
Reseña: *El derecho de las sociedades abiertas**

Basedow, J., *El derecho de las sociedades abiertas. Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes*, Bogotá, Legis, 2017, 623 p.

» DANIEL ROJAS TAMAYO**

Las publicaciones sobre derecho internacional privado son escasas en Colombia. No es exagerado afirmar que esta materia carece de la atención y de la reflexión que parece exigir el mundo de hoy; en especial, se carece de estudios que aborden sus elementos teóricos fundamentales. Desde este punto de vista, la obra reseñada contribuye a colmar un vacío en la doctrina internacional-privatista colombiana.

El profesor alemán Jürgen Basedow es docente de la Universidad de Hamburgo y director emérito del Instituto Max Planck de Derecho Comparado y Derecho Internacional Privado (Hamburgo). Su importancia e influencia son consecuencia de su formación en universidades del más alto nivel en Europa y América y de su actividad académica en cuatro continentes. Entre sus publicaciones recientes se encuentran, como editor, la *Encyclopedia of Private International Law* (Enciclopedia de Derecho Internacional Privado), Cheltenham, Edward Elgar, 2017 y la monografía *Private Law Beyond the Nation State. Studies on the Globalization and Europeanization of Private Law* (Derecho privado más allá del Estado Nación. Estudios acerca de la globalización y la europeización del derecho privado) (traducido al persa por Alireza Arvahi y Ali Shirvani), Isfahan, Intescharat-e Gahdad, 2014.

* Fecha de recepción: 8 de septiembre de 2020. Fecha de aceptación 21 de septiembre de 2020. Para citar el artículo: ROJAS TAMAYO, D., “Reseña: El derecho de las sociedades abiertas”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 40, enero-junio 2021, 555-559, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.20>.

** Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia; profesor del Departamento de Derecho Civil. Doctor en Derecho Internacional Privado de la Université Paris II - Panthéon-Assas, París, Francia. Magíster en Derecho Internacional Privado y de Comercio Internacional de la Université Paris II - Panthéon-Assas, París, Francia. Abogado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Contacto: daniel.rojas@uexternado.edu.co Orcid: 0000-0002-4597-5819.

La obra objeto de la presente reseña es fruto del recorrido y de la experiencia académica del profesor Basedow. *El derecho de las sociedades abiertas* es la versión aumentada y en español del curso general que impartió en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en el verano de 2012. Su versión original en inglés fue traducida también al ruso. Basedow presenta en esta obra su visión general del estado actual del derecho internacional privado, así como las tendencias intelectuales, sociales y económicas que han guiado la evolución de las reglas de resolución del conflicto de leyes desde finales del siglo xx.

La obra parece dejar de lado el análisis del conflicto de jurisdicción y de la eficacia de sentencias extranjeras. Sin embargo, estas otras dos problemáticas de la materia no fueron totalmente excluidas. En efecto, el autor analiza algunas reglas de competencia judicial internacional (n.ºs 614 y 621) y aborda el fenómeno de liberalización de las condiciones de reconocimiento de sentencias extranjeras (n.º 505 s.). El enfoque del autor, que privilegia el conflicto de leyes, no reduce en nada el interés de su estudio para el conjunto de la materia.

La obra, dividida en tres partes que reflejan fielmente su título, contiene además una bibliografía, una tabla de materiales legislativos y otra de decisiones, así como un índice temático, que dan cuenta de las proporciones y de la riqueza de la investigación del autor. El lector encontrará allí herramientas útiles para la consulta de la obra y una fuente valiosa de referencias relativas a varios continentes y tradiciones jurídicas. Cabe destacar que la numeración de los párrafos, método cada vez más frecuente en las publicaciones colombianas, facilita su consulta y permite explorar la obra de manera transversal.

En la primera parte, Basedow sienta las bases ideológicas, fácticas y jurídicas de su análisis. Así, la sociedad abierta, concepto central de la obra, se inspira en los trabajos de los filósofos Henri Bergson y Karl Raimund Popper. Aunque la asociación de las sociedades cerradas con el primitivismo y el tribalismo, que se infiere de dichos trabajos, no parece apropiada, el autor considera que la apertura paulatina de dichas sociedades, dada su disposición a aprehender otras culturas, es la raíz del derecho internacional privado y justifica que, siguiendo a Werner Goldschmidt, se designe esta disciplina como “derecho de la tolerancia”. Desde el punto de vista fáctico, la globalización, fenómeno transversal e irreversible, ha sido y es hoy el motor de dicha apertura. Al respecto, el autor demuestra con datos estadísticos de instituciones internacionales que la globalización no se reduce a su dimensión económica, sino que impacta incluso las decisiones políticas.

En cuanto a las bases jurídicas, Basedow resalta el aumento de los textos normativos locales y supranacionales (bilaterales y multilaterales) que pretenden reglamentar las manifestaciones de la globalización. Dichos textos no se limitan a la dimensión económica (instrumentos relativos a inversiones extranjeras o creadores de instituciones internacionales que regulan el comercio), sino que favorecen el ejercicio de los derechos subjetivos de los individuos, incluso fundamentales, ante tribunales internacionales. Respecto del derecho internacional privado, el autor llama la

atención sobre las dificultades que tienen los Estados para aprehender las situaciones transfronterizas en el marco de sociedades abiertas y, en consecuencia, el rol cada vez más activo de los actores privados que recurren a regulaciones privadas de sus relaciones, bien a través de la elaboración colectiva de normas, bien a través de la libertad de elección de la ley aplicable (competencia reguladora). Aunque esto puede reducir la habilidad de los Estados para configurar políticas económicas y sociales, también los ha llevado a establecer mecanismos de colaboración: instituciones y textos normativos, que buscan evitar una carrera hacia los mínimos o crear un marco jurídico común. Así queda planteada la tensión entre el rol de los actores privados y el de los Estados en derecho internacional privado, que le sirve de escenario a la obra.

La segunda parte explora los mecanismos de ordenación privada de las relaciones privadas internacionales. En el capítulo uno, el autor estudia los “acuerdos anacionales” por medio de los cuales las particulares intentan evitar el dilema de la ley aplicable. Así, las partes en una operación del comercio de exportación reducen la carga de su complejidad o, mejor, la desplazan en cabeza de intermediarios en sentido amplio (transportadores y bancos), distribuyendo los riesgos. Sin embargo, según Basedow, esta forma de ordenación privada no excluye la regulación pública, pues el apoyo del derecho estatal es necesario para colmar vacíos o para garantizar el correcto funcionamiento de la transacción internacional e incluso del arbitraje internacional.

El autor dedica los dos capítulos siguientes al estudio de la libertad de elección de la ley aplicable, su evolución y futuro, como segunda forma de ordenación privada; estos son tal vez los capítulos de mayor interés para el derecho colombiano. Luego de hacer referencia a algunos países reticentes (entre los cuales está Colombia, sin que haya merecido una referencia expresa) y de hacer unas precisiones conceptuales, Basedow expone, en el capítulo dos, los fundamentos teóricos de la elección de ley y responde a las críticas que se le han formulado. Es indispensable resaltar su análisis de la libertad de elección de ley desde la perspectiva de los derechos humanos (n.ºs 248 s.). Según el autor, dicha libertad representa “un derecho humano en un mundo globalizado” que se dirige a todos los Estados que comparten competencia judicial para resolver la disputa contractual, pues la elección garantiza la seguridad jurídica respecto de los derechos de propiedad del individuo, que se infiere, en especial, de los artículos 17 y 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (n.ºs 252 y 253). En el capítulo tres, Basedow estudia la influencia de la autonomía de las partes en los otros ámbitos del derecho privado, incluso en materia de familia y de bienes (lo que explica su extensión). Aunque el reconocimiento de la autonomía es variable en cada materia (exclusión, limitación o condicionamiento), el autor concluye que existe un movimiento innegable a su favor, detrás del cual están las organizaciones internacionales cuyos expertos parecen comprometidos con la seguridad jurídica y no se restringen a las visiones locales.

En el derecho de la Unión Europea, la ordenación privada también puede consistir en la elección de reglamentos opcionales (capítulo cuatro). En este caso, los par-

ticulares recurren a un instrumento concebido para operaciones transfronterizas que constituyen una reglamentación alternativa de una materia o institución. La aplicación del instrumento depende de la elección de las partes, pero cuenta con el respaldo de los Estados cuyo sistema normativo es descartado. Basedow presenta en este capítulo sus reflexiones generales a propósito de las formas societarias europeas y de la marca comunitaria. También analiza algunos instrumentos europeos en materia contractual, así como algunas convenciones que consagran este tipo de ordenación.

Por último, en el capítulo cinco, el autor analiza los fenómenos en los que los particulares pueden crear voluntariamente vínculos de su situación con ordenamientos jurídicos que se adaptan mejor a sus intereses. Así, se estudia el caso de las reglas materiales que favorecen la validez formal del contrato y la evolución del punto de conexión en materia de estatuto personal. Al respecto, el autor concluye que las reglas que remiten al lugar de celebración o a la residencia habitual toman en consideración la movilidad de las sociedades abiertas y permiten a las partes influenciar indirectamente la ley aplicable (n.º 495). Basedow también analiza el principio de reconocimiento, en especial en materia de libertad de establecimiento de sociedades comerciales, y la competencia reguladora que se deriva. Finalmente, el autor asocia el análisis de estas últimas formas de ordenación privada con la dificultad de recurrir a la objeción de fraude a la ley, pues allí “donde la legislación conflictual está pensada para servir a una movilidad creciente, se hace cada vez más difícil privar dicha movilidad de sus efectos jurídicos cuando sucede en la vida real” (n.º 526).

En la tercera y última parte, Basedow estudia las formas en que se manifiesta actualmente la regulación pública en el derecho internacional privado. En primer lugar, el autor observa que los Estados tienen la mirada puesta tanto en la comunidad internacional como en la sociedad y la economía nacionales (capítulo uno). La acción estatal no se reduce entonces a la legislación y la jurisprudencia locales, sino que comprende la ratificación de instrumentos internacionales. Respecto de estos últimos, el autor afirma que su aplicación universal y la paulatina desaparición de la reciprocidad ponen “de manifiesto una [despolitización] del derecho privado” (n.º 540). Esto significaría para el derecho colombiano, por ejemplo, el abandono de la condición de reciprocidad en materia de *exequatur*, pues “el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras [en asuntos civiles o mercantiles] es una cuestión entre las partes privadas y no afecta los intereses estatales” (n.º 541).

En segundo lugar, Basedow analiza en los siguientes capítulos los tipos de políticas que asumen los Estados y las funciones del derecho estatal. Primero, examina las medidas de política exterior y sus efectos en el derecho internacional privado (capítulo dos). Al respecto, el autor evoca, por un lado, los enfoques (normativo y factual) relativos a la aplicación de las leyes de derecho privado de un Estado no reconocido y la necesidad de adoptar una posición que distinga según los asuntos en disputa (n.º 563). Por otro lado, examina las medidas de embargo comercial y las leyes de bloqueo, en las cuales el interés político predomina, y presenta los desafíos

que dichas medidas plantean para las partes en las transacciones internacionales y sus posibles soluciones.

Luego, Basedow aborda las medidas compensatorias, es decir, aquellas que pretenden proteger a la “parte débil” (capítulo tres). El análisis se enfoca en los casos del consumidor y del trabajador y aborda los elementos metodológicos de las diferentes medidas de protección. El autor demuestra que dichos casos plantean un dilema para el derecho internacional privado moderno, pues resulta difícil obtener a la vez el objetivo de armonía de soluciones propio de la materia y la adecuada protección pretendida por los Estados para corregir la disparidad de información o de poder. Sin embargo, afirma que los intereses estatales están mejor defendidos en materia laboral, y lo atribuye al carácter fragmentario de las normas sobre consumo y a la influencia política de los sindicatos (n.º 697). Por último, estudia las medidas adoptadas a través de normas imperativas (capítulo cuatro). Este concepto comprende los mecanismos tradicionales de orden público internacional y de leyes de policía, que materializan los valores y principios básicos de un país. Al respecto, el autor lamenta la ausencia de fundamento teórico para la aplicación de las normas imperativas con independencia de las reglas de conflicto de leyes (n.º 713) y la existencia de un componente político en su identificación por el juez (n.º 738). Sin embargo, resalta la tendencia a dar efecto a normas imperativas extranjeras en materia de bienes culturales y de competencia en mercados extranjeros, y la conveniencia de adoptar un enfoque de unilateralismo doble, similar al utilizado en el ámbito de la moneda, que permite complementar la *lex fori* con las normas imperativas extranjeras (n.º 745).

Basedow concluye que el cambio social –de sociedades cerradas a abiertas– implica un cambio de perspectiva respecto de la forma de reglamentación de las relaciones privadas internacionales, en la cual los acuerdos privados tienen el rol principal. Según el autor, aunque en este contexto la regulación estatal pierde eficacia, el Estado conserva mecanismos para lograr sus objetivos.

Para finalizar, *El derecho de las sociedades abiertas* constituye un análisis riguroso del estado actual del derecho internacional privado, de su evolución reciente y de sus principales tendencias. La obra del profesor Jürgen Basedow parece entonces propicia para renovar el interés en y el estudio de dicha materia en Colombia. Para el lector, la obra reseñada será de gran utilidad, pues encontrará en ella elementos de análisis e ideas que enriquecen la teoría general y las soluciones específicas relativas a los conflictos entre particulares involucrados en relaciones internacionales.