales de resolución previstas en el Código Civil, es bilateral, de modo que no cabe hablar de cláusula abusiva, ni de desequilibrio del demandante.”² El contrato de apuesta deportiva online no tiene por objeto un bien de necesidad básica, su limitación o suspensión no perjudica económicamente al consumidor.

Las relaciones contractuales de duración indeterminada son válidas, pero conforme a nuestra tradición jurídica debe admitirse la imposibilidad de reputarlas perpetuas, asistiendo a los contratantes la facultad de liberación de estas mediante la resolución unilateral condicionada a los parámetros de buena fe. Las partes no deben permanecer indefinidamente vinculadas. Este condicionamiento de la resolución a la buena fe viene estrechamente relacionado con el plazo de preaviso que pretende evitar una sorpresa en la relación obligacional y con el fin de que la contraparte proteja sus intereses. Sin embargo, la falta de preaviso no impide la extinción del vínculo, aunque si puede dar lugar a una indemnización si se han ocasionado daños y perjuicios.

La Audiencia Provincial de Madrid se pronunció en diciembre de 2023 en la misma línea, declarando que “sin perjuicio del derecho al juego, lo cierto es que ello no otorga *per se*

² En el mismo sentido, STS de 11.01.1984 y 19.12.1985, que vienen a ratificar la sentencia del TS de 16.11.2016.



un derecho subjetivo que pueda ser exigido frente a nadie ni tampoco deja al arbitrio del jugador mantener permanentemente una relación contractual indefinida.”

También la Audiencia Provincial de Vizcaya resolvió un asunto similar en noviembre de 2022 con el mismo resultado, determinando que la relación contractual entre usuario y la casa de apuestas online es individual y no colectiva. El hecho de que la mercantil ofrezca sus servicios a un conjunto de personas no condiciona el análisis de la relación contractual en un marco general, conforme al principio de relatividad de los contratos art. 1257 CC.

Los argumentos anteriores llevan a la Audiencia Provincial de Cantabria a desestimar el recurso de apelación interpuesto por el usuario. La cláusula objeto de litigio no es considerada abusiva toda vez que faculta a ambas partes del contrato – concertado por tiempo indefinido- a resolverlo.

No debe confundirse estos supuestos, en los que se reconoce el derecho a resolver unilateralmente el contrato, con los supuestos en los que el empresario interpreta o modifica unilateralmente los contratos. La AP describe estos contratos como “marco” pues es cada apuesta realizada la que tiene trascendencia a la hora de determinar posibles perjuicios. Así, no podría aceptarse la resolución de un contrato después de haberse efectuado una apuesta sin conocer aun su resultado. Pero sí es posible no aceptar más apuestas con una persona determinada.

La resolución *ad nutum* no exige prueba alguna más allá de la comunicación de la decisión y el cumplimiento del plazo de preaviso si se hubiera establecido en las CGC. A diferencia del supuesto de suspensión del usuario cuando este hubiera cometido un acto colusorio o fraudulento (supuesto recogido en la CGC B.4.2) en los que es necesario acreditar que el comportamiento ha sido contrario a la buena fe negocial.

3. COMENTARIO

La cláusula sobre la que el usuario pretendía la nulidad no es más que una constatación de que este puede separarse cuando quiera del contrato y la mercantil puede cerrar la cuenta cuando lo desee. El contrato y todas sus prestaciones son perfectamente válidas, pero en él se reconoce un derecho de desistimiento *ad nutum*.

En el marco de un contrato de duración indeterminada es admitido por la doctrina y jurisprudencia de forma homogénea, que este tipo de obligaciones son contrarias a la libertad propia de la relación obligacional. Así lo muestra el art. 1583 CC “*El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo*” o el art. 1705 CC “*La disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando*



no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio". También lo recoge el art. 62.3 LGDCU "*En particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato*". El plazo indefinido en las relaciones obligacionales faculta para resolver unilateralmente sin necesidad de justificar la causa.

La cláusula controvertida recoge una facultad que la Ley y jurisprudencia reconocen cómo intrínseca a las relaciones obligaciones de carácter indefinido. Un derecho que asiste a las partes y cuyo reconocimiento en las CGC no supone una abusividad por parte de la empresa. El art. 85.4 LGDCU contempla un supuesto distinto que el de los hechos que la sentencia analizada juzga. En este precepto se califica cómo abusiva la cláusula por la que se autorice al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada cuando el consumidor no tenga la misma facultad o cuando, en el caso de los contratos de duración indefinida, se pueda resolver en un plazo desproporcionalmente breve o sin mediar previo aviso. En los mismos términos el art. 87.3 LGDCU señala cómo abusiva la cláusula que permita al empresario resolver discrecionalmente y no haga lo propio a favor del consumidor.

Del conjunto de estos artículos observamos que lo que se busca es que ambas partes del contrato tengan reconocidas la misma facultad de resolución unilateral, cómo muestra del principio contractual del art. 1256 CC. Una parte del contrato no puede resolverlo cuando desee, al menos que esté facultado por el propio contrato o por la Ley. Así, en los contratos de duración indeterminada sí está reconocida la facultad de resolución *ad nutum* pues las obligaciones no pueden ser perpetuas. Están facultados para ejercer este desistimiento unilateral ambas partes, pero, además, en materia de consumidores se ha querido recoger expresamente este principio y determinado que será abusivo (arts. 85.4 y 87.3 LGDCU) las cláusulas que restrinjan esta facultad solo a favor del empresario o le faculten para que haga uso de ella sin informar, en un plazo razonable, al consumidor. Pero nunca será abusivo lo contrario, cómo pretendía el usuario de la casa de apuestas. La cláusula objeto de litigio contempla la facultad de resolver unilateralmente a favor de ambas partes y, además, impone un plazo de 14 días para que el empresario informe al consumidor cuando desee ejercerlo. Nada de abusivo hay en ello sino un reconocimiento de una facultad que la ley y la jurisprudencia contemplan.