

La importancia dogmática y práctica del derecho de la construcción (Construcción y arbitraje, de Juan Eduardo Figueroa Valdés (Stgo. DER Ediciones, 2024)

Por Carlos Peña

El libro que ahora presentamos -la segunda edición aumentada, de un texto escrito con notable claridad por el profesor Juan Eduardo Figueroa- tiene una importancia difícil de exagerar. Y como se verá, constituye un importante aporte a la literatura en español sobre los temas a que se refiere. En él se entrelaza la erudición del autor, un profesor ampliamente reconocido, con un elegante sentido práctico de quien, como él, posee una larga experiencia y un merecido prestigio.

En el libro se examinan cuestiones que están hoy en el centro del derecho contractual y que, hasta cierto punto, lo están modificando. De esta forma el texto tiene importancia no solo para quienes se ocupan profesionalmente del asunto que trata -el contrato de construcción y la forma de dirimir sus litigios- sino también, y especialmente, para quienes estudian con fines académicos el derecho de los contratos.

El texto -comencemos por una descripción general- consta, bien mirado, de dos partes que están, como es obvio, enlazadas entre sí: el contrato de construcción y el arbitraje de las controversias que suele suscitar.

Cinco de sus trece capítulos examinan la fisonomía que ha ido adquiriendo el contrato de construcción desde el simple arrendamiento de obra que recoge el Código Civil hasta el de alianza o colaboración cada vez de más amplio uso en el ámbito de los contratos internacionales (Cap. I). Al indagar en esa fisonomía el texto se detiene en las limitaciones de responsabilidad (Cap. IV), la forma de distribuir el riesgo (Cap III) y la cláusula de declaraciones y garantías (Cap. V). Todo ello, como se verá luego, presenta en el contrato de alianza y los más recientes contratos Fidic (que se abordan en el capítulo II) aspectos que distancian al derecho de la construcción del derecho contractual que subyace al Código Civil según se le presenta en sus descripciones más habituales.

Los restantes ocho capítulos se ocupan del arbitraje tanto en sus aspectos institucionales (donde se analizan los *disputes boards* y el arbitraje de emergencia), éticos (la litigación de buena fe, el deber de revelación de los árbitros y el problema de la corrupción en contratos de obra pública), normativos (el problema de la legislación aplicable en contratos internacionales y el amplio repertorio de *soft law* hoy existente), y finalmente asuntos procedimentales (la prueba, la forma de presentarla, las cláusulas en que se establece la resolución de conflictos por unanimidad, etcétera).

Basta esa somera descripción para advertir la importancia de esta obra y despertar el interés por leerla.

Pero no acaba allí su relevancia. Como anticipé, este libro tiene además la importancia que permite revisar amplios aspectos del derecho de contratos.

El derecho de contratos suele presentarse a partir de una serie de rasgos que no siempre se explicitan; pero que asoman una y otra vez en manuales y tratados ¿Cuáles son esos rasgos?

Los más relevantes son los que siguen: el contrato es visto como el encuentro de expectativas incongruentes y preferencias encontradas que originan disputas de suma cero en las que lo que uno obtiene, el otro lo pierde; las partes poseerían deberes débiles de información que originarían severas asimetrías; así, los riesgos se asignarían en condiciones de incertidumbre que se reflejan en el precio; todo ello alimentaría la propensión al litigio; existiría una concepción estrecha del incumplimiento; y en fin el consentimiento recaería sobre prestaciones específicas y no sería un consentimiento de futuro.

Pues bien. Cada uno de esos rasgos -según se ve al recorrer las páginas de este libro- ha sido modificado, o lo está siendo, por las prácticas del derecho de la construcción. Y de ahí entonces que asomarse a la forma en que este último concibe cada una de esas dimensiones es de la máxima importancia.

Veamos brevemente cada uno de ellos.

En efecto, en vez de expectativas encontradas existiría en los contratos de construcción, y acentuadamente en los contratos de alianza, expectativas convergentes en torno a un mismo objetivo. Y de ello se siguen los restantes caracteres que son de la máxima importancia que este libro expone y analiza. La práctica del *open book*, por ejemplo, al favorecer la simetría de información permite la correcta asignación de la remuneración y los costes y una más eficiente asignación del riesgo; ello, a su vez, favorece una visión no adversarial del negocio contractual, lo que se traduce en la probable renuncia ex ante al litigio mediante la cláusula *no blame, no dispute* y en cambio el compromiso de resolver la controversia mediante acuerdos unánimes que obligan a las partes a situarse en condiciones de imparcialidad evitando así la destrucción del mercado al eludir la enemistad entre partes destinadas a interactuar en el largo plazo; el incumplimiento, en consonancia con todo ello, es referido al programa contractual y no solo a las prestaciones consentidas por las partes (coincidiendo con ello en la noción de incumplimiento, v.gr., que recoge la *Convención sobre compraventa internacional de mercaderías*); ello descansa a su vez en un consentimiento de futuro, relativo al consorcio de esfuerzos y sus vicisitudes, y no simplemente de presente (los canonistas llamaban consentimiento de futuro a la voluntad tendiente al consorcio matrimonial que es, *mutatis mutandis*, lo que ocurre en este caso al consentirse en un proceso más que en un objeto).

Como lo muestra este libro, el derecho de la construcción enseña cómo un buen diseño contractual evita los dilemas de acción colectiva que son propios de los contratos (todos los contratantes estarían mejor si cooperaran, pero la racionalidad puramente individual conduce a resultados subóptimos) contribuyendo así al bienestar social; pero además constituye hoy una de esas áreas del derecho (la otra es el derecho de la compraventa) donde convergen poco a poco

las tradiciones de *common law* y el *civil law* que, sin exagerar, están conformando un nuevo derecho común.

Todo ello se encuentra en la segunda edición, aumentada, de este libro magnífico del que aprenderán no solo quienes practican el derecho de la construcción o atienden sus controversias, sino también quienes enseñan derecho de contratos.