

Versión anonimizada

Traducción

C-77/24 - 1

Asunto C-77/24 [Wunner] ⁱ

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

1 de febrero de 2024

Órgano jurisdiccional remitente:

Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria)

Fecha de la resolución de remisión:

11 de enero de 2024

Recurrentes en casación:

NM

OU

Recurrido en casación:

TE

En el asunto de la parte demandante TE, con domicilio en 1100 Viena [omissis], contra las partes demandadas n.º 1, NM, con domicilio social en Malta, M-XXB 1120 Ta'Xbiex, [omissis] y n.º 2, OU, con domicilio social en Chipre, CY-2108 Nicosia, [omissis] sobre reclamación de la cantidad de 18 547,67 euros más intereses y costas, pronunciándose sobre el recurso de casación interpuesto por las partes demandadas contra la sentencia del Oberlandesgericht Wien (Tribunal Superior Regional de Viena, Austria) de 4 de septiembre de 2023, asunto GZ 15 R 96/23g-46, mediante la que se revocó parcialmente la sentencia dictada por el Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Tribunal Regional de lo Civil de Viena, Austria) de 27 de abril de 2023, asunto GZ 11 Cg 61/22d-29, el Oberster

ⁱ La denominación del presente asunto es ficticia. No se corresponde con el nombre de ninguna parte del procedimiento.

Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) ha adoptado [*omissis*] la siguiente

Resolución

I. Reanudar el procedimiento suspendido mediante resolución de 9 de noviembre de 2023, dictada en el asunto AZ 5 Ob 181/23p.

II. Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del artículo 267 TFUE, las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 2, letra d), del Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en lo sucesivo, «Reglamento Roma II»), en el sentido de que hace referencia también a las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios ejercitadas contra un órgano de una sociedad que un acreedor societario basa en su derecho a ser indemnizado en concepto de responsabilidad civil extracontractual por la infracción por parte de dicho órgano de normas de protección (como, por ejemplo, las disposiciones de la normativa en materia de juegos de azar)?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial:

¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, del citado Reglamento en el sentido de que el lugar donde se produce el daño en caso de una acción de resarcimiento de daños y perjuicios en concepto de responsabilidad civil extracontractual ejercitada contra un órgano de una sociedad que ofrece juegos de azar en línea en Austria, sin ser titular de una licencia para tal fin, por las pérdidas de juego sufridas se determina en función:

- a) del lugar a partir del cual el jugador realiza transferencias desde su cuenta bancaria a la cuenta de jugador gestionada por la sociedad;
- b) del lugar en el cual la sociedad gestiona la cuenta de jugador, cuenta en la que se abonan los pagos del jugador, las ganancias, las pérdidas y las gratificaciones;
- c) del lugar desde el cual el jugador realiza apuestas a través de esta cuenta de jugador que lo llevan finalmente a registrar pérdidas;
- d) del lugar de residencia del jugador, en cuanto lugar donde se ubica el crédito para reclamar el pago del saldo del que dispone en su cuenta de jugador, o
- e) del lugar donde están situados sus principales activos?

III. [*omissis*] [Suspensión del procedimiento]

Fundamentos:

Sobre el punto I:

- 1 La Sala que conoce del presente asunto suspendió el procedimiento mediante resolución de 9 de noviembre de 2023 hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciase sobre la petición de decisión prejudicial que había planteado el Oberster Gerichtshof al Tribunal de Justicia el 19 de octubre de 2023 en el asunto 5 Ob 110/23i.
- 2 El demandante en el procedimiento en el que se había planteado dicha petición de decisión prejudicial retiró la demanda, renunciando así a sus pretensiones, de lo cual tomó nota esta Sala en su resolución de 23 de noviembre de 2023, por lo que retiró la petición de decisión prejudicial. Por tanto, debía reanudarse el procedimiento interrumpido con el fin de elucidar la cuestión de Derecho de la Unión suscitada en el presente procedimiento.

Sobre el punto II:**A. Hechos**

- 3 Titanium Brace Marketing Limited (en lo sucesivo, denominada únicamente «Limited») operaba un casino en línea desde su sede en Malta a través de la página web www.drueckglueck.com. Dirigía su oferta a todo el mercado europeo. Es titular de una licencia de juegos de azar maltesa en vigor, pero no de una licencia concedida conforme a la Glücksspielgesetz (Ley de Juegos de Azar) austriaca y en la actualidad se encuentra en situación de insolvencia.
- 4 El demandante, cuyo domicilio está situado en la demarcación judicial del órgano jurisdiccional de primera instancia, jugó a juegos de azar en línea en el período comprendido entre el 14 de noviembre de 2019 y el 3 de abril de 2020 a través del sitio de Internet de Limited e hizo un desembolso por el importe reclamado mediante la demanda, sin obtener beneficio alguno. Los demandados eran en aquel período «administradores» de Limited.
- 5 Para poder jugar en el sitio de Internet de Limited, el demandante debía abrir una cuenta de cliente en Malta. Efectuaba ingresos desde su cuenta bancaria austriaca en una cuenta abierta en un banco maltés para así poder cargar su cuenta de jugador (su cuenta de cliente). Los ingresos los anotaba Limited como abono en cuenta. La cuenta abierta en Malta para el demandante era una cuenta de dinero real de Limited para él como jugador, que no se mezclaba con el patrimonio societario de Limited. Si el demandante decidía participar en un juego de azar, el importe de la apuesta se cargaba en la cuenta de jugador. En caso de obtener una ganancia, esta también se anotaba en dicha cuenta de jugador. El demandante registró pérdidas de juego por un importe total de 18 547,67 euros.

B. Posiciones procesales de las partes y procedimiento anterior

- 6 El demandante reclama a los dos demandados que le reembolsen su pérdida. A su juicio, el contrato de juegos de azar es nulo por cuanto Limited no es titular de una

licencia de juegos de azar austriaca. Basa su derecho en el resarcimiento de los daños y perjuicios que ha sufrido, pues la injerencia en el monopolio austriaco de los juegos de azar supone la infracción de una norma de protección. Los demandados, en su condición de administradores de Limited, son los responsables de que esta sociedad ofreciera ilegalmente juegos de azar en Austria. Han de responder frente a los acreedores de forma personal y, en su condición de coautores, en el sentido del artículo 1301 del Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil General austriaco), con carácter solidario por la infracción de las disposiciones en materia de protección de los jugadores contempladas en la Ley austriaca de Juegos de Azar. En su opinión, la competencia del tribunal de primera instancia se basa (entre otros) en el artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012.

- 7 Los demandados propusieron la excepción de falta de competencia internacional. A su parecer, el demandante no puede invocar el artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012. Los demandados no estaban facultados para decidir si Limited debía retirarse del mercado austriaco ya establecido. No habían adoptado ninguna decisión de estrategia empresarial y el demandado n.º 2 no es más que una persona de contacto con las autoridades maltesas en materia de juegos de azar. Sostienen que tanto el lugar del hecho generador del daño como el lugar donde se ha producido el daño se encuentran en Malta. A los demandados no se les debe aplicar el Derecho material austriaco, sino el maltés, que no reconoce la responsabilidad de los órganos de la sociedad frente a los acreedores.
- 8 El órgano jurisdiccional de primera instancia desestimó la demanda al considerar que carecía de competencia internacional.
- 9 El órgano jurisdiccional de apelación revocó la anterior sentencia en la medida en que el demandante basaba sus pretensiones en su derecho a ser indemnizado en concepto de responsabilidad extracontractual e instó al órgano jurisdiccional de primera instancia a que incoase el procedimiento sin basarse en la causa de desestimación utilizada.
- 10 A juicio del citado órgano jurisdiccional, concurren los requisitos del foro del lugar del hecho dañoso que genera la responsabilidad extracontractual conforme al artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012, habida cuenta de la sentencia dictada recientemente por el Oberster Gerichtshof sobre unos hechos similares en el asunto 10 Ob 56/22s. En principio, los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada responden por su comportamiento culpable únicamente frente a la sociedad; solo se admiten excepciones si están recogidas en las normas legales correspondientes, como en el supuesto de daños intencionados a los acreedores, comisión de actos judicialmente punibles o en los supuestos de infracción culpable de una norma de protección. En su sentencia dictada en el asunto 6 Ob 168/19b, el Oberster Gerichtshof declaró que, cuando se infringen disposiciones en materia de protección de los jugadores, no solo se aprecia un incumplimiento de obligaciones que da lugar a que la sociedad esté obligada, en sus relaciones externas, a responder por daños y perjuicios, en virtud de la

atribución de dicho incumplimiento a sus órganos, sino que el demandante podría dirigirse asimismo personalmente contra los administradores demandados. En ello se basa también el demandante en el presente asunto. A su juicio, el lugar donde se ha producido el daño se halla en Austria, porque las apuestas que se realizaban en Malta dependían del éxito o del fracaso en el juego y las pérdidas se compensaban con las ganancias. Solo la pérdida registrada en el cómputo final constituye un daño inicial que afecta al jugador, al verse privado del correspondiente importe en sus activos situados en Austria. De igual modo, la supuesta infracción de las leyes de policía de Derecho público austriaco provoca que el lugar en el que se produce el daño sea Austria.

- 11 El órgano jurisdiccional de apelación ha declarado que el recurso de casación es admisible, porque no existe jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales supremos sobre la competencia internacional de los tribunales austriacos para conocer de demandas comparables interpuestas contra administradores de sociedades de juegos de azar.
- 12 Mediante su recurso de casación, los demandados pretenden que se modifique la sentencia dictada en la instancia anterior en el sentido de que se restablezca la sentencia desestimatoria de la demanda dictada en primera instancia y, con carácter subsidiario, que se revoque aquella y se devuelva el asunto a las instancias anteriores.
- 13 El demandante solicita que se desestime el recurso de casación.

C. Disposiciones pertinentes

- 14 El artículo 7 del Reglamento n.º 1215/2012 establece:

«Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro:

[...]

2) en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso.»
- 15 El artículo 1 del Reglamento Roma II dispone:

Apartado 1: «El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, en las situaciones que comportan un conflicto de leyes. [...]»

Apartado 2: «Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento:

[...]

d) las obligaciones extracontractuales que se deriven del Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones

como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, de la responsabilidad personal de los socios y de los administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas y de la responsabilidad personal de los auditores frente a una sociedad o sus socios en el control legal de los documentos contables.»

16 El artículo 4, apartado 1, del Reglamento Roma II tiene la siguiente redacción:

«Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.»

17 El artículo 1301 del Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil General) austriaco dispone:

«Podrá considerarse responsables de un daño infligido de forma ilícita a varias personas que hayan contribuido a dicho daño de forma conjunta, directa o indirectamente, mediando inducción, amenazas, órdenes, ayuda, ocultación o de otras formas similares, o bien mediante la omisión de la obligación específica de impedir un mal.»

18 El artículo 1311 del Código Civil General austriaco dispone:

«El perjuicio fortuito afectará al individuo en cuyo patrimonio o persona se produzca. Si alguien ha dado lugar a un perjuicio fortuito mediante un comportamiento culposo, habrá infringido una ley dirigida a prevenir los perjuicios fortuitos, o [omissis] responderá de todos los daños que de otro modo no se habrían producido.»

El artículo 3 de la Österreichisches Glücksspielgesetz (Ley austriaca de Juegos de Azar) dispone:

«El derecho a organizar juegos de azar está reservado a la Federación (monopolio sobre los juegos de azar), en la medida en que no se disponga lo contrario en la presente Ley federal.»

D. Fundamentación de la petición de decisión prejudicial

19 1.1. Para examinar la competencia internacional hay que atender, según la jurisprudencia austriaca, a la información contenida en la demanda. El Reglamento n.º 1215/2012 no exige que se invoque expresamente un foro. El demandante solo tiene que aportar los fundamentos fácticos necesarios. En cuanto atañe a los denominados «hechos doblemente pertinentes», esto es, aquellos de los que se deduce tanto la competencia internacional como la pertinencia de las

pretensiones, basta con que las alegaciones formuladas en la demanda sean concluyentes, para evitar que se sobrecargue el examen de la competencia con un extenso examen en cuanto al fondo. Por consiguiente, la cuestión de la competencia internacional ha de apreciarse en función de si los datos contenidos en la demanda son concluyentes.

- 20 1.2. De conformidad con la jurisprudencia existente sobre el Derecho austriaco, puede existir en principio una responsabilidad frente a terceros de un órgano de una sociedad en caso de infracción culpable de una norma de protección, de conformidad con el artículo 1311 del Código Civil General; las disposiciones en materia de protección de los jugadores contenidas en la Ley de Juegos de Azar ya han recibido la calificación de normas de protección. Por lo que señalan los demandados, en la normativa maltesa en materia de indemnización de daños y perjuicios no hay prevista una responsabilidad comparable.
- 21 1.3. Por tanto, la invocación de un derecho frente a los demandados a ser resarcido por daños y perjuicios en concepto de responsabilidad civil extracontractual, que se basa en la materia delictual o cuasidelictual a la que se refiere el artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012, no sería concluyente, sobre la base de la normativa austriaca en materia de indemnización de daños y perjuicios. Ahora bien, lo que ha examinarse es el carácter concluyente de la aplicabilidad, alegada por el demandante, del Derecho material austriaco. A este respecto, a juicio de esta Sala, no existe un «acte claire», de modo que parece necesario proceder a la remisión del asunto al Tribunal de Justicia.
- 22 2. Por lo que parece, el Tribunal de Justicia no ha abordado todavía el alcance de la excepción establecida en el artículo 1, apartado 2, letra d), del Reglamento Roma II. Sin embargo, de su sentencia dictada en el asunto C-147/12, ÖFAB, cabe inferir, en el ámbito de la normativa procesal civil internacional (apartado 42), que el concepto de «materia delictual o cuasidelictual» que figura en el artículo 5, número 3, del Reglamento n.º 44/2001 (entonces aplicable) debe entenderse de modo que incluya demandas presentadas por un acreedor de una sociedad anónima para exigir responsabilidad por las deudas de dicha sociedad a un miembro de su consejo de administración y a un accionista de esta, debido a que permitieron que la citada la sociedad siguiera funcionando a pesar de que estaba infracapitalizada y obligada a solicitar la declaración de liquidación.
- 23 3. No existe jurisprudencia nacional relativa al alcance de esta excepción. En las doctrinas austriaca y alemana se postulan las tesis siguientes:
- 24 3.1. Wagner («Die neue Rom II-Verordnung», *IPRax* 2008, p. 1) sostiene que una interpretación extensiva del artículo 1, apartado 2, letra d), del Reglamento Roma II incluiría también la responsabilidad frente a la sociedad y los acreedores externos de los accionistas y de los órganos societarios por conductas indebidas. Ahora bien, a juicio de este autor, desde un punto de vista normativo-funcional, todo aboga por vincular en todo caso la responsabilidad de los socios frente a los acreedores de la sociedad por la vía de la responsabilidad extracontractual.

- 25 3.2. A juicio de Lurger/Melcher [*Handbuch Internationales Privatrecht*, 2.^a ed. (2021), apartados 5/14 y siguientes], en el caso de la excepción respecto a la responsabilidad personal de los socios y de los órganos societarios por las deudas de una sociedad, no está claro si esta se refiere únicamente a la (limitación de) la responsabilidad corporativa (esto es, en función de la forma societaria; por ejemplo, la responsabilidad de los socios de una sociedad de capital en virtud del levantamiento del velo societario) o si hace referencia también a la responsabilidad frente a la sociedad y a sus acreedores por otro tipo de conducta indebida. Señalan estos autores que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia dictada en el asunto C-147/12) acepta en todo caso, en el ámbito de la competencia internacional, que las pretensiones de responsabilidad por levantamiento del velo sean calificadas de pretensión en materia delictual o cuasidelictual.
- 26 3.3. Según Neumayr (en *KBB*, 7.^a ed., comentario al artículo 1 del Reglamento Roma II, apartado 6), la excepción no se aplica a las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios en concepto de responsabilidad civil extracontractual ejercitadas frente a los socios y administradores.
- 27 3.4. En Alemania, en relación con la citada disposición que establece la excepción, se sostiene la tesis de que es factible calificar de pretensiones extracontractuales, en particular de carácter delictual o cuasidelictual, las pretensiones fundadas en el Derecho de sociedades cuando resulta afectada la responsabilidad personal, contemplada en la ley, de los socios y órganos por las deudas de la sociedad (Junker, en: *MiKomm*, 8.^a ed., comentario al artículo 1, apartado 36). El Bundesgerichtshof alemán (Tribunal Supremo Federal de lo Civil y Penal, Alemania) (II ZR 84/05, NJW 2007, p. 1529) ha analizado la cuestión de cuál es el Derecho aplicable a la responsabilidad personal cuando una sociedad de responsabilidad limitada neerlandesa no lleva en su denominación social el añadido que hace alusión a la limitación de la responsabilidad y ha calificado la responsabilidad personal del socio, no desde el punto de vista del Derecho de sociedades, sino como responsabilidad civil extracontractual, pues la indicación de tal añadido en la denominación social no constituye una de las obligaciones específicas contempladas en el Derecho de sociedades (véase también Junker, *op. cit.*, apartado 38).
- 28 3.5. De igual modo, la responsabilidad de los socios por injerencias que destruyan la sociedad en perjuicio de los acreedores («Existenzvernichtungshaftung») (artículo 826 del Bürgerliches Gesetzbuch — Código Civil alemán—), desarrollada por el Bundesgerichtshof alemán sobre la base de la responsabilidad extracontractual, que está dirigida a proteger a un número indeterminado de acreedores a los que los socios hayan causado un daño por una conducta contraria a las buenas costumbres, es calificada de forma predominante en Alemania como pretensión basada en la responsabilidad extracontractual (véase Junker, *op. cit.*, apartados 38 y 39 y referencias allí citadas, donde se hace mención también de otras opiniones divergentes).

- 29 3.6. La tesis relativa a la vinculación de las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios que ejerciten los acreedores externos de la sociedad a la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho procesal civil internacional que sostiene el Tribunal de Justicia en su sentencia dictada en el asunto C-147/12, ÓFAB, también podría abogar, a juicio de esta Sala, en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma II, por una interpretación estricta de la excepción establecida en su artículo 1, apartado 2, letra d), al margen de los amplios términos en que está formulada, y por considerar que no están comprendidas en ella las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios en concepto de responsabilidad civil extracontractual que asisten a los acreedores de la sociedad.
- 30 4. De no ser aplicable en el presente asunto esta excepción, de conformidad con el Reglamento Roma II habría de atenderse, en primer lugar, como punto de conexión, a la elección de la ley aplicable en el sentido del artículo 14 de dicho Reglamento; en segundo lugar, a los puntos de conexión específicos contemplados en los artículos 5 a 9 y, por último, a la norma de principio establecida en el artículo 4 del citado Reglamento (Neumayr, en *KBB*, 7.^a ed., comentario introductorio al artículo 1 del Reglamento Roma II, apartado 3; 6 Ob 186/21b).
- 31 4.1. No se ha afirmado que se haya procedido a la elección de la ley aplicable. Los puntos de conexión específicos contemplados en los artículos 5 a 9 del Reglamento Roma II versan sobre la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, la competencia desleal, el daño medioambiental, la infracción de derechos de propiedad intelectual y las acciones de conflicto colectivo y carecen de pertinencia en el presente asunto.
- 32 4.2. Por tanto, ha de tomarse como referencia el artículo 4 del Reglamento Roma II. A la vista de cuanto se alega en la demanda, no se da en el presente asunto el supuesto contemplado en el apartado 2 de dicho artículo, en el que la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tienen que tener su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño. Por tanto, pertinente será la norma de principio contemplada en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento Roma II.
- 33 4.3. De conformidad con dicha disposición, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. Con el término «daños» se alude al daño inicial y se hace referencia al lugar en el que el hecho generador de la responsabilidad haya causado directamente un daño a la persona inmediatamente afectada (Neumayr, en *KBB*, 7.^a ed., comentario al artículo 4 del Reglamento Roma II, apartado 3 y referencias adicionales citadas).
- 34 4.4. En los supuestos de daños estrictamente patrimoniales sin vulneración de derechos absolutos —como los que son objeto de debate en el presente asunto—, resulta difícil determinar el lugar donde se ha producido el daño en el sentido del

artículo 4, apartado 1, del Reglamento Roma II (Melcher: «Reine Vermögensschaden im internationalen Zuständigkeits- und Privatrecht», *VbR* 2017, p. 126; Lurger/Melcher: *Handbuch Internationales Privatrecht*, 2.^a ed., apartados 5/37 y siguientes, así como referencias adicionales citadas; en particular, véase la nota 81). En aras de la coherencia a la que se alude en el considerando 7 del Reglamento Roma II, ha de hacerse referencia también a la normativa sobre competencia judicial del artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012.

35 4.5. Para determinar el lugar donde se ha producido el daño a los efectos del artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012 debe atenderse al lugar de materialización del daño (sentencia del Tribunal de Justicia, *Vereniging van Effectenbezitters*, C-709/19, apartados 26 y siguientes), si bien criterios especiales de asignación de la competencia pueden apuntar desde el principio a que el lugar donde se ha producido el daño se ubique en el Estado miembro de residencia del demandante, lo que dará lugar a un foro del demandante (sentencias del Tribunal de Justicia dictadas en los asuntos C-12/15, *Universal Music*, y C-304/17, *Löber*, apartado 34). Como tales criterios se plantean, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por ejemplo, el incumplimiento de la obligación relativa al folleto informativo o bien el incumplimiento de las obligaciones legales de información en el Estado de residencia del demandante (sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto C-709/19, *Vereniging van Effectenbezitters*) o bien la llevanza de cuentas de inversión y de cuentas donde se materializan los daños (cuentas bancarias y depósito de valores) en bancos establecidos en el Estado de residencia del demandante (sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto C-304/17, *Löber*). Respecto al lugar en el que se haya materializado directamente un daño puramente patrimonial en una cuenta bancaria, solo puede establecerse el foro en dicho lugar de conformidad con el artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012 cuando las demás circunstancias específicas del asunto respalden tal competencia (véase Lurger/Melcher: *Handbuch Internationales Privatrecht*, 2.^a ed., apartados 5/37).

36 4.6. En las sentencias dictadas recientemente en los asuntos 10 Ob 56/22s y 8 Ob 172/22k, en litigios incoados en materia de juegos de azar contra una sociedad maltesa relativos al artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012, el Oberster Gerichtshof partió de la premisa de que carece de pertinencia el lugar en el que dicha sociedad gestione las cuentas de jugadores. Los ingresos que efectúa el jugador en esa cuenta no suponen aún un daño para su patrimonio, pues le corresponde un crédito de la misma cuantía frente a la sociedad y puede reclamar su reembolso en cualquier momento. Solamente cuando las pérdidas sufridas en los juegos de azar prohibidos sean superiores a las ganancias se menoscaba el patrimonio del jugador, reduciendo así la cuantía de lo reembolsable en el importe de las pérdidas. En estas sentencias se consideró que la circunstancia de que el ilícito en el que se fundamenta la reclamación de daños y perjuicios derive del incumplimiento de la normativa austriaca en materia de juegos de azar, esto es, de una infracción de normas austriacas de policía de Derecho público, aboga por ubicar la jurisdicción competente en Austria. De igual modo, las sentencias

dictadas en los asuntos 3 Ob 164/23y y 6 Ob 168/23h, que también versaban sobre acciones de resarcimiento de daños y perjuicios ejercitadas contra sociedades de juegos de azar, partieron de la premisa de que el incumplimiento de obligaciones que había dado lugar al daño se había producido en Austria.

- 37 4.7. Si se aplicase esta tesis relativa al lugar donde se ha producido el daño a los efectos del artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012 —habida cuenta de la necesaria coherencia entre las normas de competencia internacional y el Derecho internacional privado— al lugar donde se produce el daño a los efectos del artículo 4, apartado 1, del Reglamento Roma II, es muy probable que hubiera que tomar como lugar donde se ubica el crédito del demandante para reclamar el pago del saldo del que dispone en su cuenta de jugador su lugar de residencia habitual.
- 38 4.8. En esta dirección apuntaba también la sentencia dictada por el Oberster Gerichtshof en el asunto 6 Ob 233/18k en un litigio en el que un demandante había realizado desde Austria negocios dispositivos sobre su patrimonio y transferencias. En dicha sentencia se declaró aplicable el Derecho material austriaco. La Sala VI, en el marco de un procedimiento tramitado ante ella contra un notario establecido en Suiza que emitía dictámenes incorrectos sobre metales preciosos, no formuló objeción alguna a que se ubicase en Austria el lugar donde se había producido el daño pertinente de conformidad con el artículo 4 del Reglamento Roma II, habida cuenta de las circunstancias específicas de tal situación.
- 39 4.9. A juicio de esta Sala, para determinar el lugar en el que se produce el daño inicial es fundamental, por un lado, saber en qué consiste dicho daño y, por otro, dónde se produjo tal daño por primera vez —en el sentido de una primera reducción del activo de que se trate—. Cabe pensar, en el presente asunto, en el lugar a partir del cual el demandante realiza transferencias desde su cuenta bancaria a su cuenta de jugador, si se da por cierto que el derecho del demandante a reclamar el dinero escritural a su banco es de una cuantía superior al derecho a reclamar el reembolso del saldo acreedor matemático de la cuenta de jugador frente a la sociedad de juegos de azar, de suerte que de este modo ya se habría producido una modificación patrimonial perjudicial. También cabría suponer, en el sentido de las objeciones formuladas por los demandados, que solo se da una reducción patrimonial definitiva una vez que se ha registrado la pérdida en la cuenta de jugador y, dado que la cuenta está abierta en Malta, habrá de considerarse que este es el daño inicial y que se materializa en Malta. Ahora bien, dado que tal pérdida depende de que el demandante vuelva a apostar (y a perder), se podría considerar también esta (nueva) partida en la que se pierde hecho generador del daño inicial y tomar como referencia el lugar donde se juega tal partida. Si se considera que el daño inicial no se produce hasta la pérdida (definitiva) del derecho a obtener el pago del saldo acreedor de la cuenta de jugador, se plantea la cuestión del lugar donde se ubica tal derecho: en Malta, en donde se gestiona la cuenta; en el lugar de residencia del demandante; en el lugar donde se ubican sus principales activos o en otro lugar.

- 40 4.10. Ahora bien, si el lugar donde se ha producido el daño inicial se hallase en Austria, a juicio de esta Sala, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada sobre el artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012, para responder a la cuestión del Derecho aplicable habría de partirse de la base de que las circunstancias específicas de la situación apuntan a que se designe como aplicable el Derecho material nacional del lugar donde se haya producido el daño. En tal caso, a juicio de esta Sala, no se apreciaría la existencia de vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado en el sentido del artículo 4, apartado 3, del Reglamento Roma II.

Sobre el punto III:

[*omissis*] [Derecho procesal nacional]

Oberster Gerichtshof
Viena, 11 de enero de 2024
[*omissis*]