

EFICACIA EN ESPAÑA DE SENTENCIAS Y TRANSACCIONES DERIVADAS DEL EJERCICIO DE UNA *CLASS ACTION* EN ESTADOS UNIDOS

Fernando GASCÓN INCHAUSTI*

Resumen

El presente artículo analiza la posibilidad de reconocer en España eficacia a las sentencias y a las transacciones que pongan fin en Estados Unidos a un proceso en que se haya ejercido una class action. En concreto, es importante determinar si la sentencia o la transacción estadounidenses podrían desplegar en nuestro país la eficacia preclusiva que producen respecto de los sujetos que fueran titulares de derechos puestos en tela de juicio, pero que no intervinieron directamente en el proceso y tampoco optaron por excluirse de él. En caso de respuesta afirmativa, esos sujetos no podrían después ejercitar con éxito ante nuestros tribunales una pretensión individual con el mismo contenido que aquella que se hizo valer en Estados Unidos. A tal fin, se efectúa un análisis apoyado en la jurisprudencia española en materia de exequátur, con especial énfasis en la posible vulneración del orden público español, en sus dimensiones procesal y material.

Palabras clave

Class actions. Reconocimiento y exequátur de resoluciones extranjeras. Orden público. Eficacia preclusiva. Titulares de derechos no litigantes.

Key words

Class actions. Recognition and enforcement of foreign decisions. Public policy. Preclusive effect. Absent class members

SUMARIO: I. Planteamiento del problema; II. Aplicación del régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 a las resoluciones procedentes de Estados Unidos; III. La firmeza de la resolución; IV. La competencia del tribunal de origen. 1. Ausencia de infracción de competencias exclusivas de los tribunales españoles; 2. Conexión suficiente y razonable con los tribunales estadouni-

* Profesor Titular de Derecho Procesal (acreditado para el Cuerpo de Catedráticos). Universidad Complutense de Madrid.

denses; V. Resolución dictada en ejercicio de una acción personal; VI. Resolución no dictada en rebeldía (involuntaria) del demandado; VII. Resolución que no lesione el orden público; 1. Class actions y orden público procesal; a) Las class actions del sistema procesal estadounidense no son incompatibles con el orden público español; b) El reconocimiento de una sentencia pronunciada sobre la base del veredicto emitido por un jurado no es contrario al orden público español; 2. Class actions y orden público material; VIII. Resolución auténtica; IX. Resolución que no se oponga a otra que ya fuera eficaz en España; X. A modo de síntesis; Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La internacionalización de las relaciones jurídicas hace tiempo que ha dejado de ser un fenómeno novedoso, al igual que el carácter transfronterizo de los procesos judiciales motivados por los conflictos derivados de aquellas. Igualmente, son más frecuentes los conflictos transfronterizos susceptibles de conformar el objeto de un proceso colectivo: cada vez resulta más fácil imaginar que una conducta dañosa —o una pluralidad de conductas dañosas homogéneas— produzca la lesión de los derechos o intereses de un conjunto de sujetos, determinados o no, que estén domiciliados en Estados diversos.

Se trata de algo que, lejos de constituir una mera hipótesis, ya se está produciendo en la actualidad, singularmente en los Estados Unidos, en el ámbito de las llamadas *securities class actions*, es decir, las acciones colectivas en materia de productos financieros, que se interponen con frecuencia por los inversores cuando ciertas empresas o profesionales del sector, con ocultación o alteración de datos o de riesgos, les inducen a realizar operaciones en mercados secundarios que acaban produciendo pérdidas. A menudo, dada la fuerte internacionalización de las inversiones bursátiles, los inversores en defensa de cuyos derechos se interpone la demanda colectiva son en parte sujetos domiciliados fuera de Estados Unidos y, más aún, también sucede que se vean (co)demandadas en Estados Unidos empresas extranjeras, debido a que sus acciones y productos cotizan en mercados de valores de ese país.

De hecho, la doctrina estadounidense ha acuñado la expresión de *foreign-cubed claims* para referirse a las *securities class actions* cuando concurren tres elementos de extranjería en el litigio: 1) hay demandantes extranjeros (*foreign plaintiffs* o *foreign investors*); 2) hay demandados extranjeros (*foreign defendants* o *foreign issuers*); 3) parte de las inversiones se han realizado en mercados secundarios extranjeros (*foreign transactions*) (1). Las más conocidas hasta el momento son las que se han planteado frente a las empresas Vivendi (francesa), Alstom (francesa) y Royal Dutch Shell (holandesa) (2).

(1) Cfr. CHOI, S. J. - SILBERMAN, L., «Transnational Litigation and Global Securities Class-Action Lawsuits», 2009 *Wis. L. Rev.* (2009), pp. 465-506; BIXBAUM, H., «Multinational Class Actions Under Federal Securities Law: Managing Jurisdictional Conflict», 46 *Colum. J. Transnat'l L.* (2007-2008), pp. 14-71.

(2) Para una explicación sucinta de los tres, cfr. NAGAREDA, R., «Aggregate Litigation Across the Atlantic and the Future of American Exceptionalism», 62 *Vand.L.Rev.* (2009), pp. 1-52, pp. 33-41. El fenómeno, no obstante, no es exclusivamente estadounidense: también la transacción aprobada en los Países Bajos en el asunto *Royal Dutch Shell* afecta a inversores españoles (cfr. <http://www.shell-settlement.com/>).

El resultado práctico es que el sistema de las *class actions* estadounidenses (3) ha dejado de ser un fenómeno algo exótico, que contemplamos a través del cine o las series de televisión, y puede acabar afectando, como demandantes y/o como demandados, a personas que no están domiciliadas en Estados Unidos (4); es más, resulta posible que, sin haberlo llegado a saber siquiera, un sujeto domiciliado en España forme parte del grupo de sujetos que integran una *class* o una *subclass*, en defensa de la cual se está ejercitando una acción colectiva al otro lado del Atlántico (5). Este fenómeno, a su vez, está provocando una suerte de *diálogo* entre sistemas judiciales, desde dos puntos de vista:

– En primer término, porque los tribunales estadounidenses, a la hora de certificar el ejercicio de una *class action* –es decir, a la hora de autorizar el ejercicio de una acción bajo esta forma–, quieren cerciorarse de que la sentencia que se dicte o la transacción que se apruebe podrán producir, en su caso, efectos en los países donde tengan su domicilio los demandantes o demandados no ubicados en Estados Unidos: cuando este extremo no se les acredita de forma suficiente, rechazan el ejercicio de *class actions* frente a sujetos domiciliados en el extranjero o excluyen de la *class* demandante a los sujetos domiciliados en los países en que dicho control no se dé por superado; se busca con ello adecuar el ámbito subjetivo de la controversia al ámbito geográfico en que podrá desplegar sus efectos la resolución o la transacción que le ponga fin.

– En segundo lugar, porque en otros países –en España, en lo que ahora importa– puede acabar planteándose la eficacia de la sentencia o de la transacción que ponga fin al proceso originado en Estados Unidos por el ejercicio de la *class action*. Esta eficacia, a su vez, puede condicionar dos extremos diversos. De un lado, que se pueda ejecutar la sentencia o el acuerdo en España, lo que en la práctica, no obstante, resultará algo extraño e innecesario, pues lo previsible será el cumplimiento voluntario o la ejecución en Estados Unidos. De otro, que la sentencia o la transacción puedan desplegar su eficacia preclusiva respecto de los miembros de la

(3) La bibliografía acerca de esta institución es simplemente inabarcable; para una primera aproximación, cfr. B. ROTHSTEIN, B. - WILLGING, T., *Managing Class Action Litigation: A Pocket Guide for Judges*, 2.ª ed., Federal Judicial Center, 2009. Con carácter general, cfr. también RUBINSTEIN, W. - CONTE, A. - NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, Westlaw, 2009; McLAUGHLIN, J., *McLaughlin on Class Actions*, Westlaw, 2008; BENDER, M., *Federal Litigation Guide*, 2009, Lexis Nexis, 2009, § 42; SOLOVY, J. - MARMER, R. - CHORVAT, T. - FEINBERG, D. M., *Moore's Federal Practice*, Lexis Nexis, 2009, § 23; HAZARD, G. - TAIT, C. - FLETCHER, W. - BUNDY, S., *Pleading and Procedure. State and Federal*, 9.ª ed., Foundation Press. Thomson West, Nueva York, 2005, pp. 733-820. En lengua española, cfr. el reciente trabajo de LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Comares, Granada, 2011.

(4) Cfr. al respecto ISSACHAROFF, S. - MILLER, G.P., «Will Aggregate Litigation come to Europe?», 62 *Vand. L. Rev.* (2009), pp. 179 y ss., esp. pp. 197-202; HESS, B., «Cross-border Collective Litigation and the Regulation Brussels I», *IPRax*, 2010-2, pp. 116-121; MUIR-WATT, H., «Brussels I and Aggregate Litigation or the Case for Redesigning the Common Judicial Area in Order to Respond to Changing Dynamics, Functions and Structures in Contemporary Adjudication and Litigation», *IPRax*, 2010-2, pp. 111-116.

(5) De hecho, puede que varios de los lectores de este trabajo, sin saberlo, se encuentren con que se discute acerca de sus derechos de propiedad intelectual en el proceso colectivo abierto frente a la empresa *Google*, promovido por algunos editores estadounidenses y la asociación de autores de ese país por la digitalización masiva y no autorizada de los fondos de cinco grandes bibliotecas de los Estados Unidos e Inglaterra, pero que también afecta a autores españoles (cfr. la información que puede obtenerse a partir de <http://www.cedro.org/prensa/noticias/2011/10/11/google>).

clase demandante que no han intervenido directamente en el proceso, pero cuyos derechos e intereses se han hecho valer en él, pues no han optado por desvincularse del proceso colectivo (es decir, de los llamados *absent class members*). Una respuesta favorable al reconocimiento significa que los tribunales españoles rechazarían el posterior ejercicio de acciones individuales en España por parte de cualquiera de esos *absent class members* frente a quien hubiera sido demandado en Estados Unidos (y podrían ser personas o empresas españolas).

El elemento común a ambas perspectivas –la eficacia en España de las sentencias y transacciones derivadas del ejercicio de una *class action* en Estados Unidos– es el que constituye el objeto de este trabajo. En efecto, desde hace ya varias décadas resulta habitual que se solicite a tribunales españoles el reconocimiento de sentencias dictadas por tribunales estadounidenses y, por supuesto, los tribunales españoles acceden a ello siempre que se cumplen las condiciones legalmente establecidas. No existe, pues, una praxis jurisprudencial hostil hacia las resoluciones judiciales procedentes de Estados Unidos, que pudiera fundarse en las diferencias que, aparentemente, separan a nuestros sistemas de justicia civil. Ahora bien, hasta donde es posible informarse a través de bases de datos y publicaciones, en nuestro país nunca se ha pretendido hasta ahora el reconocimiento de una sentencia o de una transacción alcanzadas a consecuencia del ejercicio de una *class action* ante un tribunal estadounidense: no hay precedente jurisprudencial conocido sobre esta cuestión (6).

Resulta así interesante tratar de ofrecer respuesta a una cuestión que, según parece, aún no se ha formulado en la práctica. Y, para ello, lo más sensato es someter las sentencias y acuerdos que homologan transacciones alcanzadas con ocasión del ejercicio de *class actions* al filtro de los requisitos y las condiciones de los que depende el reconocimiento en nuestro país de las resoluciones dictadas en el extranjero. De forma más específica, es necesario detectar los aspectos de la sentencia o de la transacción que podrían resultar problemáticos, conforme a los esquemas habituales de reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras a los que están acostumbrados los tribunales españoles, para determinar si constituyen obstáculos al reconocimiento y, en su caso, en qué medida.

II. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1881 A LAS RESOLUCIONES PROCEDENTES DE ESTADOS UNIDOS

Dada la ausencia de tratado internacional entre España y Estados Unidos sobre esta cuestión, el análisis, por el momento, debe efectuarse sobre la base del régimen legal interno en materia de reconocimiento y exequátur, es decir, a la luz de lo

(6) En doctrina, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 217-229; VIRGÓS SORIANO, M. - GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 427 y 644; CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009, pp. 227-257.

previsto en los artículos 951 a 958 LEC/1881 (7). Afortunadamente, debe tenerse en cuenta que, a pesar de su arcaísmo, las normas de la LEC/1881 en este punto han sido objeto de una importante reinterpretación jurisprudencial, que en buena medida ha servido para adaptar el régimen real de reconocimiento al desarrollo que esta materia ha experimentado a través de normas supranacionales –muy especialmente las elaboradas en el seno de la Unión Europea–.

Esta puesta al día ha sido posible, en gran parte, porque durante muchas décadas la competencia objetiva para decidir sobre el reconocimiento de las resoluciones extranjeras se hallaba concentrada en la Sala Primera del Tribunal Supremo. Tras las reformas operadas por las Leyes 62/2003 y 13/2009, la competencia corresponde a los Juzgados de Primera Instancia o a los Juzgados de lo Mercantil, pero éstos tienen muy en cuenta los criterios consolidados por el Tribunal Supremo; además, también son ellos –sobre todo los Juzgados de Primera Instancia– los encargados de resolver sobre el reconocimiento y el exequátur cuando resultan de aplicación los reglamentos comunitarios (en especial, el Reglamento 44/2001) y esto, se quiera o no, está también sirviendo para trasladar al ámbito de aplicación de la LEC/1881 los criterios de la normativa europea.

El sistema de reconocimiento de resoluciones extranjeras al amparo del régimen legal interno de la LEC/1881 comporta una extensión de efectos, es decir, conduce a que la resolución extranjera reconocida despliegue en nuestro país los efectos que ya produce en su Estado de origen –salvo que, al reconocerla, se haya impuesto alguna limitación–, aunque no sean equivalentes a los que produciría una decisión similar dictada por un tribunal español. Aunque no lo proclama expresamente ninguna norma escrita, así lo reconocen tanto la jurisprudencia (8) como la doctrina (9); se trata, por lo demás, de una interpretación coherente con la concepción del reconocimiento que inspira la normativa de la Unión Europea (10).

(7) Como es bien sabido, «reconocimiento» y «exequátur» son términos que designan realidades diferentes: se habla de reconocimiento para hacer referencia a la homologación de todos los efectos de una resolución extranjera, a excepción de la fuerza ejecutiva, para la que se emplea el latinismo *exequatur*. En relación con ello, y de cara a cuanto se dirá en este trabajo, conviene formular dos advertencias:

– En primer lugar, es evidente que nos interesa de forma especial el reconocimiento *stricto sensu*, pues esa es la noción en la que encaja el traslado a nuestro país de la eventual eficacia preclusiva de una sentencia o de una transacción fraguadas en Estados Unidos a resultas del ejercicio de una *class action*.

– En segundo término, no puede olvidarse que el sistema de la LEC/1881 –a diferencia de lo que ocurre en textos normativos más evolucionados– no distingue entre reconocimiento y exequátur en cuanto a los requisitos y al procedimiento para obtenerlos: es siempre necesario tramitar un proceso *ad hoc*, al que impropriamente se denomina siempre exequátur, aunque no se pretenda más que lograr que una resolución extranjera despliegue en nuestro país su eficacia constitutiva, su eficacia de cosa juzgada o su eficacia preclusiva.

(8) Cfr. STC 132/1991, de 17.6; ATS 24.12.1996 (RJ 19978394); ATS 20.7.1999 (RJ 5237); ATS 6.2.2001 (RJ 1511).

(9) Cfr., por todos, VIRGÓS SORIANO, M. - GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, cit., p. 564; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. - SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 188; CALVO CARAVACA, A. L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, 5.ª ed., Comares, Granada, 2004, pp. 321-322 y 377.

(10) Cfr. STJCE 4.2.1988, Asunto 145/86, *Hoffmann c. Krieg*.

En consecuencia, si una sentencia o una transacción obtenida en Estados Unidos tras el ejercicio de una *class action* resulta reconocida en España, producirá aquí los mismos efectos que en Estados Unidos: ello incluye, por supuesto, el efecto preclusivo, que impediría a cualquier *absent class member* el ejercicio de nuevas acciones frente a los mismos demandados sobre la base de los mismos hechos que fundaron el proceso en Estados Unidos.

Según el sistema previsto por la LEC/1881, en ausencia de tratado internacional el criterio básico para determinar si una decisión extranjera puede ser o no reconocida en España es la reciprocidad, que puede operar en sentido positivo (la resolución extranjera puede ser homologada en España si en el Estado de origen se admite también que desplieguen su eficacia las sentencias españolas) o en sentido negativo (se excluye la homologación cuando en el país de origen no se reconocen los efectos de las sentencias españolas). En teoría, pues, podría pensarse que si un tribunal español aprecia la existencia de reciprocidad positiva estaría justificado el reconocimiento de una sentencia o de una transacción como aquella a las que pudiera llegarse en una *class action*, sin necesidad de verificar la concurrencia de ningún otro requisito.

En la práctica, sin embargo, nuestra jurisprudencia ignora la reciprocidad: para entender que existe reciprocidad positiva es necesario que quien solicita el reconocimiento pruebe que en un caso similar ya se ha reconocido en el país de origen una sentencia equivalente dictada en España (11), es decir, habría que demostrar que un tribunal estadounidense ya ha reconocido una sentencia dictada en un proceso colectivo o una transacción colectiva aprobada por un tribunal español, pero no bastaría, en cambio, con argumentar que una sentencia dictada en un proceso colectivo español sería probablemente reconocida en Estados Unidos. Ante la imposibilidad práctica de acreditar la existencia de la reciprocidad, al resolver sobre el exequátur se afirma siempre que no está acreditada ni la reciprocidad positiva ni la negativa y, en consecuencia, se pasa a analizar directamente la concurrencia de los requisitos enumerados en el artículo 954 LEC/1881 (12), que constituyen, *de facto*, el único régimen legal interno en defecto de norma supranacional.

En su enunciado literal, el artículo 954 LEC/1881 supedita el reconocimiento a cuatro exigencias:

- «1. Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.
2. Que no haya sido dictada en rebeldía.
3. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.
4. Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieran para que haga fe en España.»

(11) ATS 7.4.1998 (RJ 3559) y ATS 13.11.2001 (JUR 2002\608).

(12) Cfr. ATS 24.12.1996 (RJ 1997\8394); ATS 9.6.1998 (RJ 5322); ATS 27.10.1998 (RJ 9009); ATS 20.7.1999 (RJ 5237); ATS 13.11.2001 (JUR 2002\608); ATS 28.5.2002 (JUR 2002\159025); ATS 8.7.2003 (JUR 2003\206114); ATS 20.1.2004 (JUR 2004\54318).

La reinterpretación efectuada por la Sala Primera del Tribunal Supremo y asumida ahora por los Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil ha «desfigurado» en gran medida el tenor del precepto y el resultado práctico es que, en el momento actual, para pronunciarse sobre el reconocimiento y/o el exequátur en España de una resolución extranjera al amparo del régimen legal interno es necesario controlar hasta siete elementos, deducibles en mayor o menor medida del tenor literal del artículo 954 LEC/1881 (13):

1. Que la resolución sea firme.
2. Que el tribunal del que procede fuera competente.
3. Que la resolución se haya dictado en ejercicio de una acción personal.
4. Que la resolución no se haya dictado en rebeldía (involuntaria) del demandado.
5. Que la resolución no lesione el orden público español.
6. Que la resolución sea auténtica.
7. Que la resolución no se oponga a otra que ya fuera eficaz en España.

El reconocimiento en España de una sentencia o de una transacción recaída en el contexto del ejercicio de una *class action* en Estados Unidos, por tanto, va a depender de que concurren estas siete condiciones. Como veremos seguidamente, algunas de ellas no plantean especiales dificultades; en otros casos, en cambio, el análisis habrá de ser más exhaustivo.

Antes de proceder a dicho análisis, sin embargo, es preciso solventar aún una cuestión previa: si es posible o no otorgar el reconocimiento y/o el exequátur a transacciones alcanzadas en el extranjero. En efecto, el desenlace más habitual para una *class action* estadounidense no es el dictado de una sentencia, sino la celebración de una transacción (*class settlement*) que ha de ser aprobada por el tribunal tras un análisis minucioso y exhaustivo de las repercusiones que ha de tener sobre todos los *class members* (y en especial de los ausentes) (14): ahora bien, una vez aprobado, el *class settlement* despliega los mismos efectos que una sentencia y, en particular, tiene eficacia preclusiva.

El reconocimiento y el exequátur de transacciones judiciales está admitido sin dificultades en diversos textos supranacionales (15), que asumen la posibilidad de que éstas deban desplegar sus efectos en países distintos de aquellos en que se aprueban. La LEC/1881 no lo contempla expresamente; en la actualidad, sin embargo, es algo que ha de considerarse posible, gracias a las reformas operadas por la Ley 62/2003, por la Ley 13/2009 y por la Ley 11/2011 en el artículo 955 LEC/1881, que se refiere ahora al reconocimiento de «sentencias y demás resoluciones judiciales, así como de acuerdos de mediación extranjeros». A mi juicio, dentro de la noción de las «demás resoluciones judiciales» tienen cabida aquellas que aprueban una transacción –transacción que, en su caso, puede ser también una transacción colectiva–, máxime si también se admite la atribución de eficacia trans-

(13) Cfr., por todos, JUÁREZ PÉREZ, P., *Reconocimiento de sentencias extranjeras y eclesiásticas por el régimen autónomo español*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008.

(14) Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial de los consumidores y transacción colectiva*, cit., pp. 48-67.

(15) En el contexto de la Unión Europea, lo permiten expresamente el artículo 58 del Reglamento 44/2001, así como el artículo 24 del Reglamento sobre el título ejecutivo europeo.

fronteriza a simples acuerdos de mediación. Lo necesario, pues, es que la transacción haya sido homologada y aprobada judicialmente, pues ha de haber, en todo caso, una resolución judicial que se someta a reconocimiento.

De hecho, en nuestro país, la eficacia vinculante de todo tipo de transacciones también depende de que se haya producido una aprobación por parte del tribunal (art. 19 LEC); por eso, cuando se solicita la ejecución forzosa de una transacción judicialmente homologada, el título ejecutivo no es la transacción en sí, sino la resolución judicial que la homologa (art. 517.1.3 LEC).

Esta exigencia de resolución judicial la cumplen por definición los *class settlements* estadounidenses, pues según la regla 23 (e) de las *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP, en lo sucesivo) no pueden existir como tales si no hay una decisión del tribunal que otorgue eficacia vinculante a la transacción; y, por supuesto, será esta resolución la que deba someterse a reconocimiento en nuestro país para que un *class settlement* pueda tener eficacia en España (16).

Sentado esto, debemos examinar ya con detenimiento el posible ajuste a los requisitos deducibles del artículo 954 LEC/1881 de la sentencia o de la resolución aprobando una transacción en relación con una *class action*.

III. LA FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN

La exigencia de firmeza de la resolución cuyo reconocimiento se pretende comporta la exclusión de toda suerte de ejecución provisional transfronteriza, pero es algo que, de ordinario, no debería ser fuente de especiales dificultades.

La sentencia que se dicte o la resolución judicial que apruebe una transacción derivada del ejercicio de una *class action* no se puede considerar firme, a efectos de reconocimiento en España, si alguna de las partes o algún *class member* la ha apelado o todavía puede hacerlo –cabe pensar, sobre todo, en el recurso basado en que algún *class member* haya formulado objeciones frente a la propuesta de transacción y el tribunal no las haya atendido al aprobarla–. En cambio, sí que se puede considerar firme si no ha sido apelada, ni puede serlo, o si se ha desestimado la apelación. Además, hay que considerarla firme aunque en un futuro pudiera plantearse algún tipo de remedio extraordinario frente a ella, del tipo de los que permiten en circunstancias muy singulares anular o rescindir una resolución judicial firme (17).

IV. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ORIGEN

Siguiendo con los requisitos marcados por la jurisprudencia, nuestros tribunales solo pueden reconocer efectos a las resoluciones judiciales extranjeras si aprecian que el tribunal que las ha dictado poseía competencia internacional para hacerlo. Este control se efectúa en un doble nivel:

(16) Cfr., en sentido similar, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. - SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 198.

(17) También en este sentido VIRGÓS SORIANO, M. - GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, cit., pp. 604-605.

1. AUSENCIA DE INFRACCIÓN DE COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

En primer término, se controla una eventual infracción a las competencias exclusivas de los tribunales españoles, tal y como se encuentran definidas actualmente en el artículo 22.1 LOPJ: así, no se reconocerán efectos en España a resoluciones dictadas en procesos que se han incoado respecto de asuntos en relación con los cuales, para la ley española, sólo pueden pronunciarse los tribunales españoles. Este filtro, en lo que ahora importa, no constituye un obstáculo al reconocimiento de sentencias o transacciones colectivas estadounidenses, pues en los casos más frecuentes de *class actions* –inversiones, consumo y daños masivos– lo que está en juego son pretensiones de resarcimiento en materia de responsabilidad civil contractual o extracontractual (18).

2. CONEXIÓN SUFICIENTE Y RAZONABLE CON LOS TRIBUNALES ESTADOUNIDENSES

Además de lo anterior, y de un modo más general, se verifica que el litigio presenta una conexión suficiente y razonable con el foro al que acudió el demandante y en el que se dictó la resolución que se quiere reconocer. A la hora de medir la concurrencia de esa conexión, se suele operar de dos modos: 1) de un lado, se enuncian los nexos que presenta el caso con el tribunal extranjero –*rectius*, con el Estado extranjero al que pertenece el tribunal– y se valora si se pueden considerar razonables; 2) de otro, se tiende a bilateralizar los fueros de competencia internacional previstos en la legislación interna española, es decir, se hace una especie de «comparativa» para comprobar si, en una situación análoga e inversa, un tribunal español se podría haber declarado competente para conocer del litigio. De este modo, se quiere evitar que los demandantes, de forma fraudulenta, busquen un «foro de conveniencia» en el extranjero, es decir, opten por acudir a tribunales de Estados que les puedan ser más favorables (sobre todo por acudir a Estados cuyas normas de conflicto determinen la aplicación al fondo del litigio de una norma que les sea ventajosa (19)).

Ahora bien, para entender que existe una conexión razonable y suficiente entre un litigio y los tribunales de un Estado no es necesario que el caso sólo presente conexiones con ese Estado –es decir, no se puede exigir que no presente conexiones con otros Estados–, pues sería algo imposible en la mayoría de los litigios

(18) La aplicación del artículo 22.1 LOPJ se justifica porque tampoco existe en materia de competencia internacional un convenio que nos ligue con los Estados Unidos. En todo caso, recuérdese que los fueros considerados exclusivos por el artículo 22.1 LOPJ solo rigen en estas materias: 1) derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España; 2) constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos; 3) validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro español; 4) inscripciones o validez de patente y otros derechos sometidos a depósito o registro, cuando se hubiera solicitado o efectuado en España el depósito o registro; 5) reconocimiento y ejecución en territorio español de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero.

(19) Cfr. ATS 24.12.1996 (RJ 1997\8394); ATS 27.10.1998 (RJ 1998\9009); ATS 20.7.1999 (RJ 5237); ATS 13.11.2001 (JUR 2002\608); ATS 28.5.2002 (JUR 2002\159025); ATS 20.1.2004 (JUR 2004\54318).

transfronterizos; es más, se puede considerar que existe una conexión razonable con un tribunal extranjero a pesar de que el asunto también pudiera presentar una conexión razonable con los tribunales españoles –siempre, por supuesto, respetando las competencias exclusivas–. En alguna ocasión, de hecho, el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto su expresa confianza en los puntos de conexión apreciados por el tribunal estadounidense de origen al afirmar su propia competencia y ha definido la conexión suficiente como la existencia de una proximidad del órgano judicial con el objeto y las partes del litigio que sea razonable y que facilite al demandado el acceso al proceso en términos de igualdad, de modo que pueda ejercitar debidamente sus derechos de defensa (20).

Ciñéndonos al ámbito que ahora nos ocupa, criterios como el domicilio del demandado en Estados Unidos o que sea dicho país el lugar de producción de los hechos que motivan la demanda –o, cuando menos, de los hechos más relevantes de entre aquellos en que se funda la demanda– pueden considerarse válidos para denotar una conexión suficiente entre la *class action* y los tribunales estadounidenses. En concreto, hay que tener en cuenta que el fuero del lugar de producción de los hechos dañosos es reconocido de forma general como un fuero válido en nuestro ordenamiento según el artículo 22.3 LOPJ, que atribuye competencia internacional a los tribunales españoles «en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español». Más aún, nuestros tribunales, cuando han tenido que hacer este análisis de la conexión suficiente para el reconocimiento de resoluciones extranjeras, han sostenido en varias ocasiones que para las demandas encaminadas a obtener la reparación de daños y perjuicios el punto de conexión más razonable es el del lugar donde los daños se han ocasionado (21). En consecuencia, un tribunal español, en sede de reconocimiento o exequátur, no podría reprochar a un tribunal estadounidense haberse declarado competente sobre la base de un criterio que, en un supuesto inverso, le habría permitido a él declarar su competencia.

V. RESOLUCIÓN DICTADA EN EJERCICIO DE UNA ACCIÓN PERSONAL

El tercer requisito al que nuestra jurisprudencia supedita el reconocimiento de una resolución extranjera viene enunciado en el apartado 1.º del artículo 954 LEC/1981, cuando exige literalmente que la resolución en cuestión «haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal». Conforme al diseño inicial de la LEC/1981 esta exigencia obedecía a un objetivo concreto: evitar la eficacia de sentencias dictadas en el extranjero respecto de bienes –muebles o, sobre todo, inmuebles– que estuvieran situados en España (ya que se habrían dictado a consecuencia del ejercicio de acciones reales). Era, pues, una forma indirecta de salvaguardar el respeto a las competencias exclusivas de los tribunales españoles. Por eso, en el momento actual la función de esta condición ha sido absorbida

(20) ATS 7.4.1998 (RJ 1998\3559).

(21) ATS 24.12.1996 (RJ 1997\8394); ATS 13.11.2001 (JUR 2002\608); ATS 20.1.2004 (JUR 2004\54318).

por el requisito anterior (control de la competencia del tribunal de origen) y apenas se le concede relevancia práctica. En cualquier caso, a estos efectos, las *class actions* se deben calificar como acciones personales, de modo que este requisito nunca podría suponer un obstáculo para el reconocimiento de la sentencia que se dicte o de la resolución judicial que apruebe una *class settlement*.

VI. RESOLUCIÓN NO DICTADA EN REBELDÍA (INVOLUNTARIA) DEL DEMANDADO

Como cuarto requisito, el artículo 954.2 LEC/1881 exige que la resolución cuyo reconocimiento se pretende no haya sido dictada en rebeldía en el extranjero. Como es bien sabido, desde hace ya bastantes años el Tribunal Supremo le ha atribuido a esta previsión un alcance más limitado, vinculándola con el respeto a los derechos del demandado durante la tramitación del proceso: es preciso cerciorarse de que tuvo conocimiento de la existencia de la demanda frente a él en un momento en el que le resultaba razonablemente posible hacer lo necesario para promover una adecuada defensa de sus derechos en el proceso. Por eso, en el momento actual, el simple dato de la rebeldía del demandado se ha convertido por sí solo en insuficiente para decidir sobre la procedencia del reconocimiento: la rebeldía del demandado en el extranjero será únicamente relevante cuando sea la prueba de que su derecho de defensa se vio infringido al no tener conocimiento de la existencia del proceso dirigido frente a él; por eso, sólo habrá óbice al exequátur cuando la rebeldía del demandado en el extranjero haya sido involuntaria o forzosa (22). El juicio acerca del carácter voluntario o involuntario de la rebeldía del demandado le corresponde en exclusiva al tribunal español que debe decidir sobre el reconocimiento, conforme a los parámetros deducibles de nuestra legislación y jurisprudencia, teniendo en cuenta sobre todo el modo en que se comunicó al demandado la existencia del proceso y se le tuvo por emplazado (23). Además, el Tribunal Supremo ha mostrado una actitud claramente favorable a «presumir» que la rebeldía fue involuntaria, arrojando sobre el solicitante del exequátur la carga de demostrar que el demandado tuvo conocimiento del proceso y pudo defenderse en él (24).

Tratándose del reconocimiento de sentencias o transacciones alcanzadas con ocasión de *class actions*, es importante tener claro que es la ausencia del demandado la que se controla a través de este requisito: la incidencia que puede tener sobre el reconocimiento la ausencia en el proceso de los *absent class members* es algo que se verá más adelante. Además, si en un futuro fuese necesario obtener en España el reconocimiento de la sentencia dictada en este tipo de asuntos, sería a iniciativa del demandado: y, por supuesto, si es el sujeto que fue demandado en el extranjero aquel

(22) ATS 8.9.1998 (RJ 7263); ATS 2.6.1998 (RJ 7195); ATS 8.9.1998 (RJ 6846); ATS 26.5.1998 (RJ 5345).

(23) STC 98/1984, de 24.10; STC 43/1986, de 15.4; STC 54/1989, de 23.2; STC 132/1991, de 17.6; ATS 2.2.1999 (RJ 788); ATS 26.1.1999 (RJ 194); ATS 8.9.1998 (RJ 6846); AATS 8.10.1996 (RJ 1998\5339 y 5340); ATS 28.4.1998 (RJ 3593).

(24) ATS 15.6.1999 (RJ 4348); ATS 26.1.1999 (RJ 194); ATS 8.9.1998 (RJ 7263); AATS 26.5.1998 (RJ 5345 y 4534); ATS 9.6.1998 (RJ 5322); ATS 28.4.1998 (RJ 3595).

que solicita después el reconocimiento de la sentencia en España, pueden considerarse sanados por esa conducta los posibles vicios que hubiera podido padecer para defender sus derechos en el proceso sustanciado ante el tribunal extranjero (25).

VII. RESOLUCIÓN QUE NO LESIONE EL ORDEN PÚBLICO

El artículo 954.3 LEC/1881 exige como requisito para la concesión del exequátur «que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España». De forma tradicional el Tribunal Supremo ha interpretado la licitud de la obligación, que por sí sola tendría un radio de acción muy reducido, como una exigencia más general: que la resolución no lesione el orden público español.

El concepto de «orden público», en el contexto del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, ha experimentado una clara evolución tras la entrada en vigor de la Constitución: ha de entenderse como el respeto a los principios constitucionales y derechos fundamentales, con especial atención a las garantías del debido proceso y del juicio justo reconocidas en el artículo 24 (26).

En este sentido, la STC 43/1986, de 15 de abril, señala lo siguiente: «aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución». Este tipo de formulaciones se reiteran constantemente en las decisiones que se pronuncian sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras (27).

Por eso, la jurisprudencia ha distinguido entre orden público procesal y orden público material: hay lesión al orden público procesal cuando la sentencia en el extranjero se ha dictado con infracción de alguna de las garantías esenciales del derecho a un juicio justo; y se lesiona el orden público material cuando el contenido en sí de la resolución judicial extranjera es contrario a los restantes valores constitucionales (v.g., el arresto de una persona por incumplimiento de obligaciones civiles) (28). Ahora bien, el control del orden público material tiene un límite importante: el procedimiento de reconocimiento no permite un nuevo enjuiciamiento sobre el fondo de la cuestión litigiosa, pues no es necesario para conceder el reconocimiento verificar si los tribunales españoles habrían llegado a la misma solución que el tribunal extranjero o si esa solución les parece aceptable (29).

(25) ATS 18.4.1998 (RAJ 3594).

(26) ATC 276/1983, de 8.6; STC 54/1989, de 23.2; STC 132/1991, de 17.6; ATS 10.9.1996 (RJ 1998\4446).

(27) Cfr., entre otros, ATS 24.12.1996 (RJ 1997\8394); ATS 4.3.2003 (JUR 2003\87951); STS 14.3.2007 (ROJ 1442\2007).

(28) AAP Barcelona (Sección 15.ª) 15.3.2010 (ROJ 2628\2010).

(29) STC 54/1989; STC 132/1991; también ATS 9.6.1998 (RJ 1998\5323).

Como se verá seguidamente, ninguna de estas vertientes del orden público español se tiene por qué ver vulnerada en caso de reconocimiento de la sentencia o de la resolución que aprueba una transacción a resultas del ejercicio de una *class action* estadounidense.

1. CLASS ACTIONS Y ORDEN PÚBLICO PROCESAL

Sobre la base del control del orden público en su vertiente procesal, el tribunal que debe decidir acerca del reconocimiento está facultado para verificar cómo se desarrolló el proceso en origen y denegará el reconocimiento si considera que se produjo una lesión relevante de alguna de las garantías previstas en el artículo 24 CE.

En lo que ahora interesa, son dos las principales cuestiones que se pueden plantear en relación con el orden público procesal: i) que se trate de resoluciones a las que se ha llegado tras el ejercicio de una *class action* estadounidense; ii) que, si se trata de una sentencia, ésta se haya pronunciado sobre la base de un veredicto emitido por un jurado. Ninguna de ellas, en mi opinión, tiene fuerza suficiente para impedir el reconocimiento, como se verá a continuación.

A) Las *class actions* del sistema procesal estadounidense no son incompatibles con el orden público español

1.º EQUIVALENCIA DE SISTEMAS Y MAYOR GARANTISMO DEL MODELO ESTADOUNIDENSE

Las *class actions* estadounidenses, desde una perspectiva puramente procesal, suponen que un sujeto determinado hace valer en un proceso judicial los derechos e intereses de una pluralidad de sujetos que se encuentran en una situación de hecho y de Derecho idéntica o extremadamente similar a la suya. Se trata, por tanto, de una excepción a la regla general –también vigente en Derecho español (cfr. art. 10 LEC)– de que cada sujeto solo está legitimado para defender en juicio sus derechos propios, pero no los derechos ajenos.

Desde esta perspectiva, un *absent class member* podría intentar oponerse en España al reconocimiento de una sentencia o de un *class settlement* estadounidense alegando que no ha participado en sentido propio en el proceso judicial en que se tomó una decisión que le afectaba directamente; y esto –podría tratar de aducirse– sería contrario al orden público español. El argumento, sin embargo, no se sostiene, dado que también el ordenamiento español regula herramientas de utilidad similar a las *class actions* para conseguir la tutela judicial de los derechos e intereses de una pluralidad de sujetos. Es cierto que las *class actions* estadounidenses son diferentes en algunos aspectos a nuestras acciones colectivas, pero lo relevante en este punto es verificar si hay algo en aquel sistema que resulte contrario a las garantías esenciales del proceso tal y como se conciben en nuestro país. Para ello, es conveniente efectuar una comparación de modelos en aquellos extremos que podrían resultar más sensibles y que, como veremos, permite extraer una conclusión preliminar: el sistema de *class actions* estadounidenses resulta más tuitivo de los derechos de los sujetos no litigantes que el sistema español de acciones colectivas.

– *Ámbito material.*

El ámbito material de las acciones colectivas españolas se encuentra restringido al ámbito del consumo (30) y, en menor medida, al de las relaciones laborales (31), mientras que el sistema de *class actions* vigente en Estados Unidos es más amplio, pues resulta de aplicación en ámbitos materiales en los que, por el momento, aún no son posibles las acciones colectivas en España. Esta discordancia de ámbitos materiales, sin embargo, no puede considerarse contraria al orden público interno: las acciones colectivas en España están restringidas a sectores determinados debido a una simple opción legal, que no está condicionada por imperativos constitucionales; nada impediría, por tanto, que la ley española extendiera el ámbito de las acciones colectivas fuera del Derecho del consumo y de los conflictos laborales colectivos. Lo único que tiene relevancia para el orden público es justamente admitir la litigación colectiva como excepción a la regla de que cada sujeto defiende en juicio sólo sus derechos y no los derechos ajenos; y eso es algo que ya está admitido por nuestro ordenamiento.

– *Legitimación y control judicial para el ejercicio de acciones colectivas.*

La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en España no está atribuida a cualquiera de los sujetos perjudicados por el hecho dañoso, sino que está restringida a determinadas entidades (de forma especial, pero no exclusiva, las asociaciones de consumidores y usuarios), en los términos establecidos por el propio artículo 11 LEC y por la legislación especial. La diferencia con el sistema estadounidense también es visible en este punto: no es un *class member* quien interpone la acción, sino una entidad diferente o, a lo sumo, un grupo numeroso de *class members*. En contrapartida, no existe en España un control judicial acerca de si la entidad que decide ejercer la acción actuará de forma adecuada en defensa de los dere-

(30) Según el artículo 11 LEC, las acciones colectivas proceden como reacción ante un hecho dañoso para una pluralidad de consumidores y usuarios. Ahora bien, la noción de «consumidores y usuarios» es bastante amplia: según el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ostentan esta condición «las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

(31) En el ámbito del proceso laboral existe un procedimiento especial, el proceso de conflictos colectivos (arts. 153 a 162 de la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social), que presenta rasgos similares. Este procedimiento sirve para tramitar las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo (art. 153.1 LJS). Al igual que sucede en el ámbito del proceso civil, en el ámbito del proceso laboral la legitimación para plantear un proceso colectivo no corresponde a los trabajadores afectados, sino a otros sujetos: los sindicatos, las asociaciones empresariales, los empresarios o los órganos de representación de los trabajadores, las administraciones públicas empleadoras y las asociaciones o sindicatos representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (art. 154 LJS). En ningún caso se permitirá la intervención a título individual de los trabajadores afectados, aunque los efectos del proceso se proyectarán directamente sobre ellos:

– Si se llega a un acuerdo o transacción, tendrá efectos vinculantes para todos los trabajadores, como si fuera un convenio colectivo (art. 156.2 LJS).

– Si se dicta sentencia y esta deviene firme, producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, y que versen sobre el mismo objeto (art. 160.3 y 5 LJS).

chos de todos los sujetos. Y, sobre todo, tampoco existe en los procesos colectivos españoles un trámite equivalente a la *class certification* del sistema estadounidense: los tribunales españoles no controlan al inicio del proceso si se dan las condiciones de idoneidad para el ejercicio de una acción colectiva, sino que deben tramitarla sin más si aprecian (i) que se trata de hechos dañosos para consumidores y (ii) que la entidad que ha interpuesto la demanda tiene legitimación para ello.

En Estados Unidos, la situación que subyace al ejercicio de una *class action* es siempre la siguiente: la conducta de una empresa o una Administración Pública ha lesionado la posición jurídica de una pluralidad de sujetos, que conforman la *class*. Sin embargo, ante los tribunales comparecen y actúan uno o varios miembros de la *class*, que se presentan a sí mismos como representantes de toda ella: estos sujetos, pues, no actúan sobre la base de un mandato representativo preexistente, sino que, en cierto modo, se proponen a sí mismos como representantes de la clase y toman la iniciativa de litigar en beneficio conjunto de todos.

Como contrapartida, para que una demanda presentada en ejercicio de una *class action* pueda admitirse y tramitarse como tal, ha de darse un control judicial preliminar acerca de la concurrencia de cuatro requisitos, enumerados en la regla 23(a) FRCP (32): i) número elevado (*numerosity*): el número de sujetos que integran la clase es tan elevado que no resulta practicable una acumulación subjetiva de acciones que se traduzca en una actuación de todos ellos en el mismo proceso; ii) elemento común (*commonality*): existen cuestiones jurídicas o de hecho que son comunes a toda la clase, es decir, a todos los sujetos afectados por la conducta que motiva la interposición de la demanda; iii) tipicidad (*typicality*): las pretensiones que sustentarán a título individual los sujetos que se presentan como representantes de la clase son del mismo tipo que las pretensiones de toda la clase; iv) actuación correcta de los representantes (*adequacy* o *adequacy of representation*): los sujetos que se presentan para actuar como representantes protegerán de forma justa y adecuada los intereses de la clase.

Además, la sustanciación de una *class action* está supeditada a la comprobación de que la situación encaja en *alguno* de los apartados de la regla 23(b) FRCP: i) supuestos en los que el ejercicio de acciones conjuntas a título individual podría originar el riesgo de que se dicten resoluciones incompatibles o diferentes en los diversos procesos, o que perjudiquen los intereses de quienes no hayan sido parte; ii) supuestos en que la parte contraria ha actuado o se ha negado a actuar con base en motivos que afectan de forma general a toda la clase y se solicita del tribunal una condena de hacer o de no hacer, o bien un pronunciamiento declarativo que resulta adecuado como tutela judicial para toda la clase; iii) supuestos en que el tribunal considera que las cuestiones jurídicas o fácticas comunes a todos los miembros de la clase predominan sobre las cuestiones que afectan a sus miembros de forma singular, y que una acción de clase es el mejor de los métodos disponibles para resolver la controversia de forma justa y eficaz.

Si se cumplen todos los requisitos enunciados, el tribunal podrá dictar resolución certificando la acción ejercitada como *class action*: el tribunal, pues, ha de decidir expresamente si permite el ejercicio judicial de la acción como acción

(32) De forma simplificada, cfr. HAZARD, G., *Pleading and Procedure*, cit., pp. 737-739; con más detalle, RESNIK, J., «Litigating and Settling Class Actions: The Prerequisites of Entry and Exit», 30 *U.C. Davis L. Rev.* 835 (1997).

colectiva. Además, en esa misma resolución tendrá que determinar qué tipo de *class action* es la ejercitada —es decir, al amparo de cuál de los tres apartados de la regla 23(b) FRCP se certifica—, habrá de definir la *class* y señalará cuáles son las pretensiones que serán objeto del proceso, al tiempo que habrá de designar el abogado o los abogados que se encarguen de su defensa [regla 23(c)(1) FRCP]; podrá, incluso, dividir la clase en subclases, si lo considera adecuado.

Como puede apreciarse, existe en el sistema estadounidense un fuerte control judicial sobre la legitimación y sobre la admisibilidad de la *class action*, en garantía de los derechos de los justiciables que no van a participar directamente en el proceso; ello impide apreciar la existencia de una eventual lesión al orden público español en este punto, que pudiera erigirse en óbice al reconocimiento de la sentencia o de la transacción derivadas del ejercicio de la *class action*.

– *Información a los titulares de derechos afectados y facultades de actuación de estos.*

Según el ordenamiento español, los concretos sujetos cuyos derechos e intereses se están defendiendo a través de la acción colectiva no necesitan participar en el proceso para beneficiarse de una eventual sentencia favorable o de una transacción: se entiende que sus derechos e intereses son objeto del proceso, sin necesidad de adhesión expresa por su parte a la acción. Ahora bien, la LEC les otorga la posibilidad de intervenir en el proceso, si lo desean, para defender de forma individualizada sus pretensiones. A tal fin, es preciso que los sujetos afectados puedan conocer la existencia en sí del proceso, para lo cual está previsto efectuar un *llamamiento colectivo* «a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso», en los términos del artículo 15 LEC. Eso sí, la LEC no regula en ningún momento la posibilidad de que un consumidor decida excluirse o separarse de la acción colectiva y reservarse el ejercicio de su acción individual para un proceso separado: no está regulado, por tanto, el *opt out* propio del sistema de las *class actions* estadounidenses.

En Estados Unidos, por el contrario, una vez certificada por el tribunal la *class action*, habrá que notificársela a los miembros de la clase [cfr. regla 23(c)(2) FRCP]: en concreto, habrá que comunicarles de forma comprensible el tipo de acción ejercitada, la definición de la clase, las pretensiones que se formulan, que pueden incorporarse al proceso asistidos de abogado, que pueden solicitar su exclusión de la clase en cierto tiempo y forma (*opting out*), así como que la sentencia tendrá efectos vinculantes si no solicitan esa exclusión. La información, por tanto, es exhaustiva y, sobre todo, existe margen para la autoexclusión. En concreto, se exige una comunicación personal y directa a los *class members* identificados, y se reservan las notificaciones por medios de comunicación social a los casos en que los *class members* son difusos [regla 23 (c)(2)(B) FRCP]. Existe un cuerpo muy extenso de jurisprudencia acerca de los modos en que es admisible realizar esa comunicación y de cuándo se considera que la información es suficiente y cuándo no; de hecho, existen empresas dedicadas de forma específica a la gestión de la comunicación. Además, en los casos en que se vaya a celebrar una transacción, es necesaria una notificación adicional del acuerdo propuesto a los *class members*, para que puedan formular objeciones y, si el tribunal lo considera apropiado, para que puedan solicitar su

exclusión [regla 23 (e)(1) FRCP]: y esta notificación, que refuerza las garantías de los *class members*, ni siquiera está prevista en el Derecho español.

Puede verse, pues, cómo también respecto de este aspecto el sistema estadounidense resulta conforme con el orden público español en su dimensión procesal.

– *Efectos de la sentencia o de la transacción sobre los titulares de derechos afectados.*

En nuestro país, la sentencia que se dicte al término de un proceso colectivo, una vez sea firme, produce efectos de cosa juzgada respecto de todos los sujetos afectados por el hecho dañoso que motivó el ejercicio de la acción: así lo establece con claridad el inciso final del artículo 222.3 LEC, sin que se pueda distinguir en función del resultado del proceso (33). En consecuencia, si un consumidor, a título individual, ejercita una acción contra un empresario por un hecho dañoso que ya dio lugar a un proceso colectivo resuelto por sentencia firme, el demandado podrá hacer valer la fuerza de cosa juzgada y el tribunal deberá sobreseer el segundo proceso, aunque el consumidor demandante no hubiera participado en el primer proceso y aunque afirme que desconocía su existencia. Además, teniendo en cuenta la equiparación que hace el artículo 1816 CC entre sentencias judiciales y transacciones, la conclusión anterior se puede trasladar válidamente a la transacción colectiva que se acuerde en el marco de un proceso colectivo, si resulta aprobada por el tribunal (art. 19 LEC). La doctrina y la jurisprudencia discrepan en ocasiones acerca de si una transacción despliega, en sentido estricto, efectos de cosa juzgada, pues nada ha juzgado el tribunal sobre el fondo de la controversia. Pero lo cierto es que de forma invariable la jurisprudencia atribuye a las transacciones una eficacia preclusiva equivalente a la eficacia negativa de la cosa juzgada, que impide a los sujetos vinculados por la transacción abrir un nuevo proceso que verse sobre aquello que se resolvió en la transacción (*exceptio pacti*) (34).

(33) Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 187-188; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000, p. 224; CALDERÓN CUADRADO, M.ª P., *Tutela civil declarativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 480-487; MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional. II. Proceso civil*, 18.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 488.

(34) La STS 5.4.2010 (ROJ 1874\2010), sintetiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este punto del modo siguiente:

«Según la jurisprudencia la transacción, sea judicial o extrajudicial, produce el efecto de sustituir una relación jurídica controvertida por otra cierta y no controvertida, extinguiendo los derechos y acciones en que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones (SSTS 8 y 17 de julio de 2008, RC núm. 3182/2001 y RC núm. 211/2002). Por eso se ha negado la posibilidad de plantear cuestiones que afecten a las situaciones preexistentes a la transacción, que han perdido la protección jurídica al ser transigidas (SSTS de 20 octubre de 2004, RC núm. 2563/1998 y 7 de julio de 2006, RC núm. 4131/1999). La «exceptio pacti» [excepción de transacción], de significado semejante al de la cosa juzgada material, puede ser opuesta en cualquier proceso, aunque la LEC sólo se refiere a ella como excepción a la acción ejecutiva (artículo 557.1.6.ª LEC).

Si la transacción tiene para la partes efectos de cosa juzgada, según el artículo 1816 CC, vincula al órgano jurisdiccional en un proceso posterior cuando concurre identidad de elementos subjetivos y objetivos (SSTS de 30 de enero de 1999, RC núm. 2281/1994). Sin embargo, la jurisprudencia ha declarado que la transacción no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes (SSTS de 28 de septiembre de 1984, 10 de abril de 1985 y 14 de diciembre de 1988) y que la imposibilidad de replantear las cuestiones transigidas no implica que la transacción

Lo mismo sucede en Estados Unidos: los efectos de la sentencia que se dicta como consecuencia del ejercicio de una *class action* son vinculantes para todos los *class members*, sea cual sea el sentido del fallo. Hay, por tanto, una extensión de la cosa juzgada a terceros (35): no todos ellos han litigado en sentido propio, pero sí que se han hecho valer sus derechos en juicio. Esta eficacia vinculante significa también que hay *collateral estoppel*, de modo que no cabe *collateral attack* a las sentencias (en terminología española significa que también se despliega la eficacia positiva de la cosa juzgada material y esto también impide que prosperen procesos singulares que pretendan desvirtuar la sentencia).

Para que esta eficacia sea legítima es necesario que se entienda respetado el *due process of law* de los miembros de la clase, para lo cual es preciso que se cumplan tres exigencias: información (*notice*), posibilidad de exclusión y actuación adecuada de los representantes (*adequacy*).

– Es necesario haber ofrecido información adecuada (*notice*) a los miembros de la clase acerca de la existencia de la acción y de la posibilidad que tienen de separarse de ella, de modo que la sentencia no les afecte (en los términos antes expuestos).

– Se reconoce a todos los miembros de la clase la facultad de excluirse del proceso colectivo (*opt out*) y quedar formalmente fuera de él, de modo que no les afecten sus resultados y puedan entablar una acción separada a título individual (36).

– Se ha de controlar, finalmente, que los representantes de la clase desarrollan su labor de representación en juicio de una forma correcta, en beneficio de todos y sin incurrir en abusos (*adequacy*) (37).

En este punto, por tanto, puede apreciarse cómo la solución de la legislación española es similar a la vigente para las *class actions* estadounidenses. El sistema español de acciones colectivas no se funda en la adhesión voluntaria de los individuos a la demanda, sino que todos los sujetos afectados, lo quieran o no, y lo sepan o no, deben aceptar que otro sujeto pueda ejercer en juicio sus derechos de forma colectiva, junto con los de otros muchos. Es muy importante, así, resaltar cómo el sistema español admite una forma de litigar en la que unos sujetos hacen valer en juicio los derechos de otros, de modo que éstos quedan vinculados *pro futuro*; y, como se ha visto, lo hace sin ni siquiera exigir que el tribunal posea una certeza plena de que los sujetos afectados conocían la existencia de ese proceso, conformándose en muchos casos con un llamamiento colectivo hecho a través de medios de comunicación social. Y esto también excluye, en relación con este extremo, la incompatibilidad con nuestro orden público del sistema de *class actions* estadounidenses.

sea invulnerable, ya que puede impugnarse su validez y eficacia, dejándola sin efecto y reavivando la situación jurídica anterior.»

En doctrina, cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3.ª ed., Cera, Madrid, 2004, p. 482; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, cit., p. 224.

(35) Cfr. CASAD, R. - CLERMONT, K., *Res Judicata. A Handbook on its Theory, Doctrine and Practice*, Carolina Academic Press, Durham, 2001, pp. 161-163.

(36) La opción de exclusión se regula expresamente para las *class actions* que se certifican al amparo de la regla 23(b) (3) FRCP.

(37) Cfr. *Hansberry v. Lee* [311 US 32].

– *Algunas conclusiones generales.*

Parece, en definitiva, que el sistema español de acciones colectivas, en sus elementos esenciales, es menos garantista para los sujetos afectados no litigantes que el sistema estadounidense de las *class actions*: de un lado, porque el control judicial sobre el inicio y el desarrollo del proceso es mucho menor, a pesar de que ese control se justifica siempre en interés de los sujetos afectados no litigantes; de otro lado, porque es más duro con los sujetos afectados no litigantes, a los que no se les concede con claridad la facultad de excluirse del proceso, a pesar de que quedarán vinculados por su resultado, aunque les sea desfavorable.

Por ello, no puede decirse que lesiona el orden público procesal español el reconocimiento en España a una sentencia o una transacción a las que se ha llegado en Estados Unidos a través de una forma de litigación que también existe en España, máxime cuando parece que esa forma de litigación, en España, está sujeta a garantías inferiores para los sujetos afectados no litigantes (es decir, para los *absent class members*).

2.º ¿POSIBLES INFRACCIONES DEL ORDEN PÚBLICO PROCESAL ESPAÑOL?

Ahora bien, si el sistema de las *class actions* estadounidenses no resulta en sí mismo incompatible con nuestro orden público, pueden imaginarse al menos dos objeciones de carácter más singular en las que un *absent class member* podría tratar de sustentar una alegación de vulneración de garantías y, en consecuencia, una infracción al orden público español en su dimensión procesal: el desconocimiento efectivo de la existencia del proceso en Estados Unidos y la excesiva onerosidad de una eventual actuación procesal en Estados Unidos.

– *Consecuencias sobre el reconocimiento del desconocimiento de la existencia del proceso en Estados Unidos.*

En primer término, el *absent class member* residente en España que pretende incoar un proceso individual ante un tribunal español podría sostener, para evitar la fuerza preclusiva de la resolución estadounidense –incluso si ésta ya recibió formalmente el reconocimiento, o en el contexto del propio procedimiento de exequátur–, que no fue debidamente informado de la existencia del proceso en Estados Unidos, de modo que no pudo defenderse en él.

Según lo que se ha expuesto antes, si el proceso colectivo se hubiera desarrollado en España, esta afirmación no siempre tendría virtualidad suficiente para excluir la eficacia preclusiva de una sentencia colectiva, al menos en los casos en que se ha ejercido una acción en defensa de los derechos de una pluralidad de sujetos indeterminados o de difícil determinación. En cambio, en supuestos transfronterizos, no puede descartarse el riesgo de que un tribunal español pudiera atender a este razonamiento, aunque sólo fuera por motivos puramente sociológicos. No obstante, es relativamente sencillo neutralizarlo.

En efecto, la legislación estadounidense exige que se notifique de forma debida a los *class members* el ejercicio de la acción colectiva, de modo que puedan ejercer la facultad de excluirse del proceso. En principio, esta comunicación a los *class*

members ha de hacerse con arreglo a las exigencias de la ley estadounidense (38). Sin embargo, cuando se pretende el reconocimiento en España de una resolución extranjera y se cuestiona la corrección de la notificación, el control debe formularse atendiendo también a los parámetros o reglas propios de la legislación española (39): este criterio podría aplicarse en los supuestos de notificación del proceso colectivo a los *class members*.

En consecuencia, lo relevante es que a los *class members* con residencia en España se les haya comunicado la existencia del proceso por procedimientos y con garantías equiparables a las establecidas para supuestos análogos en la legislación española: si es así, debería rechazarse una eventual objeción al reconocimiento por parte del *absent class member* que alegara no haber tenido conocimiento de la existencia del proceso (40). En este punto, el artículo 15 LEC contempla dos posibilidades.

– Que los sujetos perjudicados estén identificados o sean fácilmente identificables: en este caso, es necesario efectuar una primera comunicación personal de la interposición de la demanda y, después, dar publicidad a la admisión de la demanda por medios de comunicación social de alcance en el lugar donde se hayan producido los hechos dañosos.

– Que los sujetos perjudicados no estén identificados y no sean fácilmente identificables: entonces debe bastar con el llamamiento colectivo a través de los medios de comunicación social.

Me parece evidente que los estándares ordinarios de notificación a los *class members* en el sistema de las *class actions* estadounidenses, a los que se ha hecho referencia antes, cumplen sobradamente estos requisitos: es obligatoria la comunicación personal y directa a los *class members* identificados, así como la notificación a través de los medios de comunicación social cuando los afectados son difusos; y, recuérdese, en los casos en que se plantea la celebración de una transacción, es necesaria una notificación adicional del acuerdo propuesto, para que los sujetos afectados puedan formular objeciones y –bajo control judicial– solicitar su exclusión del proceso y del acuerdo.

En consecuencia, no debería haber obstáculos para el reconocimiento en España de una sentencia o una decisión aprobando una transacción como resultado de una *class action* estadounidense si se puede acreditar lo siguiente: 1) que a todos los *class members* que estaban identificados se les notificó de forma directa y comprensible la existencia del proceso; y 2) que se hizo un llamamiento a través de medios de comunicación social españoles para poner la existencia del proceso colectivo en conocimiento de posibles *class members* no identificados pero residentes en España.

La comunicación directa a los *class members* identificados puede hacerse de forma privada a los interesados, siempre que quede constancia fehaciente de que se

(38) Cfr. la *ratio* del ATS 20.1.2004 (JUR 2004\54318).

(39) Cfr. ATC 795/1988, de 20.6; AAP Barcelona (Sección 15.ª) 14.10.2003 (AC 2003\1896); AAP Alicante (Sección 4.ª) 23.4.1999 (AC 1999\799).

(40) En este sentido, cfr. también VIRGÓS SORIANO, M. - GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, cit., pp. 644-645.

ha realizado: el artículo 15.2 LEC admite este tipo de notificación privada a los perjudicados por el hecho dañoso en supuestos puramente internos (41), de modo que no hay motivo para modificar esta exigencia en casos transfronterizos. No es necesario, por tanto, que sea un tribunal español el que notifique la existencia del proceso colectivo a los *class members* residentes en España, v.g. a través de una comisión rogatoria al amparo del Convenio de La Haya de 1965 sobre notificación en el extranjero (42).

En cambio, sí que debe exigirse que la notificación se efectúe en un idioma que el destinatario conozca, pues ha de serle comprensible. Por eso, en caso de duda, habrá de efectuarse en español.

En cuanto al contenido de esta comunicación, lo establecido en la regla 23 (c)(2) (B) FRCP cumple sobradamente con los requisitos que se exigirían en supuestos internos (informar de forma comprensible acerca del tipo de acción ejercitada, la definición de la clase, las pretensiones que se formulan, que pueden incorporarse al proceso asistidos de abogado, que pueden solicitar su exclusión de la clase en cierto tiempo y forma, así como que la sentencia tendrá efectos vinculantes si no solicitan esa exclusión).

Tratándose de una comunicación consistente en un llamamiento colectivo a posibles *class members* residentes en España y no identificados, resultará aconsejable: 1) optar por un medio de comunicación de difusión general en todo el territorio nacional; 2) facilitar la información en lengua española; 3) incluir el contenido establecido en la regla 23 (c)(2)(B) FRCP.

Lo mismo habría que hacer, *mutatis mutandis*, respecto de la notificación a los *class members* de la existencia de un proyecto de transacción.

En todos los casos, es importante tener en cuenta que la jurisprudencia española considera que la carga de acreditar la correcta notificación corresponde a quien solicita el reconocimiento (43). En este sentido, debe advertirse que no tienen por qué coincidir el sujeto que promueva la notificación (los demandantes en el proceso ante un tribunal estadounidense) y el sujeto que después puede necesitar obtener su reconocimiento en España (los demandados en el proceso ante el tribunal estadounidense, en caso de que se vieran nuevamente demandados en España por algún *class member* a título individual). Es importante, por ello, que los demandantes faciliten a los demandados los documentos que acrediten de forma fehaciente la práctica de esas notificaciones.

En definitiva, una correcta notificación de la existencia del proceso estadounidense a los *absent class members* residentes en España les impedirá, con posterioridad, oponerse al reconocimiento de la sentencia o de la transacción alegando la imposibilidad de haberse defendido en juicio.

Una cuestión similar a ésta se planteó en el asunto resuelto por el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, de 9 de junio de 2003 (44),

(41) En efecto, el art. 15.2 LEC establece el deber de comunicar previamente el «propósito de presentación de la demanda» a todos los interesados: se trata, por tanto, de una comunicación que ha de hacerse en un momento en que la demanda aún no se ha presentado y que, en consecuencia, ha de ser privada.

(42) Cfr. AAP Barcelona (Sección 15.ª) 14.10.2003 (AC 2003\1896).

(43) ATS 9.6.1998 (RJ 5322); ATS 3.10.2000 (RJ 7980).

(44) JUR 2003\247093.

aunque en relación con el llamado «proceso tipo» del Derecho inglés, en virtud del cual, cuando un mismo demandante se dirige, en procesos diferentes, frente a varios demandados que se encuentran en condiciones similares, el tribunal puede resolver sólo uno de ellos de forma plenaria y después extender el resultado a los demás procesos. El sujeto frente a quien se pretendía el ejecutivo de una sentencia dictada por un juez inglés en estas condiciones se oponía aduciendo su ausencia del proceso y la vulneración de sus derechos fundamentales de audiencia y defensa. Pero el tribunal, con razón, rechazó su alegación recordando que, al aceptar el proceso tipo, él mismo excluyó la posibilidad de una defensa individualizada y personal y que le habría bastado con no haber aceptado el proceso tipo –algo que podría haber hecho con libertad– para haber eludido el resultado que denunciaba como motivo de oposición al reconocimiento.

– *El argumento de la excesiva onerosidad de la actuación ante los tribunales estadounidenses*

El *absent class member* podría también tratar de sostener que la defensa de su derecho ante un tribunal estadounidense le habría resultado muy gravosa y que, por tanto, no tuvo una posibilidad real de defender su posición jurídica en el proceso de origen.

De ser cierta esta afirmación, el tribunal español que tuviera que decidir sobre el reconocimiento podría entender que se ha producido indefensión y, por tanto, lesión al orden público. Pero sería un argumento no admisible, por dos razones básicas:

– En primer lugar, porque no es necesaria su participación activa en el proceso, dada la configuración de los procesos colectivos: puede beneficiarse del resultado del proceso aunque no intervenga en él.

– En segundo término, porque siempre tendría la opción de excluirse del proceso de *class action*: las exigencias para hacerlo, según la legislación y la práctica estadounidenses, son sencillas y están al alcance de un *class member* residente fuera de Estados Unidos (con frecuencia es suficiente con remitir una comunicación escrita, sin necesidad de que intervenga un abogado, o con cumplimentar *online* un formulario) (45).

De hecho, la STC 43/1986, de 15 de abril, considera absolutamente irrelevantes, de cara a denegar el reconocimiento, las afirmaciones efectuadas por el oponente de la mayor onerosidad de defenderse en el extranjero (en concreto, en Estados Unidos) y la desconfianza que le suscitaba el tribunal que había de conocer del litigio.

B) El reconocimiento de una sentencia pronunciada sobre la base del veredicto emitido por un jurado no es contrario al orden público español

Entre las garantías que conforman el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se encuentra la exigencia de que las resoluciones judiciales estén motiva-

(45) Serían de aplicación también aquí los razonamientos del AAP Madrid (Sección 14.^a) 9.6.2003 (JUR 2003\247093), a los que se ha hecho referencia antes.

das (art. 120, en relación con el art. 24 CE), de modo que los justiciables puedan conocer las razones por las cuales los tribunales toman sus decisiones. En consecuencia, a la hora de pronunciarse sobre el reconocimiento de resoluciones extranjeras, la jurisprudencia considera que procede denegarlo si éstas no están motivadas, pues entonces serían contrarias al orden público español, en su vertiente procesal (46).

En concreto, y en lo que ahora nos interesa, resulta preciso plantearse si una sentencia pronunciada por un tribunal estadounidense sobre la base del veredicto emitido por un jurado estaría o no suficientemente motivada, teniendo en cuenta que: i) de ordinario, si una *class action* no es objeto de transacción, lo habitual es que sea enjuiciada y decidida por un jurado; ii) según el sistema procesal estadounidense los jurados no siempre deben motivar sus veredictos (regla 49 FRCP).

Como es sobradamente sabido, la motivación de las resoluciones judiciales sirve para que las partes puedan conocer los hechos que los tribunales han considerado probados, así como los argumentos jurídicos con arreglo a los cuales han decidido extraer consecuencias jurídicas a partir de esos hechos: es una garantía frente a la arbitrariedad de los jueces que, al mismo tiempo, permite impugnar sus decisiones (47). Ahora bien, cuando se trata de analizar la motivación de las resoluciones judiciales extranjeras de cara a su reconocimiento, es importante aclarar lo siguiente:

- No se puede tratar de encubrir, como falta de motivación, lo que es realmente un control de fondo de la resolución (48).
- No se puede medir la motivación de las sentencias extranjeras con los criterios de motivación del ordenamiento español, sino que simplemente ha verificarse que las partes del proceso han podido conocer las razones que justifican la decisión judicial (49).
- Ha de admitirse la posibilidad de que la motivación o fundamentación de la sentencia se pueda integrar con otros documentos o resoluciones del proceso, o incluso con lo actuado durante el proceso (50).

(46) STC 54/1989, de 23.2; STC 132/1991, de 17.6; ATS 24.12.1996 (RJ 1997\8394); ATS 20.1.2004 (JUR 2004\54318); AAP Barcelona (Sección 15.ª) 20.10.2006 (JUR 2009\203309).

(47) Por todas, cfr. STC 302/2005, de 21.11.

(48) En este sentido, la STC 132/1991, de 17.6, señala lo siguiente: «Que el Tribunal español compruebe si la resolución extranjera cumple o no con dicha exigencia no puede implicar, sin embargo, la revisión de fondo de la resolución, esto es, la del Derecho que se aplica o la del conjunto del razonamiento que ha conducido a la decisión adoptada, pues el Juez del exequátur, como ya hemos dicho, no opera como una instancia revisora de la decisión judicial extranjera, sino únicamente como una instancia homologadora de aquélla. La comprobación de la fundamentación y motivación en Derecho de la sentencia extranjera ha de desvincularse, así, de la verificación del acierto o corrección interna desde el punto de vista jurídico de la fundamentación de la Sentencia, pues ello convertiría al Juez del exequátur en una instancia casacional, lo que está notoriamente fuera de su función homologadora, y ha de contraerse, en lo que a aquella exigencia se refiere, a comprobar que en la resolución extranjera se exponen los argumentos que la fundamentan, los cuales permiten conocer la respuesta que se proporciona a las cuestiones planteadas, y que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del derecho aplicado y no fruto de la arbitrariedad del órgano judicial» [en la misma línea, también el ATS 24.12.1996 (RJ 1997\8394)].

(49) Nuevamente, en este sentido, la STC 132/1991, de 17.6.

(50) El ATS 20.1.2004 (JUR 2004\54318) considera aceptable deducir los fundamentos de hecho de la sentencia a partir del testimonio de la vista oral celebrada; y el AAP Barcelona 20.10.2006

– De forma más específica, el Tribunal Supremo no ha considerado contrario al orden público español que la sentencia se haya fundado en el veredicto de un jurado, en un caso en el que la parte opositora al exequátur alegaba la irregular actuación del jurado, la existencia de presiones y su irrazonable fijación de la cuantía indemnizatoria (51).

Teniendo en cuenta los datos anteriores, me parece que una eventual sentencia que se dictara sobre la base del veredicto de un jurado no podría considerarse carente de motivación, desde la perspectiva del control de orden público español, pues todos los sujetos involucrados en el proceso habrán podido conocer las razones por las cuales se ha llegado a ese resultado, teniendo en cuenta que en los procesos por jurado estadounidenses los demandantes tienen la carga de individualizar todas las pretensiones (*counts*) que formulan frente a los demandados y los hechos en que se fundan, al tiempo que el tribunal está facultado para delimitar cuáles son los fundamentos jurídicos admisibles para cada una de las pretensiones formuladas por los demandantes. En consecuencia, un eventual veredicto favorable para los demandantes significa que el jurado ha considerado ciertos los hechos que fundan cada *count*, que ha tomado como base para su convicción las pruebas practicadas en el juicio y que ha considerado aplicables las fundamentaciones jurídicas propuestas respecto de cada *count* por los demandantes que hayan sido admitidas por el tribunal. Existe, pues, un claro conocimiento de las razones por las cuales el pronunciamiento judicial ha sido el que es: una sentencia dictada en las condiciones descritas debería considerarse suficientemente motivada por un tribunal español a los efectos de superar el test de respeto al orden público interno.

2. CLASS ACTIONS Y ORDEN PÚBLICO MATERIAL

Verificado que la sentencia o la resolución aprobando una transacción alcanzada a resultas del ejercicio de una *class action* no tiene por qué ser contraria a la vertiente procesal del orden público español, es preciso analizar ahora si podría considerarse contraria por algún motivo al orden público en su vertiente material. En concreto, se debe comprobar si existe algo en el objeto del proceso y en la tutela judicial solicitada que pudiera resultar contrario a los valores constitucionales básicos vigentes.

Al margen de las singularidades que pueda presentar cada caso concreto, las mayores dudas, en este punto, se pueden suscitar con la institución de los *punitive damages* del ordenamiento estadounidense, que permiten cuantiosas sumas adicionales a la reparación del daño ocasionado –con frecuencia desproporcionadamente superiores a aquélla– sobre la base de la apreciación de que el demandado ha incu-

(JUR 2009\203309) admite la remisión a una resolución judicial anterior para integrar la fundamentación jurídica de la sentencia.

(51) ATS de 24.12.1996 (RJ 1997\8394).

rrido en una conducta que va más allá de la simple negligencia (52); y es frecuente que las sentencias estimatorias de una *class action* incluyan este tipo de condenas.

Los *punitive damages* son una figura jurídica que no existe en el Derecho español de daños –ni contractuales, ni extracontractuales–, que sigue como regla el criterio del resarcimiento estricto del perjuicio producido: como ha señalado, por ejemplo, la STS de 19 de diciembre de 2005 (53), «la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento, pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados «daños punitivos» ni tiene ahora función la idea de una «pena privada».

En alguna ocasión, cuando se ha pretendido el reconocimiento en España de una sentencia estadounidense que contenía una condena al pago de *punitive damages*, el demandado se opuso aduciendo que sería contrario al orden público interno, en su versión material, dar validez a una institución contraria a las reglas generales del Derecho de daños español. La respuesta, sin embargo, ha sido siempre negativa:

– En términos generales, porque el hecho de que una figura jurídica no exista en nuestro ordenamiento no es obstáculo por sí solo para denegar su reconocimiento.

Además de las resoluciones que se citarán seguidamente a propósito de los *punitive damages*, puede verse el AAP Navarra de 15 de enero de 2002 (54) respecto de las *astreintes* del Derecho francés, que son multas coercitivas que se abonan al acreedor en caso de incumplimiento de ciertas obligaciones judiciales por el deudor, y que a los ojos del Derecho español podrían generar un enriquecimiento ilícito: el desconocimiento de esta figura en Derecho español no es obstáculo para la ejecución en España de la resolución francesa que las impone al demandado.

– En particular, respecto de los *punitive damages*, cabe tener en cuenta que el sistema ordinario de reparación de daños no puede entenderse vinculado con valores constitucionales esenciales, razón por la que los *punitive damages* no se pueden considerar contrarios al orden público español. Por eso, denegar el reconocimiento por este motivo supondría ir más allá del control de orden público y comportaría efectuar un control de fondo de la sentencia extranjera, que no está permitido.

En concreto, el ATS de 24 de diciembre de 1996 (55) rechaza la oposición al reconocimiento con el argumento de que el tribunal español se estaría inmiscuyendo indebidamente en los conceptos y bases indemnizatorias de los daños, así como en el ámbito de discrecionalidad para su determinación admitido en el ordenamien-

(52) Para una explicación simplificada, cfr. HAZARD, G., *Pleading and Procedure*, cit., pp. 40-42.

(53) ROJ 7846/2005.

(54) ROJ 1/2002.

(55) RJ 1997\8394.

to jurídico de origen (el estadounidense). Y la cuestión se aborda con algo más de detenimiento en el ATS de 13 de noviembre de 2001 (56), en un supuesto en que el demandado se opuso al reconocimiento de una sentencia dictada por el Tribunal Federal de Primera Instancia para el Distrito Sur de Texas, que le imponía el pago de *punitive damages*, alegando que era contraria al orden público en su vertiente material o sustantiva. La alegación se rechaza con rotundidad, en los siguientes términos:

«Debidamente centrada la cuestión (...), se ciñe a comprobar la adecuación de los pronunciamientos de condena de la sentencia por reconocer –propia-mente, de los efectos derivados de ellos– al orden público en su vertiente sustantiva, identificado aquí con el conocimiento que de una determinada figura jurídica o institución tenga el ordenamiento interno, y con la posibilidad de convivir armónicamente con las que éste contempla y regula. En la sentencia por reconocer es fácil descubrir, en efecto, pronunciamientos económicos que responden a una finalidad no estrictamente compensatoria de los daños sufridos como consecuencia de la actuación de la parte demandada, sino más bien punitiva y sancionadora, e igualmente preventiva de daños futuros. A la hora de concretar los principios y valores jurídicos esenciales con los que cabe identificar el concepto de orden público internacional, no se puede desconocer que aquellos bajo los que se desenvuelve el mecanismo de la indemnización de los daños y perjuicios no son ajenos enteramente a la idea de prevención, y que tampoco les son extraños los instrumentos sancionatorios coercitivos, tanto en el ámbito material –contractual, específicamente–, como en la esfera procesal. No siempre es fácil, además, diferenciar los conceptos indemnizatorios y delimitar el quantum correspondiente a esa sanción coercitiva y el que responde a la reparación de daños morales. En cualquier caso, a la hora de enfrentarse al dilema de su conciliabilidad con el orden público, a efectos de reconocimiento de decisiones extranjeras, no puede perderse de vista ni la relación que el asunto presenta con el foro, ni, especialmente, el principio de proporcionalidad que ha impregnado las decisiones de los Tribunales de los Estados de nuestro entorno en trances similares. Por otra parte, y además, hay que tener en cuenta que los referidos «*punitive damages*» han utilizado la responsabilidad civil como ente del derecho privado, como un menoscabo del derecho punitivo, lo que está totalmente de acuerdo con la doctrina de la intervención mínima en el indicado ámbito penal, y por ello, en base a dicha doctrina absolutamente generalizada, no puede hablarse de los daños punitivos como una entidad atentatoria para el orden público.»

En definitiva, ha de quedar claro que los *punitive damages* del Derecho estadounidense no son necesariamente contrarios al orden público español (57). Y, en consecuencia, no podría denegarse con base en este motivo el reconocimiento a una eventual sentencia que incluyera una condena al pago de una suma de dinero en concepto de *punitive damages*.

(56) JUR 2002\608.

(57) En doctrina, cfr. también VIRGÓS SORIANO, M. - GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, cit., pp. 647-650; con menor rotundidad, CALVO CARAVACA, A. L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 392.

VIII. RESOLUCIÓN AUTÉNTICA

El artículo 954.4 LEC/1881 exige expresamente «que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España». Se trata de un requisito que no ha planteado nunca dificultades en la práctica: habitualmente los solicitantes de reconocimiento y exequátur suelen acudir a la «apostilla» establecida por el Convenio de La Haya de 1961 y, cuando no es así, a legalizaciones y autenticaciones que el Tribunal Supremo y los tribunales inferiores siempre han considerado suficientes (58).

En consecuencia, no es un requisito que deba plantear dificultades a la hora de promover el reconocimiento en España de la sentencia o transacción que se alcanzen a resultas del ejercicio de una *class action* estadounidense.

IX. RESOLUCIÓN QUE NO SE OPONGA A OTRA QUE YA FUERA EFICAZ EN ESPAÑA

A pesar de que la LEC/1881 no lo establece expresamente, la evolución jurisprudencial ha determinado que, de cara a conceder el reconocimiento o el exequátur a una resolución judicial extranjera, es preciso controlar que la resolución en cuestión no se oponga a otra que ya fuera eficaz en España: no puede permitirse que despliegue efectos en nuestro país una resolución extranjera cuando su contenido choca con el de otra resolución que ya es previamente eficaz dentro de nuestras fronteras. Se está reconociendo con ello fuerza de cosa juzgada a la resolución previamente eficaz en España, con una eficacia negativa o excluyente que impide la concesión del reconocimiento o el exequátur a la resolución extranjera. Esta eficacia se les reconoce, en primer término, a las resoluciones españolas (59), pero también a otras resoluciones extranjeras siempre que ya sean eficaces en España en el momento en que se solicita el reconocimiento o el exequátur de la otra resolución extranjera; y que ya fueran previamente eficaces presupone que hayan obtenido con anterioridad el reconocimiento (60).

Asimismo, la jurisprudencia ha considerado en alguna ocasión que no debe concederse el exequátur a una resolución extranjera en caso de litispendencia, es decir, cuando lo que fue objeto de decisión en ella forma parte del objeto de un proceso actualmente pendiente ante los tribunales españoles (61). Se concede, con ello, preferencia a la eventual resolución que se dicte con carácter firme en nuestro

(58) Cfr., por todos, ATS 20.7.1999 (RJ 5237); ATS 15.6.1999 (RJ 4348); ATS 8.6.1999 (RJ 4347); ATS 13.10.1998 (RJ 7668); ATS 10.2.1998 (RJ 2666).

(59) ATC 703/1986, de 17.9; ATS 24.12.1996 (RJ 1997\8394); ATS 7.4.1998 (RJ 3560); ATS 6.10.1998 (RJ 7329); ATS 1.12.1998 (RJ 10543); ATS 20.7.1999 (RJ 5237); ATS 28.5.2002 (JUR 2002\159025); ATS 11.3.2003 (JUR 2003\87983); ATS 8.7.2003 (JUR 2003\206114).

(60) ATS 12.5.1998 (RAJ 4448); ATS 28.4.1998 (RAJ 3595).

(61) ATS 19.1.1999 (RJ 186), en relación con un laudo arbitral extranjero; ATS 22.12.1998 (RJ 10803), al amparo del convenio bilateral con Francia; ATS 28.4.1998 (RJ 3595); ATS 20.6.2000 (RJ 4656).

Estado frente a la resolución extranjera, aunque esta segunda sea por definición anterior a aquélla. Ahora bien, para evitar abusos y fraudes, se ha matizado que la litispendencia sólo puede constituir un óbice al reconocimiento si el proceso judicial en España se inició antes que el proceso judicial en el extranjero que condujo a la resolución cuyo reconocimiento se pretende, pues de lo contrario se podrían iniciar procesos nacionales con el único propósito de impedir una eficacia futura de la sentencia que se dictara en el proceso extranjero (62).

En consecuencia, sólo cabría denegar el reconocimiento de la sentencia o la transacción a que se llegara en una *class action* estadounidense si se hubiera iniciado en España un proceso con el mismo objeto con anterioridad al momento en que el litigio comenzó en Estados Unidos; y también se impondría la denegación si en España ya se hubiera dictado una sentencia firme en un proceso sobre el mismo objeto en el momento en que se promoviera el reconocimiento de la resolución estadounidense.

Para precisar cuándo se entiende que los objetos de dos procesos son idénticos, es necesario tener en cuenta la identidad o coincidencia parcial que existe entre un proceso colectivo y un proceso individual en el que un perjudicado por el hecho dañoso dirigiera su acción en defensa únicamente de sus derechos. Por ello, también sería procedente la denegación parcial del reconocimiento si algún sujeto que formara parte de la *class*, a título individual, hubiera obtenido ya una sentencia firme en España por los mismos hechos o si hubiera promovido, con anterioridad al inicio del litigio en Estados Unidos, un proceso reclamando tutela por los mismos hechos. Pero se debe insistir en que, en estos casos, la denegación sería parcial, limitada al concreto individuo que hubiera sido litigante a título individual en España.

Respecto de todos los demás, la sentencia o la transacción serían reconocidas y desplegarían con normalidad la eficacia preclusiva que también tenían en origen. Por eso, la cuestión es mucho más teórica que práctica:

– Si un particular perjudicado ha interpuesto una demanda en España por los mismos hechos antes de que hubiera empezado en Estados Unidos el proceso en ejercicio de la *class action*, los demandados tendrán la carga de defenderse ante el tribunal español correspondiente y, obviamente, no podrán plantear en el proceso ante el tribunal español la eficacia preclusiva de la sentencia o de la transacción que recayera en Estados Unidos, por la sencilla razón de que aún no hay sentencia ni transacción.

– Si un particular perjudicado interpone su demanda individual en España cuando ya se hubiera dictado sentencia o aprobado transacción en Estados Unidos respecto de la *class action*, entonces quien fuera demandado en España podría solicitar con éxito el reconocimiento de la sentencia o de la transacción, de modo que su fuerza preclusiva impediría el desarrollo del proceso individual en España.

– Finalmente, si un particular perjudicado interpone su demanda individual en España después de que haya empezado en Estados Unidos el litigio respecto de la *class action*, pero antes de que en él se haya dictado sentencia o se haya aprobado la transacción, quien fuera demandado en España podría oponer la excepción de

(62) Cfr. ATS 20.3.2001 (RJ 5520); ATS 14.10.2003 (JUR 2003\261670); en doctrina, MASEDA RODRÍGUEZ, J., «*Exequátur* y carrera de procedimientos: la ineficacia de los medios procesales», *Tribunales de Justicia*, 1998-3, pp. 297-304.

litispendencia internacional, dada la identidad entre el objeto del proceso español y el objeto del proceso en Estados Unidos, lo que conduciría a la terminación del proceso en España. Por supuesto, en este caso, igual que en los anteriores, ha de partirse de la premisa de que el sujeto no ha optado por excluirse del proceso colectivo en Estados Unidos, pues entonces es evidente que conservaría su derecho a interponer una demanda individual.

X. A MODO DE SÍNTESIS

Analizados todos los aspectos que tendría que verificar un tribunal español al que se le planteara esta cuestión, la conclusión que se puede extraer es clara: si se puede considerar que existe un fundamento válido para la competencia de los tribunales estadounidenses (es decir, si existe una conexión suficiente entre el objeto del proceso y el tribunal que ha conocido de él en Estados Unidos) y, sobre todo, si el proceso se ha desarrollado conforme a las reglas propias de la legislación estadounidense en materia de acciones colectivas, de modo que se han practicado a los *absent class members* las notificaciones previstas en dicha legislación (abriéndoles con ello las posibilidades ordinarias de defensa, intervención y exclusión), no debería haber óbices, en vista de la legislación vigente y de la jurisprudencia que la ha interpretado y desarrollado, para que la sentencia o la transacción que resuelve una *class action* puedan desplegar sus efectos en España frente a cualquier *absent class member* que pretendiera incoar un proceso individual en relación con los mismos hechos. El reconocimiento de la sentencia o de la resolución aprobando la transacción podrá así impedir la apertura y el desarrollo posterior de procesos individuales por parte de *absent class members* frente a quienes ya fueron demandados en Estados Unidos por estos mismos hechos. Y, en la medida en que reconocimiento y exequátur van unidos según el régimen de la LEC/1881, también permitirá, cuando fuera necesario, fundar el desarrollo en España de una ejecución forzosa frente a quien figure en aquéllas como deudor.

BIBLIOGRAFÍA

- BENDER, M., *Federal Litigation Guide*, 2009, Lexis Nexis, 2009, § 42.
- BIXBAUM, H., «Multinational Class Actions Under Federal Securities Law: Managing Jurisdictional Conflict», 46 *Colum. J. Transnat'l L.* (2007-2008), pp. 14-71.
- CALDERÓN CUADRADO, M.^a P., *Tutela civil declarativa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- CALVO CARAVACA, A. L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, 5.^a ed., Ed. Comares, Granada, 2004.
- CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, 2009.
- CASAD, R. - CLERMONT, K., *Res Judicata. A Handbook on its Theory, Doctrine and Practice*, Carolina Academic Press, Durham, 2001.

- CHOI, S. J. - SILBERMAN, L., «Transnational Litigation and Global Securities Class-Action Lawsuits», 2009 *Wis. L. Rev.* (2009), pp. 465-506.
- DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3.^a ed., Ed. Cera, Madrid, 2004.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2005.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. - SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 3.^a ed., Ed. Civitas, Madrid, 2004.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Ed. Civitas, Madrid, 2010.
- HAZARD, G. - TAIT, C. - FLETCHER, W. - BUNDY, S., *Pleading and Procedure. State and Federal*, 9.^a ed., Foundation Press. Thomson West, Nueva York, 2005.
- HESS, B., «Cross-border Collective Litigation and the Regulation Brussels I», *IPRax*, 2010-2, pp. 116-121.
- ISSACHAROFF, S. - MILLER, G.P., «Will Aggregate Litigation come to Europe?», 62 *Vand. L. Rev.* (2009), pp. 179 y ss.
- JUÁREZ PÉREZ, P., *Reconocimiento de sentencias extranjeras y eclesiásticas por el régimen autónomo español*, 2.^a ed., Ed. Colex, Madrid, 2008.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Ed. Comares, Granada, 2011.
- MASEDA RODRÍGUEZ, J., «Exequátur y carrera de procedimientos: la ineficacia de los medios procesales», *Tribunales de Justicia*, 1998-3, pp. 297-304.
- MCLAUGHLIN, J., *McLaughlin on Class Actions*, Westlaw, 2008.
- MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional. II. Proceso civil*, 18.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUIR-WATT, H., «Brussels I and Aggregate Litigation or the Case for Redesigning the Common Judicial Area in Order to Respond to Changing Dynamics, Functions and Structures in Contemporary Adjudication and Litigation», *IPRax*, 2010-2, pp. 111-116.
- NAGAREDA, R., «Aggregate Litigation Across the Atlantic and the Future of American Exceptionalism», 62 *Vand. L. Rev.* (2009), pp. 1-52, pp. 33-41.
- RESNIK, J., «Litigating and Settling Class Actions: The Prerequisites of Entry and Exit», 30 *U.C. Davis L. Rev.* 835 (1997).
- ROTHSTEIN, B. - WILLGING, T., *Managing Class Action Litigation: A Pocket Guide for Judges*, 2.^a ed., Federal Judicial Center, 2009.
- RUBINSTEIN, W. - CONTE, A. - NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, Westlaw, 2009.
- SOLOVY, J. - MARMER, R. - CHORVAT, T. - FEINBERG, D. M., *Moore's Federal Practice*, Lexis Nexis, 2009, § 23.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Ed. La Ley, Madrid, 2000.
- VIRGÓS SORIANO, M. - GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, 2.^a ed., Ed. Civitas, Madrid, 2007.