

SEPPÄLÄ, CHRISTOPHER, *THE FIDIC RED BOOK CONTRACT: AN INTERNATIONAL CLAUSE-BY-CLAUSE COMMENTARY*, WOLTERS KLUWER, 2023, 1464 PP.

¿Por qué el libro de Christopher Seppälä es importante para Iberoamérica, especialmente para los países latinos?

Para empezar, por las credenciales del autor y la relevancia de la materia del libro. Para aquellos que se dedican al sector de la construcción, Christopher Seppälä no necesita mayor presentación, sin embargo, para aquellos que aún no lo conocen, se trata de un árbitro, experto y asesor independiente enfocado en contratos y disputas comerciales internacionales. Fue quien fundó la práctica de arbitraje internacional de la oficina de White & Case en París, donde fue socio durante 35 años. Debido a su amplia experiencia, sus escritos son de los más citados en el mundo de la construcción. Ahora, tenemos entre nosotros *The FIDIC Red Book Contract: An International Clause-by-Clause Commentary*, que trata sobre la estructura contractual del modelo de contrato de construcción elaborado por la FIDIC y bautizado como Libro Rojo. Los modelos de la FIDIC son los más usados en la construcción internacional, y el Libro Rojo es uno de los más famosos particularmente para las obras de construcción e ingeniería.

Tal y como ocurre en otros sectores de la economía como la banca corporativa o las fusiones y adquisiciones, que no se basan en el Código Civil u otra ley doméstica, en el sector de la construcción las partes sofisticadas no usan al contrato de obra bajo la ley nacional, sino modelos de contratos bajo estándares internacionales, como es el caso de los modelos de la FIDIC, entre ellos, el Libro Rojo.

¿Por qué la ley nacional es insuficiente? Por el dinamismo y evolución de los negocios. Una operación internacional tiene particularidades que lo alejan de una operación doméstica. Un dato relevante es que las partes pueden provenir de países desarrollados y de países en vías de desarrollo. Esto suele ser usual cuando

se trata de inversiones extranjeras en países latinoamericanos. A pesar de la riqueza de muchos países latinos, aún hay debilidades en la región latina como la corrupción en el poder judicial, la inestabilidad política, la posibilidad de privatizar la fuerza pública (policías y militares), leyes antiguas o inadecuadas que no promueven la inversión extranjera, y la falta de mecanismos efectivos para la resolución de conflictos. Tales desventajas son superadas si la inversión extranjera se formaliza en un modelo de contrato que represente las tendencias de las inversiones internacionales, y con acceso a medios de resolución de conflictos que no dependan de cortes nacionales. En la construcción, lo anterior se logra gracias al Libro Rojo de la FIDIC y el acceso al arbitraje internacional bajo el International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), la International Chamber of Commerce (ICC), la London Court of International Arbitration (LCIA), Permanent Court of Arbitration (PCA), entre otros.

El contexto anterior revela la necesidad de estudiar el derecho internacional de la construcción para operaciones tanto domésticas como internacionales, y para litigios de todo tipo. Entonces, la investigación de Christopher Seppälä está adecuadamente justificada. Adicionalmente, se debe destacar el enfoque del libro.

Uno de los aspectos más importantes para destacar del libro de Christopher Seppälä es que su obra, si bien está enfocada en un contrato FIDIC, es un libro sobre derecho comparado y derecho uniforme en materia contractual. Este es un dato muy importante porque demuestra que Christopher Seppälä ha comprendido –ciertamente por su amplia experiencia– cómo se afronta un contrato internacional entre *Civil Law* y *Common Law*, sobre todo, cómo ven un contrato de construcción los españoles, portugueses y latinos (esto es, Iberoamérica o jurisdicciones de habla hispana). Usualmente, dado que el contrato FIDIC tiene como antecedente al derecho inglés, y dado que Inglaterra y Estados Unidos de América son potencia mundial tanto en lo económico como en lo legal, es común que los escritos sobre construcción internacional estén

enfocados en un público americano e inglés, que como tal, están interesados en trabajos enfocados en el *Common Law*.

Sin embargo, lo anterior funciona bien cuando las partes involucradas provienen de jurisdicciones del *Common Law*, pero ello no abarca todo el ámbito de la contratación internacional. Muchas veces abogados de jurisdicciones del *Civil Law* negocian contratos FIDIC, y a pesar que puedan estar familiarizados con los modelos FIDIC y, el derecho americano y el inglés, no se puede omitir que se trata de contratos negociados por abogados del *Civil Law*, entrenados a trabajar bajo un Código Civil y con un derecho contractual doméstico que a veces prefiere la justicia del caso concreto incluso por encima de la certeza y seguridad jurídica. Además, tampoco se puede omitir la influencia del derecho internacional en las operaciones domésticas ya que muchos abogados acostumbrados a negociar contratos internacionales suelen aplicar tales modelos de contratos en operaciones domésticas, sin perjuicio de la ley nacional.

Entonces, un abogado en ejercicio como Christopher Seppälä, con muchos años de experiencia, es consciente de la necesidad de conocer el derecho comparado para redactar contratos de construcción, sobre todo para el público del *Civil Law*. Por lo anterior, el libro de Christopher Seppälä, a pesar de estar enfocado en los contratos internacionales de construcción bajo el Libro Rojo de la FIDIC, puede ser leído por cualquier interesado en el derecho de contratos que quisiera aprender sobre cómo funciona una figura legal en el *Civil Law* y *Common Law*. Tal conocimiento previo es útil para entender la estructura contractual de un contrato FIDIC como el Libro Rojo.

Por ejemplo, un tema relevante es el cambio de circunstancias en los derechos domésticos del *Civil Law* y *Common Law*. Christopher Seppälä explica que la *force majeure* es una excusa generalmente aceptada en el *Civil Law*, y que figuras similares se encuentran en el *Common Law* bajo la *frustration* o *impossibility*. Por otro lado, la *imprévision* no estuvo reconocida en el Código Civil Napoleónico de 1804, sin embargo, posteriormente fue in-

corporada en diversos Códigos Civiles de Europa y Latino América, usualmente como regla supletoria, a diferencia de países árabes como Egipto, Argelia, entre otros, que tienen a la excesiva onerosidad en normas de orden público, esto es, inderogables, mientras que en el derecho inglés no hay *hardship* bajo la *frustration*, a diferencia del derecho americano que tiene la *impracticability*.

¿Por qué lo anterior es relevante para los contratos internacionales de construcción? Porque cuando se redacta un modelo de contrato –como aquellos de la FIDIC– se considera las necesidades de las inversiones internacionales, las cuales pueden ser distintas a las tendencias bajo el derecho doméstico. Bajo el Libro Rojo de la FIDIC, hay una Cláusula 18 [*Exceptional Events*] para la *force majeure*, pero se opta por un término distinto (“*exceptional events*”) para evitar interpretaciones según el derecho doméstico, en este caso, el francés. Una opción similar se encuentra bajo el artículo 79 CISG que uso “*impediments*” en lugar de “*force majeure*”. En el Libro Rojo no hay una cláusula específica para la *hardship*, aunque podría ser aplicable alguna otra cláusula específica según corresponda, como la Cláusula 4.12 [*Unforeseeable Physical Conditions*], la Cláusula 13.6 [*Adjustment for Changes in Law*] o la Cláusula 13.7 [*Adjustment for Changes in Cost*]. Considerando esta estructura contractual para el cambio de circunstancias, se tendría que analizar cómo la misma funcionaría bajo la ley que gobierna el contrato. La respuesta será distinta si el contrato está sujeto al derecho inglés, los UPICC, el derecho francés, el peruano o el egipcio. ¿El modelo del Libro Rojo deroga el derecho nacional de manera que excluye las doctrinas de la *force majeure* o *hardship*? ¿O se tratan de acciones complementarias y adicionales a las existentes bajo la ley aplicable? ¿O incluso se podría considerar que algunas cláusulas del Libro Rojo podrían ser nulas por contravenir normas de orden público, como las de *hardship* en países árabes?

Por otro lado, el libro de Christopher Seppälä también es un libro sobre derecho uniforme. El derecho de contratos no solo se nutre del derecho comparado sino también –y sobre todo– del

derecho uniforme. Desde la promulgación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), otros instrumentos importantes como los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (UPICC), Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL) y el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR), fueron redactados para proponer reglas de derecho, y esto provocó una regionalización del derecho uniforme de manera que ahora existen los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLACL), los Principios OHADAC (Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe) sobre los Contratos Comerciales Internacionales, la Propuesta de Ley Uniforme sobre Contratos de la OHADA (Organización para la Armonización del Derecho Comercial en África), los Principios de Derecho Contractual Asiático (PACL), entre otros. A su vez, hay modelos de contratos para sectores específicos, como los modelos de contratos de construcción de la FIDIC, que también buscan promover una práctica uniforme con cláusulas estandarizadas para la contratación internacional.

Una sección particular del libro de Christopher Seppälä es aquella dedicada a los UPICC. Este es un tema muy interesante ya que se podría considerar que los UPICC y la FIDIC no podrían complementarse, sin embargo, Christopher Seppälä es de aquellos que viene explicando y promocionando la interacción entre ambos¹. Por ejemplo, la sub-cláusula 14.8 [*Delayed Payment*] de los Libros Rojo, Amarillo y Plata de la FIDIC tomaron como referencia al artículo 7.4.9(2) (*Interest for failure to pay money*) de los UPICC

¹ Véase también SEPPÄLÄ, Christopher, “The UNIDROIT Principles and FIDIC Construction Contracts” en *Thirty Years of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Past, Present and Future Relevance. Acts of the Conference to celebrate the 30th Anniversary of the adoption of the UNIDROIT Principles (Rome, 6-7 May 2024)*, Roma, UNIDROIT, 2025, p. 81-91. Este trabajo ha sido traducido por mí al español y será publicado próximamente en un libro bajo mi dirección sobre los UPICC para la comunidad hispanohablante.

para incorporar la definición sobre tasa de interés. Ello demuestra que a pesar que los UPICC regulen a los contratos comerciales en general, mientras que la FIDIC a los contratos de construcción de particular, los UPICC contienen reglas consideradas como adecuadas para la contratación internacional, y por ello, pueden tener aplicación general para diversos sectores, entre ellos, la construcción.

De manera específica, en el libro Christopher Seppälä explica que hay cuatro maneras en que los UPICC podría interactuar con la FIDIC:

Si el modelo de contrato FIDIC es gobernado por los UPICC.

Si el modelo de contrato FIDIC no es gobernado por los UPICC, pero estos son usados para interpretar y suplementar la ley aplicable en caso de deficiencias.

Si el modelo de contrato FIDIC está sujeto a un derecho doméstico que ha sido reformado tomando como referencia a los UPICC.

Si los UPICC son aplicados al contrato FIDIC como usos y prácticas.

En primer escenario es claro ya que podría usarse un contrato FIDIC sujeto a los UPICC. Esto no debería ser visto con extrañeza ya que los modelos de contrato FIDIC suelen ser detallados y precisos en los clausulados necesarios en materia de construcción, de manera que los UPICC aplicarían solo en caso que haya algún vacío en el contrato, lo cual en principio no habría, y en caso de haberlo, se confía en que los UPICC proveerían una solución conforme a estándares internacionales.

El segundo escenario es interesante porque, sin perjuicio que un contrato FIDIC no se encuentre gobernado por los UPICC, los mismos aún podrían ser usados para interpretar y suplementar la ley aplicable. Esto suele ser necesario y útil cuando la ley aplicable es deficiente o antigua, de manera que los UPICC puedan ser usados para interpretar una disposición legal desactualizada, o suplir un vacío en la ley aplicable.

El tercer escenario también demuestra cómo los UPICC podrían aplicar directamente si ya fueron tomados como referencia por el legislador nacional. Usualmente, los Códigos Civiles tienen una sección para el contrato de obra, la cual podría tener un modelo inadecuado. Ante la necesidad de una reforma legislativa, los UPICC podrían haber sido tomados como referencia. Entonces, los UPICC aplicarían indirectamente a un contrato FIDIC al haber servido para la reforma de la ley nacional aplicable al contrato. Lo anterior no es algo raro, algo ciertamente difícil de conseguir. Por ejemplo, una historia de éxito se encuentra en las disposiciones de *hardship* bajo los UPICC, que fueron incorporados en los Códigos Civiles de Francia, Bélgica y China, por ejemplo, en las respectivas últimas reformas.

Finalmente, el cuarto escenario podría ser el más complicado ya que asumiría que los UPICC podrían ser invocados como usos y prácticas, las cuales serían directamente aplicables al contrato según lo disponga la ley nacional, o incluso alguna disposición del contrato.

En general, el libro de Christopher Seppälä es un libro de derecho de contratos y arbitraje, sobre derecho de construcción, sobre derecho comparado, y sobre derecho uniforme. Estas características hacen que este libro sea relevante para el abogado americano e inglés, pero también para aquellos de jurisdicciones del *Civil Law*, sean de Europa o Latino América, hablen un idioma europeo o español. Esta visión global del derecho de la construcción apoya –ciertamente– la creación de una *lex constructionis*².

Particularmente, a pesar que las jurisdicciones latinas sigan la tradición francesa y se basen en Códigos Civiles que pretendan durar por cientos de años, lo cierto es que en la práctica contractual se usan marcos contractuales internacionales de carácter

² Véase MOLINEAUX, Charles, “Moving towards a construction *lex mercatoria*—A *lex constructionis*”, *Journal of International Arbitration*, vol. 14, 1997, p. 55 y ss; CHARRETT, Donald, “*Lex constructionis*—Or my country’s rules?”, *International Construction Law Review*, 2021, pp. 61 y ss.

dinámico –como aquellos de la FIDIC–, muchos de ellos más inclinados al *Common Law* que al *Civil Law*. Como tal, un libro de las características mencionadas, y escrito por un autor líder como Christopher Seppälä, es fundamental para dedicarse al sector de la construcción en Latino América, sea como profesor, investigador o abogado.

Sergio GARCÍA LONG*

* Abogado *summa cum laude* por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LLM (Master of Laws) en International Business and Commercial Law por la University of Manchester, Reino Unido. Miembro del European Law Institute (ELI) y de la Society of European Contract Law (SECOLA). Corresponsal de UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law). Profesor de Derecho Civil y Comercial en la Universidad del Pacífico y Pontificia Universidad Católica del Perú. Visiting scholar en la Universitat de Girona (España) y Università Cattolica del Sacro Cuore (Italia). Especialista en Fusiones y Adquisiciones (M&A) por la London School of Economics and Political Science (LSE). Su práctica profesional, docencia e investigación cubre derecho de contratos, corporativo, M&A, inversiones y arbitraje. Contacto: <s.garcialong@gmail.com>.