

LA PROTECCIÓN DEL USUARIO EN EL JUEGO ONLINE

USER PROTECTION IN ONLINE GAMING

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 714-731



Marta VIEDMA
ANSA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: En los últimos años se ha producido un impresionante auge de las actividades relacionadas con el contrato de juego y apuesta, especialmente en la modalidad online. En la oferta masiva de juegos, las empresas comercializan la participación y son ellas las que diseñan y estructuran las ganancias y pérdidas, limitándose los participantes (consumidores), simplemente a adherirse a la oferta. La mecánica de estos contratos de adhesión, a largo plazo, solo beneficia a los operadores de juegos de azar, situando a los participantes en una situación de desequilibrio respecto al operador. Por todo lo expuesto, es necesario aspirar a una normativa integral para que los operadores en sus actuaciones y en la redacción de las cláusulas y Condiciones Generales, atiendan a los principios de legalidad, de información, de utilidad de la información y de responsabilidad.

PALABRAS CLAVE: Alea, Azar, Cláusula abusiva, Contrato de adhesión, Ley del Juego, Juego online.

ABSTRACT: *The work studies user protection in online gambling contracts. In recent years, there has been an increase in activities related to the gambling and betting contract, especially in the online mode. In the massive offer of gambling and betting, the companies commercialize the participation, and design and structure the gains and losses. The participants (consumers) just stick to the offer. The mechanics of these adhesion contracts, in the long term, only benefit gambling operators, placing the participants in a situation of imbalance with respect to the operator. Therefore, it is necessary to aspire to comprehensive regulations so that operators, in their actions and in the drafting of the clauses and General Conditions, act in accordance with the principles of legality, information, usefulness of information and responsibility.*

KEY WORDS: Alea, Abusive clause, Adhesion contract, Gambling law, Gaming, Online gambling.

SUMARIO.- I. JUEGO Y AZAR. II. CONTEXTO NORMATIVO III. EL FACTOR DEL AZAR EN LOS CONTRATOS ALEATORIOS IV. PROBLEMÁTICA EN TORNO AL CONTRATO DE JUEGO: EL CONTRATO DE ADHESIÓN. V. LA PROTECCIÓN DEL USUARIO EN LAS COMUNICACIONES COMERCIALES DE LAS ACTIVIDADES DE JUEGO HACIA UNA NORMATIVA INTEGRAL EN LA PROTECCIÓN DEL USUARIO EN EL JUEGO ONLINE

I. JUEGO Y AZAR

En los últimos años se ha producido un impresionante auge de las actividades relacionadas con el contrato de juego y apuesta tanto en las modalidades presencial como online, siendo esta última la que ha experimentado un enorme repunte. Muchos factores inciden en este incremento de la contratación de juegos, apuestas y azar en general: la publicidad, la liberalización del sector, la facilidad de acceso online, el cambio en la percepción del deporte y de la comercialización de sus resultados, la pérdida de la calificación de actividades prohibidas... Además, con el tiempo, el juego y la apuesta que podían tener un componente social y puramente lúdico, han ido perdiendo esa connotación y hoy la motivación primordial del que participa en el juego se encuentra en el aspecto económico y no en el aspecto social¹.

Desde una perspectiva sociológica, puede decirse que coexisten en la sociedad dos visiones del juego; para la primera el juego se percibe como un mero entretenimiento que permite entablar relaciones sociales positivas y dar cauce al desarrollo de habilidades personales de diversa índole. Según una segunda perspectiva el juego en los adultos se entiende como una práctica inútil y generadora de desasosiegos y problemas y de escasa o nula satisfacción duradera. Estas dos visiones se corresponden con dos realidades en el ámbito del juego; las separa la misma línea que diferencia el juego responsable del que no lo es y también la que separa el juego saludable del juego problemático que puede llegar a ser patológico².

La generalización de las modernas tecnologías de la información ha situado en la mano de casi todos los ciudadanos la posibilidad de acceder a múltiples formas de juego online, con apuesta o sin ella, con dinero o sin él. Casinos siempre

1 ALGARRA PRATS, E.: *El contrato de juego y apuesta*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 11 – 15.

2 BARROSO BENÍTEZ, C.: *Las bases sociales de la ludopatía* (tesis doctoral), Universidad de Granada, 2003, pp. 127-128.

Disponible en: <https://digibug.ugr.es/handle/10481/635>, última vez consultado el 15 de noviembre de 2021.

• **Marta Viedma Ansa**

Investigadora predoctoral

Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Pública de Navarra

viedma.106182@e.unavarra.es

abiertos y accesibles desde cualquier espacio o lugar con internet representan un escenario abonado para la masiva participación en juegos y apuestas.

Cuando el juego empieza a suscitar la ilusión de un rápido y fácil enriquecimiento y evoca formas de rivalidad en las que el jugador se siente atraído por la tensión que mezcla sanción y recompensa y en la que el azar aparece como un elemento especial, que el jugador cree poder controlar y hasta ganar, se está ya en el territorio del juego problemático. Los problemas del juego se presentan normalmente en los juegos de azar con remuneración económica y en general puede decirse que el carácter oneroso es el factor que precipita su conversión en anómalo.³

El juego en general es cualquier actividad en la que un individuo arriesga un objeto o algo de valor, por lo general, dinero, a cambio de la posibilidad de conseguir otro objeto o dinero de valor superior. La Dirección General del Juego define el juego como la actividad en la que, con el fin de obtener premio, se arriesga dinero u otros objetos económicamente evaluables sobre resultados futuros e inciertos dependientes, en alguna medida, del azar y con independencia de que predomine en ellos el grado de destreza de los jugadores⁴. En casi todos los tipos de juegos intervienen factores de azar, pero en los juegos de técnica el respeto a unas reglas, la capacidad y el entrenamiento de los participantes son determinantes del resultado⁵. En el juego profesional es un jugador de ventaja el que dispone de información privilegiada (un corredor de apuestas en carreras de caballos o un corredor de la bolsa de valores), los riesgos están medidos y limitados y la disciplina es central, por lo cual la destreza del sujeto ocupa un lugar prioritario respecto al factor azar.

Es sólo en los juegos que son estrictamente de azar –de absoluta alea- donde existe una independencia entre la conducta del sujeto y el éxito o fracaso final. Y son precisamente estos juegos en los que el azar juega un mayor papel (o todo) aquéllos que despiertan mayor atractivo y en los que las probabilidades de entrar

3 GARCÍA RUIZ, P.: et al., “Consumos de riesgo: menores y juegos de azar online. El problema del “juego responsable”, *Política y Sociedad*, vol. 53, núm. 2, 2016, p. 562: Sin duda, los juegos de azar generan beneficios económicos para el Estado, ya sea por los ingresos procedentes de impuestos o por la creación de puestos de trabajo. Pero tales beneficios llevan asociados diversos tipos de costes no sólo económicos sino también sociales. Entre estos cabe destacar, por un lado, problemas asociados al juego en general, que incluyen conductas delictivas, como el fraude y la malversación, y también una mayor incidencia de suicidios, rupturas familiares, suspensiones de pagos, quiebras, etc.; y, por otro lado, problemas asociados al juego patológico, como el mayor riesgo de padecer alcoholismo, de cometer delitos relacionados con drogas o de violencia doméstica”.

4 En definición de la Dirección General de Ordenación del Juego (DCOJ) de España: Juego es la actividad en la que, con el fin de obtener premio, se arriesga dinero u otros objetos económicamente evaluables sobre resultados futuros e inciertos dependientes, en alguna medida, del azar y con independencia de que predomine en ellos el grado de destreza de los jugadores.
Disponible en <https://www.ordenacionjuego.es/es/juego-participantes>, última vez consultado el 15 de noviembre de 2021.

5 Así, por ejemplo, en el ajedrez, el azar se limita a la posibilidad de jugar blancas o negras; el resto es habilidad, técnica e inteligencia.

en el juego problemático se incrementan. La creencia de tener alguna posibilidad de conocer el resultado del azar sea por la vía de un “cálculo de probabilidades” o por la de la mera superstición, suscita un mágico atractivo en muchos jugadores que erróneamente perciben que tienen más probabilidades que los demás participantes en el juego⁶.

El auge de la participación en juegos de azar y apuestas y la proliferación de los cauces por los que se puede tener acceso a participar en los mismos, ha revelado una problemática preocupante que se manifiesta fundamental aunque no únicamente en los jóvenes⁷. El usuario, merece ante un panorama como el que hoy presenta el juego en España una atención especial.

II. CONTEXTO NORMATIVO

En España la concepción del juego ha cambiado de forma sustancial. El contrato de juego y apuesta presenta en la actualidad una regulación en el Código civil (arts. 1798 a 1801) desfasada y desbordada por la regulación del juego en Ley especial, en concreto por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego (LRJ).

El objeto de esta Ley es la regulación de la actividad de juego en sus distintas modalidades, que se desarrolle en el ámbito estatal con el fin de garantizar la protección del orden público, luchar contra el fraude, prevenir conductas adictivas, proteger los derechos de los menores y salvaguardar los derechos de los participantes en los juegos. Regula, en particular, la actividad de juego cuando se realiza a través de canales electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, en la que los medios presenciales tienen un carácter accesorio, es decir, regula principalmente las actividades de juego que se realizan en la modalidad online.

La LRJ protege al usuario mediante la limitación o prohibición de determinadas actividades privadas. En su artículo 6 apartado primero, recoge tres supuestos de prohibición objetiva de actividades de juego. En primer lugar, aquellas actividades que por su naturaleza o por la razón de su objeto, atenten contra la dignidad de las personas, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, contra los derechos de la juventud y de la infancia o contra cualquier derecho o libertad reconocido constitucionalmente. En segundo lugar, las actividades que se

6 En el juego patológico, o ludopatía, la actividad parece dirigida a controlar las leyes del azar, es recurrente y origina en forma progresiva diferentes trastornos en la vida personal y social del sujeto afectado.

7 MEGÍAS QUIRÓS, I.: “Jóvenes, juegos de azar y apuestas, una aproximación cualitativa”, *FAD, Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud*, Madrid, 2020, p. 7.

Disponible en: <https://www.adolescenciayjuventud.org/publicacion/jovenes-juegos-de-azar-y-apuestas/>, última vez consultado el 15 de noviembre de 2021.

Asimismo, PÉREZ CAMARERO, S.: “Juventud y juegos de azar. Una visión general del juego en los jóvenes”, *Instituto de la Juventud*, Madrid, p. 3.

Disponible en: <http://www.injuve.es/observatorio/ocio-y-tiempo-libre/juventud-y-juegos-de-azar-una-vision-general-del-juego-en-los-jovenes>, última vez consultado el 15 de noviembre de 2021.

fundamenten en la comisión de delitos, falta o infracciones administrativas. Y, por último, aquellas que recaigan sobre eventos prohibidos por la legislación vigente.

Además, en su apartado segundo, se ha dado un paso más y se ha recogido una lista de consideraciones subjetivas, con el fin de proteger a algunos grupos de usuarios de los efectos perniciosos del juego, y, con el objetivo de perseguir la integridad del mismo, evitando que aquellos que están directamente implicados en el juego puedan participar y empañar, en su caso, la limpieza de las competiciones o del papel fundamental del regulador del juego.⁸ Por ello, desde un punto de vista subjetivo, se prohíbe la participación en los juegos objeto de la LRJ a:

Los menores de edad y los incapacitados legalmente o por resolución judicial, de acuerdo con lo que establezca la normativa civil, y las personas que voluntariamente hubieren solicitado que les sea prohibido el acceso al juego o que lo tengan prohibido por resolución judicial firme.

Los accionistas, propietarios, partícipes o titulares significativos del operador de juego, su personal directivo y empleados directamente involucrados en el desarrollo de los juegos, así como sus cónyuges o personas con las que convivan, ascendientes y descendientes en primer grado, en los juegos que gestionen o exploten aquéllos, con independencia de que la participación en los juegos, por parte de cualquiera de los anteriores, se produzca de manera directa o indirecta, a través de terceras personas físicas o jurídicas.

Los deportistas, entrenadores u otros participantes directos en el acontecimiento o actividad deportiva sobre la que se realiza la apuesta, y los directivos de las entidades deportivas participantes u organizadoras respecto del acontecimiento o actividad deportiva sobre la que se realiza la apuesta.

Los jueces o árbitros que ejerzan sus funciones en el acontecimiento o actividad deportiva sobre la que se realiza la apuesta, así como las personas que resuelvan los recursos contra las decisiones de aquellos.

El presidente, los consejeros y directores de la Comisión Nacional del Juego, así como a sus cónyuges o personas con las que convivan, ascendientes y descendientes en primer grado y a todo el personal de la Comisión Nacional del Juego que tengan atribuidas funciones de inspección y control en materia de juego. Y, por último, cualesquiera otras personas que una norma pueda establecer.

Con el fin de garantizar la efectividad de las prohibiciones subjetivas, recae en la Comisión Nacional del Juego, el establecimiento de las medidas que, de

8 AA.VV.: *En torno al Juego de Azar. Actividad, Regulación y Actores* (dirigido por ALBERTO PALOMAR OLMEDA), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 396.

acuerdo con la naturaleza del juego y potencial perjuicio para el participante, puedan exigirse de los operadores para la efectividad de las mismas.

Por su parte, en la normativa que rige la defensa de consumidores y usuarios se hace referencia expresa al juego online en sede de contratos a distancia. Expresamente el art. 93 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su apartado c) excluye de su ámbito de aplicación sobre contratos celebrados a distancia: “los contratos de actividades de juego por dinero que implique apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, los juegos de casino y las apuestas”. Por lo que la protección de los consumidores en el juego online se regula actualmente por los principios que recoge el art. 8 de la Ley del Juego⁹. Este precepto titulado “La protección de los consumidores y políticas de juego responsable” dispone una serie de principios que deberán tenerse en cuenta para la explotación de los juegos online. No aporta nada más, dejando la responsabilidad de la elaboración y el cumplimiento de dicho mandato (con abundantes conceptos jurídicos indeterminados) en manos de la industria del juego. Por otro lado, el art. 7 de la LRJ remite, en materia de publicidad de los juegos online, a la aprobación de un reglamento posterior para establecer las condiciones de la actividad publicitaria y sus límites.

Por ello, sin perjuicio del marco normativo y de corregulación preexistente, resultó necesario desarrollar el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego, con el fin de reforzar la exigibilidad y el alcance material del marco actualmente aplicable a las actividades publicitarias de la totalidad de los operadores de juego de ámbito estatal, y a las actuaciones en materia de juego seguro o responsable llevadas a cabo por estas entidades. Esta norma tiene por objeto el desarrollo de los artículos 7 y 8 de la Ley 13/2011 de 27 de mayo, de regulación del juego, y responde a una clara vocación de protección de la salud pública, de los menores de edad, de los consumidores y de la sociedad en su conjunto.

9 Artículo 8 LRJ. La protección de los consumidores y políticas de juego responsable.

1. Las políticas de juego responsable suponen que el ejercicio de las actividades de juego se abordará desde una política integral de responsabilidad social corporativa que contemple el juego como un fenómeno complejo donde se han de combinar acciones preventivas, de sensibilización, intervención y de control, así como de reparación de los efectos negativos producidos.

Las acciones preventivas se dirigirán a la sensibilización, información y difusión de las buenas prácticas del juego, así como de los posibles efectos que una práctica no adecuada del juego puede producir.

Los operadores de juego deberán elaborar un plan de medidas en relación con la mitigación de los posibles efectos perjudiciales que pueda producir el juego sobre las personas e incorporarán las reglas básicas de política del juego responsable. Por lo que se refiere a la protección de los consumidores:

a) Prestar la debida atención a los grupos en riesgo.

b) Proporcionar al público la información necesaria para que pueda hacer una selección consciente de sus actividades de juego, promocionando actitudes de juego moderado, no compulsivo y responsable.

c) Informar de acuerdo con la naturaleza y medios utilizados en cada juego de la prohibición de participar a los menores de edad o a las personas incluidas en el Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego o en el Registro de Personas Vinculadas a Operadores de Juego.

2. Los operadores no podrán conceder préstamos ni cualquier otra modalidad de crédito o asistencia financiera a los participantes.

III. EL FACTOR DEL AZAR EN LOS CONTRATOS ALEATORIOS

Juego y apuesta se ubican en el Tit. XIII d el Lib. IV CC bajo la denominación de los contratos aleatorios o de suerte. En ese título se engloban el contrato de alimentos, el de renta vitalicia, el juego y la apuesta. Fuera de esta ubicación es también contrato aleatorio el contrato de seguro regulado por normas mercantiles. Aun siendo una categoría artificial, es cierto que en todos ellos existe como elemento determinante y eje estructural de sus regímenes el elemento aleatorio.

Todos los juegos presentan desde luego la característica de que la prestación patrimonial del jugador está subordinada a la verificación de un hecho futuro e incierto. Este evento -que puede depender exclusivamente de la suerte o quizá también de la suerte y de la habilidad del jugador-, constituye el riesgo, el alea del contrato.

En algunos contratos aleatorios -significativamente el contrato de seguro- el riesgo asegurado existe antes de la conclusión del contrato y el alea sólo estriba en la fecha de la producción de ese riesgo lo cual provocará una incidencia negativa sobre el patrimonio de uno de los contratantes (en el seguro de vida, la muerte del asegurado). En el contrato de renta vitalicia el alea afecta al momento cronológico de la muerte de la persona: la prestación de la renta se prolongará mientras el rentista siga vivo -elemento incierto-.

Sin embargo, en el juego de azar el riesgo se crea artificialmente por las partes en cuanto que son las partes mismas las que al empezar a jugar crean la posibilidad de una ganancia o de una pérdida¹⁰. En la oferta masiva de juegos, la empresa comercializa la participación en juegos y es ella la que diseña y estructura ganancias y pérdidas, limitándose el participante (consumidor) simplemente a adherirse a la oferta. Pero en cualquier caso el alea afecta a la percepción misma de una eventual contraprestación y al importe de su cuantía. No hay un evento que no se sabe cuándo se cumplirá, sino que la incertidumbre versa sobre el hecho mismo de que se cumpla un evento (que gane tal o cual equipo, que salga uno u otro número de la lotería, que coincidan dos o más dibujos de la máquina "tragaperras" ...)

Las propias características del juego de azar tal como se presentan en la actualidad provocan una percepción errónea de la actividad misma y de sus consecuencias económicas. Es difícil para el usuario contar con una información real y un conocimiento exacto de cómo se desenvuelve y funciona la apuesta. A ello se une que las estrategias publicitarias y de marketing ocultan la exclusiva finalidad recaudatoria de algunos juegos y se muestren de una manera amable con

¹⁰ IURILLI, C.: *I Contratti di gioco e scommessa all'epoca del disturbo da gioco*, Roma, Wolters Kluwer, 2020, citando a BUTTARO, L., "Del Giuoco e della Scommessa", en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 22.

los potenciales jugadores. Es por ello que cuanto más se juegue, más probabilidad se tiene de perder, que es algo que los jugadores suelen obviar, o incluso negar, como mecanismo justificador de su problemática.

No puede perderse de vista que el juego sirve a una necesidad psicológica para toda persona en la medida en que permite descargar ansiedad, facilita la huida respecto de otras preocupaciones y suministra una necesaria y grata excitación. Lo que para un individuo con plena capacidad y libertad estos efectos no tienen en principio que suponer un problema, puede implicar un gran factor de riesgo en personas que no son capaces de controlar –por falta de entera consciencia o de total libertad- el recurso fácil a estos cauces de gratificación¹¹. Tener una inicial experiencia ganadora es un factor determinante en el juego, al igual que la participación en formas continuas de juego que pueden proporcionar una alta frecuencia de refuerzo en un corto periodo de tiempo (máquinas recreativas, loterías continuas...).

A partir de aquí podría entrarse en el terreno más grave y preocupante de la ludopatía que por su amplitud, complejidad y especificidad no puede ser objeto de esta comunicación. Pero no cabe duda de que cualquier solución normativa que se adopte para proteger al usuario frente al juego de azar ha de tener en mente ese eventual panorama.

Es preciso además llevar a cabo una tarea de coordinación de las normas reguladoras del juego en España con el fin de lograr un régimen coherente que proteja a los consumidores. Y es que su protección se hace necesaria no sólo desde una perspectiva patrimonial o económica (pueden existir pérdidas patrimoniales de notable importancia) sino desde una perspectiva de salud¹².

IV. PROBLEMÁTICA EN TORNO AL CONTRATO DE JUEGO: EL CONTRATO DE ADHESIÓN

En la oferta y comercialización masiva de juegos, las empresas unilateralmente diseñan el modo de participación y estructuran las ganancias y pérdidas, limitándose los participantes (consumidores) -que rara vez leen los términos y condiciones de contratación- simplemente a adherirse a la oferta.

11 En este sentido, JURILLI, C.: *I Contratti*, cit., p. 276, opina que “Anche talune pronunce di merito con cui si attribuisce rilevanza al llamado rischio “di impulsività” che determinerebbe una tendenza al coinvolgimento ed alla sperimentazione di emozioni “senza razionalità”. Dunque l’incapacità gestionale collegata ad una ipotesi di disturbo da gioco discenderebbe quasi prevalentemente dalla tendenza del beneficiario a dedicarsi, in maniera irrefrenabile, ad attività di gioco e scommesse, e ad altri strumenti ludici equivalenti.

12 GARCÍA RUIZ, P.: et al., *Consumos de riesgo*, cit., p. 562: “En efecto, la adicción al juego, aunque afecta fundamentalmente al jugador, también genera costes para la sociedad en su conjunto. El juego patológico destruye a quien lo practica y deteriora el modo de vida de quienes rodean al jugador. Entre los costes sociales del juego podemos destacar los costes económicos relacionados con la ludopatía, que la sociedad y que en última instancia el Estado va a tener que hacer frente.”

En la práctica totalidad, el contrato de juego tiene la naturaleza de contrato de adhesión y se formaliza por la aceptación expresa y ciega de las cláusulas por parte del adherente. Dichas condiciones, tienen que figurar en el documento que habilite al jugador para participar, o deben encontrarse a disposición del público en general. Pero, el problema que se plantea, es el valor que se le debe otorgar a esa adhesión cuando el juego o apuesta es establecida por una sola de las partes y cómo atajar determinadas prácticas agresivas y abusivas por parte del organizador del juego.

Las casas de apuestas diseñan el contenido de sus condiciones generales únicamente en beneficio propio (algunas condiciones ya han sido declaradas abusivas por jueces y tribunales en varias sentencias). Estos fallos se fundamentan en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Muchas de las prácticas abusivas objeto de litigio, han sido las de limitar el acceso a la web de determinadas casas de apuestas a jugadores con un nivel de ganancias superior a la media, así como el cambio por parte de los operadores de las cuotas que inicialmente ofrecen para un evento basándose en que se trata errores de cálculo, con el perjuicio económico que ello conlleva al jugador. Frente a dichas prácticas, son varias las condenas a las casas de apuestas a que eliminen la restricción a los jugadores que han sido expulsados sin motivación suficiente y a que paguen los premios a las cuotas ofrecidas inicialmente antes de modificarlas de manera unilateral.

En este sentido se pronuncian dos sentencias muy recientes.¹⁶¹³ En ellas, los juzgados de Primera Instancia, números 4 y 11 de Oviedo, declaran abusivas las cláusulas por las que las casas de apuestas se reservaban el derecho a limitar la cuenta de los usuarios, aplicar restricciones e incluso llegar a cerrarla.

En primer lugar, declaran la nulidad de la cláusula de "Condiciones generales" de su página web, por la que "se reserva el derecho de denegar, total o parcialmente, cualquier apuesta realizada a su entera discreción", indicando que "todas las apuestas son realizadas a entera discreción y riesgo del cliente". En segundo lugar, también declaran nula la cláusula de las condiciones generales de la página, por la que la empresa "se reserva el derecho de cerrar o suspender el registro de usuario de un cliente en cualquier momento y por cualquier motivo", de igual modo que quedan anuladas las restricciones realizadas en la cuenta de apuestas del usuario, reconociendo su derecho a participar como apostante sin límite, tal como exigía la demanda. Basan su justificación en los artículos 82 y 85 del TRLDCYU.

13 SJPI de Oviedo 28 junio 2021 y SJPI de Oviedo 6 julio 2021. Disponibles en: <https://www.lawandtrends.com/noticias/civil/la-justicia-declara-abusivo-penalizar-a-los-clientes-de-casas-de-apuestas-cuando-ganan-1.html> última vez consultado el 15 de noviembre de 2021.

El art. 82 TRLGDCYU, en su apartado 4º, dispone que en todo caso son abusivas las cláusulas que: vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Por su parte, el 85 TRLDCYU, en su apartado 3º establece que son abusivas las cláusulas 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.

Con base en los preceptos mencionados, se concluye que las cláusulas objeto de litigio están expresamente prohibidas por el TRLDCYU porque se faculta al empresario a modificar unilateralmente los términos de la relación contractual de manera arbitraria. Y, esta modificación unilateral y arbitraria, contraviene a su vez el art. 1256 CC, que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

En resumen, las sentencias recogen que “las cláusulas objeto de litigio establecidas por las casas de apuestas son abusivas, al permitir al empresario suspender el registro de usuario o denegar total o parcialmente cualquier apuesta cuando pueda existir un riesgo para él de pérdida económica, de manera que con estas condiciones se garantizaría no incurrir en pérdidas y privaría al jugador de obtener ganancias que es la finalidad perseguida cuando alguien se da de alta en este tipo de páginas web. Dichas cláusulas generan (pese a las exigencias de la buena fe) un desequilibrio importante para el consumidor, toda vez que, el cliente razonablemente no habría suscrito estas condiciones en el marco de una contratación individual porque con ellas se limita, cuando no impide, la posibilidad de obtener ganancias ya que cuando por su historial de apuestas resulte que está obteniendo beneficios económicos que puedan poner en peligro los intereses de la empresa esta podrá rechazar todas o algunas de las apuestas que quiera realizar el cliente frustrando sus legítimas expectativas”.

No obstante, no todas las sentencias se han pronunciado a favor del consumidor. La STS 11 marzo 2021¹⁴ falló en sentido favorable al operador autorizado que anuló las apuestas efectuadas por parte de un apostante, después de celebrarse el evento deportivo, porque había detectado un error en el cálculo de la cuota ofertada. Por lo que no permitió al apostante cobrar su premio, por aprovecharse de un error de la casa de apuestas que garantizaba el éxito de la apuesta.

14 STS 11 marzo 2021 (ROJ I036/2021)

La Sala argumenta que la actuación del apostante al realizar las apuestas, aprovechando que, en los términos en que se había ofertado la cuota, la probabilidad de acierto era muy alta, a primera vista no constituye un acto contrario a la buena fe, ni un abuso de derecho. Simplemente se trata de un acto de perfeccionamiento de un contrato de apuestas, a la vista de las condiciones ofrecidas por la empresa de apuestas.

Sin embargo, en el caso en cuestión, lo realmente relevante es el volumen de apuestas realizadas por el apostante (78) y la desproporción existente entre el riesgo asumido y el beneficio obtenido, en el marco de un contrato aleatorio en el que el error en la determinación de la cuota garantizaba el éxito de la apuesta. El apostante se percató enseguida del error de cálculo realizado por la empresa, que de alguna manera desvirtuaba la aleatoriedad del contrato. Realizó en un periodo muy corto de tiempo un número elevado de apuestas, aprovechando el error que eliminaba prácticamente la aleatoriedad y le aseguraba el acierto (realizó 78 apuestas en menos de cuatro días, por un importe de 684,38 euros, y obtuvo un premio de 2.773.164 euros).

En consecuencia, la Sala llega a la conclusión de que la realización de algunas apuestas y su consiguiente beneficio no tacharía el comportamiento del apostante de contrario a la buena fe. Sin embargo, argumenta que, en el caso en cuestión, la actuación del apostante es un abuso que el derecho no puede amparar debido a la desproporción y magnitud de apuestas realizadas, que dejan entrever que el usuario se había percatado del error por parte de la casa de apuestas, siendo su actuación contraria a la buena fe.

Se debe añadir, que, a la imposición por parte de los operadores autorizados de determinadas cláusulas en su beneficio propio, se une que los consumidores tienden a percibir erróneamente el contenido del contrato al que se adhieren: ya sea por el funcionamiento del alea en el que participan o porque carecen del conocimiento preciso sobre este tipo de contratos. Es difícil contar con una información real y un conocimiento exacto de cómo se desenvuelve y funciona la apuesta.

Estas cogniciones erróneas incluyen: la falta de comprensión de que la mayoría de los resultados de juego son aleatorios e independientes de los resultados pasados, que casi todas las formas de juego tienen retornos esperados negativos, que las probabilidades tienen un sesgo inevitable en contra del jugador y que para la mayoría de estos juegos no hay métodos o estrategias de comportamiento que puedan influir en estos resultados aleatorios o que permitan evitar las pérdidas.

En el juego de azar, el alea y el azar se crea artificialmente por el operador autorizado en cuanto que es el mismo el que estudia la posibilidad de que tenga

lugar una ganancia o una pérdida -solo él sabe las probabilidades de ganar o perder que tiene el participante que se adhiere al contrato-. Son conceptos variables que son muy difíciles de asimilar por el participante porque están diseñados de forma algorítmica, cuya fórmula no conoce el participante. Son actividades que están dotadas de una importante complejidad en lo que se refiere a la gestión y comprensión del alea y a asimilar la probabilidad de obtener una ganancia. A ello, se une que el diseño del juego está en constante cambio por la empresa que lo comercializa y lo que hoy puede parecer sencillo (o no especialmente complejo) un cambio posterior puede alterar las posibilidades de ganancia.

La mecánica de estos contratos de adhesión, a largo plazo, solo beneficia a los operadores de juegos de azar, situando a los participantes en una situación de desequilibrio y vulnerabilidad respecto al operador.

V. LA PROTECCIÓN DEL USUARIO EN LAS COMUNICACIONES COMERCIALES DE LAS ACTIVIDADES DE JUEGO

La proliferación de establecimientos y de ofertas de juego sin discriminación de ningún tipo, puso de manifiesto la necesidad de una regulación para proteger al usuario, cuando los operadores autorizados llevaran a cabo estrategias de publicidad y de marketing totalmente agresivas, suministrando una información sesgada al usuario.

Para hacer frente a dicha problemática, precisamente se aprobó el pasado noviembre de 2020, el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego. Se ha pretendido así, dar respuesta a la necesidad que se había generado durante los últimos años -con especial incidencia durante la época de confinamiento en la modalidad online- el fenómeno de la extensión de los juegos de azar y apuestas. El objetivo de esta norma es proteger, por un lado, la salud pública y, por otro, a los consumidores (con especial mención a los colectivos más vulnerables, entre ellos las menores de edad, jóvenes y personas con conductas patológicas). El RD ha establecido un régimen muy estricto para la publicidad en la comercialización de juegos.

Están sujetas a la regulación sobre las comunicaciones comerciales de las actividades de juego que establece el RD, las entidades que desarrollen una actividad de juego comprendida en el ámbito de aplicación de la LRJ¹⁵, y en lo relativo

15 Artículo 2 LRJ. Ámbito de aplicación.

I. Dentro del objeto definido en el artículo anterior, se incluyen en el ámbito de aplicación de esta Ley las siguientes actividades de juego cuando la actividad desarrollada tenga ámbito estatal:

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.

al Título I¹⁶, aquellas personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, que difundan comunicaciones comerciales de las actividades de juego o de sus operadores¹⁷. No obstante, el RD establece un régimen distinto para los operadores de juego autorizados en función de su carácter público (SELAE y ONCE) o privado.¹⁸ Excluye a estas entidades de carácter público de las previsiones que se establecen en su Título

I. Por lo tanto, aunque el RD establece un régimen muy estricto para los operadores de juego privados, no lo hace con las entidades de carácter público, porque atienden a fines sociales o a intereses generales. Por ello, considero que el RD no ampara al consumidor en las comunicaciones comerciales de las actividades de juego llevadas a cabo por las entidades públicas.

Entre las previsiones que incluye este RD, encontramos las siguientes:

Se prohíbe todo anuncio de juegos y apuestas en medios de comunicación a excepción de un tramo horario (1 a 5 de la mañana).

Las rifas y concursos, en los que la participación se realiza mediante una contraprestación económica. Los juegos de carácter ocasional, que se diferencian del resto de los juegos previstos en los apartados anteriores por su carácter esporádico.

Las actividades de juego transfronterizas, esto es, las realizadas por las personas físicas o jurídicas radicadas fuera de España que organicen u ofrezcan actividades de juegos a residentes en España. Se incluyen asimismo en el ámbito de aplicación de esta Ley las actividades de publicidad, promoción y patrocinio relativas a las actividades de juego relacionadas en el presente apartado.

Téngase en cuenta las exclusiones que realiza la LRJ en el apartado 2º art. 2 LRJ.

- 16 El Título I de la norma establece un conjunto de medidas para proteger y restringir la exposición de los menores y otros colectivos vulnerables a las comunicaciones comerciales de las actividades de juego en función de los canales de difusión, así como para proporcionar una adecuada percepción del juego como actividad de riesgo potencial. De la misma forma, el RD permite prevenir la generación de conductas de juego irreflexivo o compulsivo, y garantizar que la información a los jugadores es veraz y suficiente para formarse una idea cierta y no distorsionada de lo que implica la actividad del juego.
- 17 A través de cualquier medio o soporte, como prestadores de servicios de comunicación audiovisual o electrónica, prestadores de servicios de la sociedad de la información, incluidos afiliados, páginas web y redes sociales, y cualquier otro medio de comunicación, o, participen en fases intermedias de la elaboración, transmisión o difusión de comunicaciones comerciales, como redes publicitarias, agencias de publicidad o prestadores de servicios de intermediación.
- 18 El RD establece en su disposición adicional segunda un régimen específico para la ONCE. En su apartado segundo, recoge que las disposiciones previstas en el Título I del RD no serán de aplicación a la ONCE respecto a las comunicaciones publicitarias, de imagen, de patrocinio y de promoción, incluidas las efectuadas en redes sociales, que realice dicha entidad referidas a las razones sociales «ONCE», «Grupo Social ONCE» así como al resto de entidades que se integren en el «Grupo Social ONCE» o denominación que las sustituya, relativas a las actividades de prestación de servicios especializados para personas ciegas y con deficiencia visual grave y a las actividades de solidaridad con otras personas con discapacidad, siempre que en dichas comunicaciones no haya referencias a la actividad o a productos de juego.

Por otro lado, la Disposición adicional tercera también establece un régimen específico sobre las comunicaciones comerciales sobre actividades de interés público promovidas por la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado, S.M.E., S.A. En atención al fomento de fines de interés general en actividades, entre otras, de carácter social, cultural y deportivo que realiza la SELAE como consecuencia de su naturaleza jurídico-pública. A las comunicaciones publicitarias que realice (siempre y cuando no haya referencias a la actividad o a productos de juego) no les resultarán aplicables las disposiciones previstas en el Título I del presente Real Decreto, a las comunicaciones publicitarias, de imagen, de patrocinio y de promoción relativas a actividades de interés público promovidas por la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado, S.M.E., S.A., incluidas las efectuadas en redes sociales.

Las personas famosas o de notoriedad pública no pueden hacer ni participar en anuncios de juegos y apuestas.

Se prohíben los bonos de captación. El gancho utilizado para la captación del cliente se basa esencialmente en atraer a jugadores con una premisa muy sencilla: la casa de apuestas le concederá un bono para realizar nuevas apuestas, siendo su valor igual o superior al de la cantidad que haya depositado el consumidor –con una cantidad límite, típicamente no superior a 150 euros–. De este modo, el ingreso que realiza un jugador, por ejemplo, de 20 euros, acaba convirtiéndose a sus ojos en 40 euros. A medida que aumenta el ingreso, aumenta en igual proporción el abono, de tal forma que, si se ingresan, por ejemplo, 60 euros, el jugador en su cuenta ve reflejados 120 euros, percibiendo la sensación de ser un trato ventajoso, ya que sus cantidades se doblan. Dado que estos bonos normalmente solo se conceden en una única ocasión y bajo la premisa de ser nuevo cliente, se presenta como apetecible o beneficioso optimizar estas bonificaciones únicas.

Por último, en el ámbito de los patrocinios, se prohíbe que estos se realicen en camisetas o equipaciones deportivas.

Por su parte, el Título II, en desarrollo de las previsiones del artículo 8 LRJ, introduce, la figura del responsable del juego seguro. Además, se establecen una serie de obligaciones de información sobre juego seguro, que deberán ser de fácil acceso para los participantes en esta actividad, así como la habilitación de un servicio telefónico de atención al cliente en el que se pueda prestar asistencia en materia de juego seguro. La norma determina la necesidad de que los operadores incorporen mecanismos de detección de comportamientos de riesgo de los participantes en los juegos.¹⁹

VI. HACIA UNA NORMATIVA INTEGRAL EN LA PROTECCIÓN DEL USUARIO EN EL JUEGO ONLINE

La ausencia de una protección absoluta del consumidor y la creciente preocupación social en relación con las graves consecuencias que el consumo de algunos juegos de azar y apuestas puede comportar en determinadas personas, ha servido de impulso en la búsqueda de protección de los colectivos más vulnerables y de las personas que pueden estar experimentando un problema con el juego. Todo ello evidenciado por la necesidad de reforzar la exigibilidad y el alcance material del marco actualmente aplicable a las actuaciones en materia de juego seguro o responsable llevadas a cabo. En este contexto, se ha aprobado

¹⁹ Disponible en: <https://www.ordenacionjuego.es/es/noticia-RD-comunicaciones-comerciales>, última vez consultado el 15 de noviembre de 2021.

recientemente el borrador del proyecto del RD por el que se regula el desarrollo de entornos más seguros de juego que se publicó el pasado 12 de julio de 2021.

Se pretende adoptar un conjunto de medidas a fin de ofrecer un marco regulatorio lo más completo posible sobre la materia, trasladando, además, a este cuerpo normativo, aquellas medidas sobre juego responsable o seguro recogidas en el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre. El proyecto tiene por finalidad ahondar en el desarrollo del artículo 8 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, relativo a la protección de los consumidores y políticas de juego responsable o seguro, adaptando este ámbito de la actividad de juego a las realidades de un mercado que, transcurridos diez años desde su regulación, se encuentra ya consolidado.

En el borrador del RD se establecen más mecanismos de prevención para todos los jugadores y especialmente para los jóvenes. Como ejemplo, se van a mencionar alguna de las previsiones que contiene el borrador del proyecto. Entre las medidas establecidas, su artículo 10 prohíbe la inclusión en los planes o programas para clientes privilegiados de participantes jóvenes. El artículo 12 establece que los jugadores tendrán que definir antes de comenzar una sesión "online" ciertos parámetros sobre cómo va a ser la partida: deberán fijar el tiempo máximo que están dispuestos a jugar y la cantidad máxima que están decididos a gastar. Por otro lado, el artículo 14 dispone que, durante la sesión de juego, la persona usuaria deberá recibir, al menos una vez cada treinta minutos, mensajes informativos periódicos y dinámicos de lectura obligatoria para poder continuar jugando.

Por su parte, el artículo 6 del borrador, bajo la rúbrica "el plan de medidas activas de juego seguro", dispone que "los operadores, en los términos previstos en los artículos 8 y 10.2 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, deben elaborar un plan de medidas activas de juego seguro que formará parte del plan operativo al que se someterá su actividad y en el que se concretará de forma expresa la implementación que el operador realiza del conjunto de medidas que se establecen en este real decreto. Dicho plan deberá estar permanentemente actualizado y a disposición de la autoridad encargada de la regulación del juego." El problema que se plantea, es la viabilidad de hacer efectivas las previsiones que contiene el RD, ya que son los operadores autorizados los que tienen que tener a su alcance los recursos necesarios para llevar a la práctica todas las medidas previstas en el RD. Medidas que, a mi juicio, son complejas de implementar a corto plazo.

Con la aprobación y entrada en vigor de este RD, se estaría un paso más cerca de conseguir una normativa integral en la regulación del juego. Sin embargo, por el momento no existe una protección absoluta del consumidor en todas las problemáticas que plantea la actividad.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: En torno al Juego de Azar: Actividad, Regulación y Actores (dirigido por Alberto Palomar Olmeda), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 396.

ALGARRA PRATS, E.: El contrato de juego y apuesta, Dykinson, Madrid, 2012.

BARROSO BENÍTEZ, C.: Las bases sociales de la ludopatía (tesis doctoral), Universidad de Granada, 2003, pp. 127-128.

GARCÍA RUIZ, P.: et al., "Consumos de riesgo: menores y juegos de azar online. El problema del "juego responsable", Política y Sociedad, vol. 53, núm. 2, 2016

IURILLI, C.: I Contratti di gioco e scommessa all'epoca del disturbo da gioco, Roma, Wolters Kluwer, 2020

MEGÍAS QUIRÓS, I.: "Jóvenes, juegos de azar y apuestas, una aproximación cualitativa", FAD, Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, Madrid, 2020

PÉREZ CAMARERO, S.: "Juventud y juegos de azar. Una visión general del juego en los jóvenes", Instituto de la Juventud, Madrid

