

Eric Franco Regjo<sup>(\*)</sup>

## Aceptación y rechazo de obras de construcción: ¿rechazo por defectos menores?

«CABE PREGUNTARNOS SI EL COMITENTE PUEDE NEGARSE A “RECIBIR” Y/O “ACEPTAR” LAS OBRAS EN CASO EXISTAN DEFECTOS (SERIOS O GRAVES). EL CÓDIGO CIVIL GUARDA SILENCIO SOBRE ESTE SENSIBLE PROBLEMA. PARECE QUE SERÍA RAZONABLE SEÑALAR QUE LOS REMEDIOS INDICADOS EN EL ARTÍCULO 1783 ESTÁN MARCANDO LA PAUTA CON RELACIÓN AL TRATAMIENTO DE LOS DEFECTOS EN LA FASE FINAL DE LAS OBRAS”.

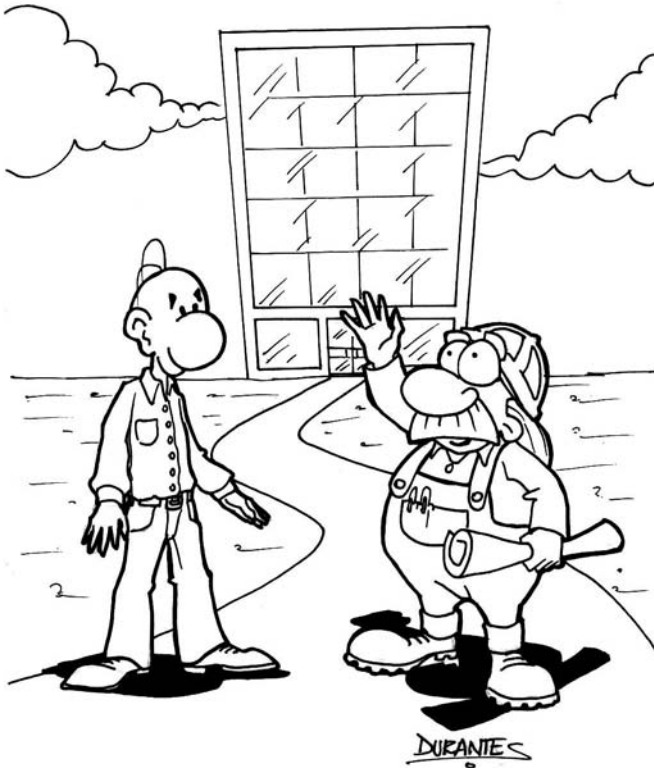
La parte final de los proyectos de construcción es una etapa no tan celebrada y publicitada como el inicio de las obras o la adjudicación del proyecto. Al inicio las partes tienen la ilusión de la importante tarea que tienen por delante y registran el momento en que ponen la primera piedra o excavan por primera vez. Sin embargo, en la etapa final suele ocurrir una serie de tensiones que son prácticamente inevitables. El comitente prestará atención a cualquier defecto<sup>(1)</sup> menor que identifique (si es que no se encuentran defectos mayores) y el comitente y el contratista quedarán por lo menos con un sabor amargo.

En el presente artículo analizaremos los derechos y obligaciones de las partes en caso que existan defectos menores antes de la aceptación de las obras<sup>2</sup> e intentaremos responder diversas interrogantes al respecto. ¿El comitente tiene derecho a resolver el contrato y exigir el pago de una indemnización? ¿El comitente puede contratar a otro contratista a cargo del contratista original para que remedie los defectos? ¿El comitente puede rechazar las obras y no pagar al contratista? ¿El comitente puede reducir el precio y demandar el pago de los daños que los defectos menores le causen? ¿En algún caso el contratista tiene derecho a que el comitente acepte la obra?

Algunas veces el contrato determinará los remedios disponibles a las partes. Sin embargo, la mayoría de las veces los contratos no regulan el supuesto en el que existan defectos al momento de la aceptación de

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho de la Construcción por King's College London. Ha sido profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Civil **ius et veritas**.

(1) En el presente artículo, debe entenderse que el término «defecto» incluye también a las omisiones y diversidades.



las obras y se debe recurrir a otras fuentes del derecho para resolver la disputa.

### 1. ¿Existe un defecto?

El punto de partida es determinar si verdaderamente existe un defecto. Dependiendo de la naturaleza de las obras, este puede ser un tema sencillo o sumamente complicado y requerir la opinión de expertos y largos y costosos estudios.

Por ejemplo, en el caso de una obra civil (por ejemplo, un puente) que presenta una rajadura en una de sus columnas, por lo general será relativamente sencillo determinar la existencia del defecto. Sin embargo, el grado de vibración tolerable en el mismo puente puede no ser un tema tan sencillo de clasificar como un defecto. Todas las estructuras vibran y es usual que los contratos de construcción omitan detalles de este tipo.

El análisis de los defectos será distinto si se trata de obras civiles, obras electromecánicas o la construcción de una planta de procesamiento de algún tipo. Los defectos que se pueden

«EN CASO QUE LA OBRA NO SEA ACEPTADA POR EL COMITENTE, SERÁ UN TERCERO QUIEN DECIDIRÁ SI LA OBRA ESTÁ EN CONDICIONES DE SER ACEPTADA O NO. EN TALES CASOS, LA REMISIÓN A LOS ARTÍCULOS 1407 Y 1408 NOS LLEVA A PENSAR QUE EL TERCERO PODRÁ TOMAR SU DECISIÓN BASADO EN PRINCIPIOS DE EQUIDAD».

encontrar son distintos, los estándares de la industria que serán aplicables serán distintos y los criterios para evaluar el defecto también variarán.

El análisis de la existencia y características de un defecto es un tema muchas veces complicado. La discusión sobre qué constituye un defecto excede los límites del presente artículo, pero es importante mencionar la estrecha relación que existe entre los remedios disponibles en caso de defectos menores y la propia discusión sobre la existencia de defectos.

### 2. Defectos menores

Como hemos mencionado, el momento de aceptación de obras de construcción se presta para discusiones entre las partes. Es en este momento en que el éxito del proyecto se pone a prueba. Pueden haber distintos grados de defectos, tales como: a) defectos serios que causen que las obras no cumplan con su propósito; b) defectos serios que afecten el cumplimiento del propósito de las obras; y c) defectos menores que no afecten el cumplimiento del propósito de las obras y a pesar de los cuales las obras pueden considerarse sustancialmente completas o terminadas.

## Eric Franco Regjo

La calidad de las obras es una preocupación esencial cuando una persona pública o privada invierte en un proyecto de construcción, no sólo lo es el tiempo que tomará construir la obra y el presupuesto. Puede tratarse tanto de un proyecto para remodelar una casa, construir un hotel, un puente, una carretera, una refinería o una planta de energía. En todos estos casos el comitente prestará atención al uso diligente de su dinero y buscará alcanzar la mejor relación calidad-precio.

Tal como señaló el juez inglés HHJ Newey QC en su conocida sentencia en el caso *Emson Eastern Ltd v EME Developments Ltd*<sup>(3)</sup>, la construcción no es como la manufactura de productos en una fábrica, es virtualmente imposible alcanzar el mismo grado de perfección. Sería una obra extraña aquella en la que cada tornillo y cada brochazo de pintura sean absolutamente perfectos. Una obra muy pocas veces, si es que alguna vez, puede ser construida tan precisamente como indicado en los dibujos y en las especificaciones<sup>(4)</sup>.

Para ilustrar los casos a los que nos referimos, imaginemos por ejemplo que antes de la aceptación de las obras aparecen rajaduras en la loza de entrada de un nuevo hotel o una rajadura en un componente de una refinería. ¿Qué tan grandes deberán ser las rajaduras para que se consideren un defecto, ya sea menor o serio? ¿Cuáles serían los remedios disponibles a las partes? ¿El contratista se encuentra obligado a reparar las rajaduras, aún cuando sea muy costoso, o sólo debe pagar los daños efectivos que dichas rajaduras causen al comitente? ¿El comitente puede rechazar las obras con motivo de las rajaduras?

Imaginemos un caso en que el aire acondicionado o la calefacción de un hotel o un edificio de oficinas no es capaz de mantener una temperatura agradable. O el caso en el que los elevadores de un edificio son lentos y generan largas esperas.

Ahora imaginemos el caso de una planta de procesamiento que no produce la cantidad requerida originalmente por el

comitente, ya se trate de una planta química, de alimentos u otra.

Por último, en caso que el contratista deba pagar los daños y perjuicios que dichos defectos generan al comitente y/o se pueda reducir el precio proporcionalmente, ¿cuáles serán los parámetros a seguir? Consideramos que dichos criterios podrían ser principalmente: i) el monto de la disminución del valor de la obra debido a los defectos, ii) el monto de reparar los defectos; o, iii) el monto de los daños causados al comitente. Sin embargo, el análisis de los criterios para determinar los daños y perjuicios y/o reducir el precio en el contexto de proyectos de construcción excede los propósitos de este artículo, pero es un tema relacionado que debe ser tenido en cuenta.

### 3. Actitudes con respecto a defectos menores

El comitente puede adoptar una actitud extremadamente celosa con respecto a defectos menores o imperfecciones debido principalmente a dos razones: a) la legítima actitud de un comitente de procurar obtener la mejor relación calidad-precio u obtener un resultado acorde con sus expectativas en un proyecto que para él es importante, o b) la no tan legítima actitud de un comitente cuando procura demorar pagos pendientes o cuando ya no tiene interés en las obras.

Ni la actitud «perfeccionista» de un comitente, ni el intento de demorar pagos requieren mayor explicación. Sin embargo, muchas veces no se considera que los comitentes

- (2) Para efectos del presente artículo, distinguiremos dos tipos de defectos. Unos son aquellos que el comitente identifica antes de aceptar las obras y los otros son aquellos que el comitente no identifica antes de aceptar las obras. En el presente trabajo, analizaremos los efectos que el primer tipo de defectos puede tener al momento de la aceptación de las obras.
- (3) *Emson Eastern Ltd. v EME Developments Ltd.* [1991] 55 B.L.R. 117.
- (4) «(...) Building construction is not like the manufacture of goods in a factory (...) it is virtually impossible to achieve the same degree of perfection as can a manufacturer. It must be a rare new building in which every screw and every brush of paint is absolutely correct (...) Because a building can seldom if ever be built precisely as required by drawings and specification (...)».

pueden dejar de tener interés en un determinado proyecto y pueden buscar encontrar una razón para evitar cumplir con sus obligaciones. Por ejemplo, en una coyuntura de crisis económica la construcción de una planta de procesamiento, la expansión de actividades mineras o la construcción de un buque adicional para una flota puede dejar de ser rentable. La fluctuación de los precios de un determinado producto o la disminución de la demanda también puede causar la pérdida de interés del comitente.

En contraste con los casos en los cuales el comitente dilata la aceptación de la obra, la regla general es que tanto el comitente como el contratista tienen apuro por completar las obras. El comitente deseará tomar posesión de su nueva refinería u hotel y empezar a gozar de los ingresos que dicho proyecto le genere. Por otro lado, el contratista deseará terminar y liquidar la obra, cobrar el saldo del precio, que se liberen las garantías entregadas, evitar cualquier riesgo de demoras, liberarse de la carga de los seguros que debe contratar y concentrarse en nuevos proyectos.

#### 4. Entrega, recepción y aceptación

La terminología usada en el Perú con relación a la fase final de las obras de construcción puede ser confusa y en algunos casos imprecisa. El proceso contractual lógico en un proyecto de construcción presenta dos conceptos esenciales que se deben considerar. Uno es la «aceptación» de la obra y el otro es la transferencia de la posesión de la obra.

Por medio de la aceptación el comitente libera al contratista de su obligación de cumplir la prestación. La aceptación puede ser expresa o tácita, total o parcial, provisional o definitiva. Por otro lado, la transferencia de la posesión de las obras se refiere a la transferencia física de la posesión, momento en el cual usualmente ocurren una serie de cambios en las obligaciones de las partes, como indicamos más abajo. La transferencia de la posesión de las obras puede ser total o parcial, pero no provisional.

El Código Civil se refiere a la «recepción» de la obra (artículos 1778, 1782 y 1783) y a su «aceptación» (artículos 1778, 1779, 1780, 1781, y 1784). De la regulación contenida en el Código Civil no se desprende de manera clara qué se debe entender por «recepción». No queda del todo claro si siempre que el Código Civil se refiere a la «recepción» de la obra usa el término en el sentido de transferencia de la posesión de la obra o en algunos casos de «aceptación» de la obra.

Sin embargo, parece razonable indicar que el Código Civil emplea el término «recepción» en el sentido de transferencia de la posesión de la obra y el término «aceptación» en su sentido natural. Por ejemplo, cuando el artículo 1778 indica que el comitente tiene derecho a comprobar la obra antes de su recepción y en caso no lo haga la obra se considerará aceptada, deberíamos deducir que para el Código Civil emplea los términos en el sentido antes indicado.

Lo mismo se puede deducir del artículo 1782 cuando señala que la recepción de la obra, sin reserva del comitente, descarga de responsabilidad al contratista por las diversidades y los vicios exteriores de ésta.

En otros países, como en España, se distingue entre «entrega» y «recepción». En tal caso, la «entrega» se refiere a la transferencia de la posesión de la obra y la «recepción» a la «aceptación» de la obra. El Tribunal Supremo español distingue ambos eventos por ejemplo en las sentencias de fecha 16 de julio de 1996<sup>(5)</sup>, 5 de febrero de 1985<sup>(6)</sup> y 20 de octubre

(5) En la sentencia del 16 de julio de 1996, el Tribunal Supremo español señaló lo siguiente: «(...) esta Sala (Sentencia de 25 de junio de 1979) atribuye solo a la recepción definitiva efectos liberatorios para el contratista, sin que pueda confundirse recepción de la obra con entrega de la misma (Sentencia de 14 de octubre de 1968)»

(6) En la sentencia del 5 de febrero de 1985, el Tribunal Supremo español señaló lo siguiente: «(...) la entrega por dicho constructor de los buques y subsiguiente recepción por el armador sin quejas, libera aquí de todas las obligaciones asumidas en el contrato, incluidas, por tanto, las que pudieran derivarse de la invocada mora en la entrega».

## Eric Franco Regjo

de 1968<sup>(7)</sup>. Por su parte, el Código Civil español regula de manera escasa la recepción de las obras (artículos 1592<sup>(8)</sup> y 1598<sup>(9)</sup>).

El Código Civil español permite interpretar que la recepción de las obras podría darse antes, al mismo tiempo o después de la entrega. Sin embargo, la Ley de Ordenación de la Edificación<sup>(10)</sup>, promulgada en 1999, contiene en su artículo 6 un concepto de «recepción» que unifica la entrega y la recepción tradicional<sup>(11)</sup>. La doctrina española sigue distinguiendo entre entrega y recepción, por lo cual deberá prestarse atención para verificar el sentido que se le da a cada término según su contexto.

En el ámbito de la contratación pública en el Perú, el artículo 210 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo 184-2008-EF) regula la «recepción» en los contratos de obra pública que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de dicha norma. El Reglamento parece emplear el término «recepción» en el sentido de «aceptación». Sin embargo, dejaremos nuestros comentarios sobre los contratos de obra pública para otro momento.

Los términos usados cotidianamente no contribuyen a aclarar la distinción conceptual entre la transferencia de la posesión de las obras y la «aceptación» de las obras. Es usual por ejemplo encontrar que el término «recepción» se emplee en ambos sentidos dependiendo del contexto.

Debe tenerse cuidado con esta confusión pues en cada caso se producirán efectos legales y contractuales distintos, sin dejar de tener en cuenta que el Código Civil y la Ley de Contrataciones

del Estado (Decreto Legislativo 1017) emplean el término en un sentido específico. En cada caso debe prestarse atención al sentido en el que se usa el término.

Es usual que las partes permitan la «aceptación provisional» de las obras. Es común que la «aceptación provisional» ocurra cuando los trabajos han sido sustancialmente terminados y el comitente entra en posesión de las obras, razón por la cual algunas veces se confunden los conceptos cuando se emplea el término «recepción provisional» en vez de «aceptación provisional».

La «aceptación provisional» no se encuentra regulada en el Código Civil, pero es común que se incluya en los contratos de construcción como el momento en el cual ocurren una serie de consecuencias legales y contractuales. Usualmente: i) todo o parte de las garantías de cumplimiento son liberadas y el contratista entrega una garantía por defectos; ii) se cumple la condición para el pago de parte o el saldo final del precio; iii) el riesgo de daños a la obra pasa al comitente; iv) el contratista se libera del riesgo de pagar penalidades por demora; también cesa el derecho del contratista de demandar el pago de gastos y costos extras por demoras causadas por el comitente o terceros; v) termina la obligación del contratista de contar con una serie de seguros; vi)

- 
- (7) En la sentencia del 20 de octubre de 1968, el Tribunal Supremo español señaló lo siguiente: «Que si bien algún sector doctrinal afirma que, como en materia mobiliaria no existe precepto expreso que disponga lo contrario, el recibo de la obra libera de responsabilidad al empresario contratista, sin embargo, la doctrina más generalizada no admite esta tesis, pues entiende que la entrega de la obra es cosa distinta de la recepción, la cual viene constituida por el acto o la manifestación del propietario, reconociendo que la obra ha sido ejecutada correctamente y admite tal recepción (...)».
- (8) «Artículo 1592.- El que se obliga a hacer una obra por piezas o por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha».
- (9) «Artículo 1598.- Cuando se conviniere que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente.  
Si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará a lo que éste decida».
- (10) Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999, de 5 de noviembre de 1999.
- (11) «Artículo 6. Recepción de la obra.- 1. La recepción de la obra es el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste. Podrá realizarse con o sin reservas y deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes».

empieza el período de garantía; vii) comienza a correr el plazo de prescripción para determinadas acciones; viii) cesa el derecho del comitente de variar los trabajos; ix) cuando ha habido demoras, este momento suele ser el punto de quiebre para que se cristalicen las demandas de las partes.

Los conceptos de «aceptación», «aceptación provisional» y «recepción» no son valiosos de por sí. Se trata de conceptos que marcan el cambio en la relación obligatoria de las partes al referirse al cumplimiento de sus obligaciones. Son tales consecuencias las que las partes tratarán de provocar o evitar según sus intereses y esa es la razón por la cual este tema es importante.

## 5. Aceptación de obras en el Código Civil

El contratista puede liberarse de sus obligaciones bajo el contrato de distintas maneras, tales como por acuerdo entre las partes, por efecto de la ley o una orden jurisdiccional, por imposibilidad o frustración, por incumplimiento o por razones de orden público. Naturalmente, la causa más común es el cumplimiento del contrato.

Tal como señala Ian Duncan Wallace, el editor de *Hudson's Building and Engineering Contracts*<sup>(12)</sup>, muchos de los problemas legales relacionados con el cumplimiento de las obligaciones no suelen ser objeto de regulación detallada en los contratos de construcción. Tal afirmación, efectuada en 1995 con referencia a la realidad inglesa y aún aplicable a la fecha en dicho contexto, es también aplicable en el Perú el día de hoy.

Los contratos de obra en el Perú se encuentran regulados en el capítulo tercero del título noveno del libro séptimo del Código Civil, pero naturalmente las normas generales del derecho de obligaciones le son aplicables. En un contrato de obra el contratista tiene una obligación de hacer y debe completar los trabajos según lo especificado en el contrato (artículos 1771, 1774.1, 1148 y 1326).

Existe muy poca regulación sobre la aceptación de trabajos de construcción en el Código Civil. La doctrina peruana disponible

sobre este tema es escasa y general, sin llegar a analizar este complejo tema en detalle. Como es sabido, lamentablemente la jurisprudencia no se encuentra sistematizada, es de difícil acceso y por regla general no es vinculante.

Adicionalmente, se debe considerar que los usos comerciales son considerados una fuente del derecho mercantil en el Perú. El artículo 2 del Código de Comercio (Sección Primera, De los Comerciantes y los Actos de Comercio) indica que los actos de comercio se rigen por las condiciones establecidas en dicho acto; y en su defecto, por los usos de comercio observados en cada plaza. A falta de ambas reglas, los actos de comercio se regirán por el derecho común. La interacción de los usos comerciales con el Código Civil es materia de discusión. Sin embargo, bastará indicar por el momento que los usos comerciales son considerados una fuente del derecho relevante para nuestro análisis.

Para efectos del presente análisis, los artículos del Código Civil de mayor relevancia que hacen referencia directa a la aceptación de obras son los artículos 1778, 1779 y 1780. Los dos primeros mencionan eventos que ocasionarían la aceptación tácita de las obras y el tercero menciona la llamada «obra a satisfacción del comitente».

Según el artículo 1778, el comitente, antes de la recepción de la obra, tiene derecho a su comprobación. Si el comitente descuida proceder a ella sin justo motivo o bien no comunica su resultado dentro de un breve plazo, la obra se considera aceptada. Por su parte, el artículo 1779 señala que se entiende aceptada la obra si el comitente la recibe sin reserva, aun cuando no se haya procedido a su verificación.

(12) DUNCAN WALLACE, Ian (editor). *Hudson's Building and Engineering Contracts*. 11ma edición. Londres: Sweet & Maxwell, 1995.

## Eric Franco Regjo

Eventualmente se podrían considerar otros supuestos de aceptación tácita, tal como los señalados por el derecho español<sup>(13)</sup> e inglés<sup>(14)</sup>. Sin embargo, dicho análisis excede los fines del presente artículo.

Por su parte, la «obra a satisfacción del comitente», mencionada en el artículo 1780, presenta una serie de complejas aristas que es necesario considerar. Es común que los comitentes incluyan en los contratos de construcción que la obra debe ser efectuada a su satisfacción.

Esta es una provisión que ciertamente parece proteger al comitente y parece brindarle una gran fortaleza para exigir el cumplimiento de la obra según sus especificaciones técnicas y otros criterios aparentemente subjetivos. Sin embargo, no queda del todo claro qué diferencia puede haber entre la aceptación que se requiere normalmente en cualquier contrato de obra y la aceptación que se exigiría en un «contrato a satisfacción». El solo uso del término «a satisfacción» parece dar pie a actuaciones caprichosas y abusos contrarios al principio de buena fe por parte del comitente.

En todo caso, es razonable pensar que la aceptación no podrá ser injustamente denegada y deberá ser efectuada conforme a los principios de la buena fe (*arbitrium boni viri*). En España por ejemplo se exige que la satisfacción del comitente se sustente en criterios objetivos, lo cual en sustancia no difiere de manera significativa de la discrecionalidad que usualmente tiene el comitente en todo contrato de obra<sup>(15)</sup>

Adicionalmente, en caso que la obra no sea aceptada por el comitente, será un tercero quien decidirá si la obra está en condiciones de ser aceptada o no. En tales casos, la remisión a los artículos 1407 y 1408 nos lleva a pensar que el tercero

podrá tomar su decisión basado en principios de equidad. Sin embargo, consideramos que aún aplicando principios de equidad, dicho tercero deberá observar criterios objetivos en virtud a las especificaciones técnicas del contrato respectivo.

En suma, la diferencia esencial con la «aceptación» normalmente disponible al comitente será que si el comitente no aprueba la obra, será un perito quien tendrá que decidir si la obra es aceptable o no según criterios objetivos. En tal sentido, consideramos que los comentarios contenidos en el presente artículo con relación a la «aceptación» y la presencia de defectos menores son aplicables a los contratos en los que la obra deba ser realizada «a satisfacción» del comitente.

## 6. Defectos al momento de la aceptación

La obra puede presentar defectos tanto antes como después de su aceptación. En el presente artículo estamos analizando los efectos de los defectos que existen antes de la aceptación y su impacto en el proceso de aceptación.

El artículo 1782 señala que el contratista está obligado a responder por las diversidades y los vicios<sup>(16)</sup> de la obra y que si el comitente «recibe» la obra, sin reserva, descarga de responsabilidad al contratista por las diversidades y los vicios exteriores de ésta.

(13) Véase, por ejemplo, DELARCO TORRES, M. A. y M. PONS GONZÁLEZ. *Derecho de la Construcción*. Granada: 2002. pp. 403-438; CARRASCO PEREDA, A. *et al. Derecho de la Construcción y la Vivienda*. 5ta edición. Madrid: Dilex, 2005. pp. 336-349; ORTEGA DOMÉNECH, J. *El Contrato de Obra en la Jurisprudencia*. Madrid: UCM, 2007. pp. 76-116; SAN SEGUNDO MANUEL, T. *La recepción en el contrato de obra*. Valencia: CISS, 2001.

(14) Véase, por ejemplo, FURST, S. y V. RAMSEY (editores). *Keating on Construction Contracts*. Londres: Sweet & Maxwell, 2006; o Duncan Wallace, Ian (editor). *Hudson's Building and Engineering Contracts*. 11ma edición. Londres: Sweet & Maxwell, 1995.

(15) SAN SEGUNDO, T. *Op cit.*; pp. 135-169.

(16) Para un comentario general sobre lo que debe entenderse por «diversidades y vicios» ver: M. Arias Schreiber y C. Cárdenas, *Exégesis*, Lima: Gaceta Jurídica, 1997, p.127 y D. Reboredo (compiladora), *Exposición de Motivos y Comentarios*, Lima: Okura, 1985, p. 473.

El artículo 1782 aporta a la confusión de términos indicada más arriba, pues está liberando al contratista de su obligación de cumplir su prestación (con relación a diversidades y vicios exteriores) cuando ocurre la «recepción» sin reservas. Como indicamos líneas arriba, la «recepción» sin reservas es un supuesto de aceptación tácita (artículo 1779), por lo cual hubiera sido más sencillo indicar que si comitente «acepta» la obra sin reservas el contratista queda liberado de responsabilidad por las diversidades y vicios exteriores.

El artículo 1783 señala que el comitente puede solicitar, a su elección, que las diversidades o los vicios de la obra se eliminen a costa del contratista, o bien que la retribución sea disminuida proporcionalmente, sin perjuicio del resarcimiento del daño. A continuación, agrega que si las diversidades o los vicios son tales que hagan inútil la obra para la finalidad convenida, el comitente puede pedir la resolución del contrato y la indemnización por los daños y perjuicios. Finalmente, indica que el comitente debe comunicar al contratista las diversidades o los vicios dentro de los sesenta días desde la recepción la obra. Este plazo es de caducidad y la acción contra el contratista prescribe al año de construida la obra.

¿A qué tipo de defectos se refiere el artículo 1783? ¿Se refiere a defectos encontrados antes o después de la aceptación? Como señalamos antes, el artículo 1782 señala que cuando el comitente «recibe» la obra, sin reserva, descarga de responsabilidad al contratista por las diversidades y los vicios exteriores de ésta. Por tal razón el artículo 1783 no podría referirse a este tipo de defectos.

Por otro lado, tampoco parece estarse refiriendo a las diversidades y los vicios que el comitente haya identificado y expresado sus reservas al momento de la recepción pues el artículo se refiere a los defectos que se comuniquen después de la recepción y no al momento de la recepción. Sin embargo, no descartamos que puedan caber dudas sobre este tema y argumentar que el artículo se refiere, entre otros, a este tipo de defectos. Posición que no compartimos a la luz de lo indicado en este párrafo.

Por el contrario, el artículo 1783 parece estarse refiriendo a los defectos que no hayan sido exteriores, ni hayan sido ya

«POR SU PARTE, EN EL DERECHO INGLÉS LOS TRIBUNALES SON TOLERANTES CON CIERTO GRADO DE IMPERFECCIONES. TAL TOLERANCIA LLEGA A UN PUNTO TAL QUE HAN DESARROLLADO LA DOCTRINA DE LOS TRABAJOS SUSTANCIALMENTE TERMINADOS (“THE DOCTRINE OF SUBSTANTIAL PERFORMANCE”)».

comunicados al contratista como reservas al momento de la recepción.

Los remedios que este artículo pone a disposición del comitente son razonables, proporcionales a la gravedad de los defectos y acordes con el principio de preservación de los contratos<sup>(17)</sup> y el principio de buena fe. Sin embargo, no se señala cómo afecta ningún tipo de defectos (serios o no) al proceso de aceptación de la obra.

El artículo 1783 se refiere a los defectos en función a la recepción de la obra. Sin embargo, no señala si el comitente puede dilatar la aceptación en caso que existan defectos. Como hemos señalado antes, la aceptación genera una serie de importantes consecuencias contractuales y por tal razón es fundamental determinar cuál es el afecto de tales defectos en este sentido.

Cabe preguntarnos si el comitente puede negarse a «recibir» y/o «aceptar» las obras en caso existan defectos (serios o graves). El Código Civil guarda silencio sobre este sensible problema. Parece que sería razonable señalar que los remedios indicados en el artículo 1783

(17) Arias Schreiber y Cárdenas. *Ibid.*; p.128.



## Eric Franco Regjo

están marcando la pauta con relación al tratamiento de los defectos en la fase final de las obras. Los remedios disponibles al comitente se dividirían según la gravedad de los defectos. En caso de defectos menores o defectos serios pero que no hagan inútil la obra para la finalidad convenida, el comitente podrá elegir entre eliminar las diversidades o los vicios de la obra a costa del contratista, o bien que la retribución sea disminuida proporcionalmente. Por su parte, en caso que las diversidades o los vicios sean tales que hagan inútil la obra para la finalidad convenida, el comitente podrá pedir la resolución del contrato. En todos los casos el comitente podrá demandar el pago de los daños y perjuicios que haya sufrido.

En tal sentido, una interpretación razonada del Código Civil a la luz del principio de preservación de los contratos y el principio de buena fe, debería llevarnos a concluir que el comitente deberá aceptar las obras salvo cuando ellas presenten diversidades o vicios que hagan inútil la obra para la finalidad convenida. Cuando los defectos no hagan inútil la obra para la finalidad convenida, el remedio deberá ser proporcional a la gravedad de los defectos.

Sin embargo, debemos admitir que este es un supuesto no regulado por la parte específica del Código Civil sobre el contrato de obra. Parece quedar abierta la posibilidad que el comitente pueda rechazar las obras o dilatar la aceptación en dichos casos. Parece no importar si el comitente toma posesión de las obras. Aún en dicho caso parece abierta la posibilidad de que rechace las obras si existen defectos que el comitente ha identificado. De una primera impresión, parecería que el concepto de aceptación de obras en el Código Civil es sumamente severo con los contratistas.

Ante la falta de regulación en los artículos sobre el contrato de obra, consideramos que lo que correspondería sería aplicar el artículo 1151, relacionado con el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Si aplicamos el artículo 1151 al ámbito de los contratos de construcción, dicho artículo diría que en caso de cumplimiento defectuoso el comitente podría elegir entre los siguiente

remedios: i) exigir la ejecución forzada de las obras, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del contratista; ii) exigir que las obras sean ejecutadas por persona distinta al contratista y por cuenta de éste; iii) considerar no ejecutadas las obras, si resultasen sin utilidad para el comitente; iv) exigir al contratista la destrucción de las obras realizadas o destruirlas por cuenta de él, si le fuesen perjudiciales; o, v) aceptar las obras ejecutadas, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

La redacción simple del artículo 1151 puede llevar a considerar que el comitente es libre de elegir cualquiera de los remedios listados. Sin embargo, una interpretación y aplicación razonada del artículo debe llevar a concluir que el comitente no goza siempre de tan amplia libertad.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el comitente debería contar con autorización judicial o arbitral para aplicar las opciones i), ii), iii) y iv)<sup>(18)</sup>. En segundo lugar, la doctrina peruana considera que el comitente sólo podría destruir las obras en el caso de defectos serios, lo cual sujetaría su aplicación a un criterio de racionalidad<sup>(19)</sup>.

Parece ser que la opción v) es la opción que sería más razonable aplicar en la mayoría de casos. Esta opción se encuentra en línea con los remedios listados en el artículo 1783 y, como veremos más adelante, con los remedios disponibles en caso de defectos menores en el ámbito internacional y según los usos de la industria.

Por otro lado, la aplicación del artículo 1151 debe ser conjugada con el principio de buena

(18) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Comentarios a los artículos 1150 y 1151 del Código Civil*. En: *El Código Civil Comentado*. 2da edición. Volumen VI. Lima: Gaceta Jurídica, 2007. pp. 129-134.

(19) BARANDIARÁN, José León. *Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones*. Volumen II. Buenos Aires: Ediar, 1954. pp. 51-52; y OSTERLING y CASTILLO. *Ibid.*; pp. 133-134.

fe y el principio de conservación de los contratos. Dichos principios deben inspirar una interpretación razonada del artículo en cuestión y llevar a concluir que los remedios disponibles al comitente deben ser acordes con la gravedad de los defectos encontrados en la obra.

En el ámbito de la contratación pública el artículo 40.c de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 168.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado facultan a la entidad contratante para que pueda resolver el contrato de obra pública en caso que el contratista incumpla con sus obligaciones bajo el contrato. El incumplimiento no se encuentra calificado, por lo que en principio se estaría refiriendo a cualquier tipo de incumplimiento, grave o no, sin considerar el principio de proporcionalidad. Sin embargo, dejaremos nuestros comentarios sobre el contrato de obra pública para otra oportunidad.

Adicionalmente, se debe considerar que es usual en la práctica de la industria de la construcción en Perú y en diversas jurisdicciones que los defectos menores no impidan la aceptación (por lo menos provisional) de las obras, el inicio del período de garantía y las otras consecuencias usuales indicadas más arriba.

El contratista recibe normalmente una lista con los defectos que debe subsanar y en caso que no los subsane el comitente tiene una serie de remedios, pero no es común (ni legal en muchos casos) que pueda rechazar las obras en tales supuestos. Tal práctica se puede encontrar en los diversos contratos estándar que emplea la industria en el ámbito internacional y en la jurisprudencia de diversos países, tales como las que citaremos más adelante.

Como se puede apreciar, la redacción literal del artículo 1151 del Código Civil faculta al comitente a elegir cualquiera de las opciones que lista, haciendo difícil argumentar que en realidad la lista completa de opciones no está disponible para el comitente. Sin embargo, la aplicación literal del artículo 1151 en el caso de defectos menores no sería aceptable a la luz del principio de buena fe, el principio de conservación de los contratos, los usos comerciales en la industria de la

construcción, los criterios indicados en el artículo 1783, ni, como argumentaremos a continuación, de la doctrina y jurisprudencia generalizada en el ámbito internacional.

## 7. Comentarios desde el derecho español e inglés

### 7.1. Derecho español

Como hemos señalado antes, la doctrina<sup>(20)</sup> y la jurisprudencia española distingue la «entrega» y la «recepción» de la obra, siendo la «entrega» la transferencia de la posesión de la obra y la «recepción» la aceptación de la prestación del contratista.

El Código Civil español regula de manera sucinta éste tema (artículos 1592 y 1598), pero la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de desarrollar el tema. Adicionalmente, la Ley de Ordenación de la Edificación aporta una mayor regulación.

Con relación al tema que nos compete, en caso que el contratista incumpla gravemente con una de sus obligaciones esenciales bajo el contrato está perfectamente justificado el incumplimiento por parte del comitente. En tal sentido, es posible que el comitente no cumpla con su obligación de pago por entender que la obra no se ha ejecutado correctamente conforme a la *exceptio non rite adimpleti contractus* o excepción del contrato no cumplido adecuadamente.

Sin embargo, para que dicha excepción tenga éxito es necesario que el defecto o los defectos sean de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida, haciendo la obra impropia para satisfacer el interés del comitente. Dicho criterio es mantenido por el Tribunal Supremo español, como se puede

(20) Véase, por ejemplo, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ. *Ibid.*; pp. 403-438; CARRASCO PEREDA y otros. *Ibid.*; pp. 336-349; ORTEGA DOMÉNECH. *Ibid.*; pp. 76-116; SAN SEGUNDO MANUEL, *Ibid.*

## Eric Franco Regjo

apreciar por ejemplo en la sentencia de 22 de octubre de 1997:

«(...) La segunda cuestión se refiere a uno de los efectos de toda obligación recíproca: si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor, sin que él haya cumplido, este deudor podrá oponer la llamada *exceptio non adimpleti contractus*, que no está regulada expresamente en el Código Civil pero deriva de los arts. 1100, 1124 y 1308 y ha sido reiteradamente aplicada por la jurisprudencia: sentencias, entre otras más antiguas, de 10 de enero 1991, 9 julio 1991, 3 diciembre 1992, 15 noviembre 1993, 21 marzo 1994, 8 junio 1996, otra de la misma fecha 8 junio 1986 y la de 29 octubre 1996.

Sin embargo, el deudor que alega esta *exceptio non adimpleti contractus* la tiene que basar en el incumplimiento real y efectivo de la otra parte, que frustre la finalidad del contrato, no bastando el cumplimiento defectuoso de la obligación. Así, la sentencia de 21 de marzo de 1994 dice: (...) la excepción *non adimpleti contractus* (...) exige un verdadero y propio incumplimiento de alguna obligación principal derivada del contrato, sin que puedan una y otra apoyarse en un cumplimiento defectuoso (...) Es particularmente interesante lo expresado por la sentencia de 8 de junio de 1996 (f. j. 2º, segundo párrafo): Tiene declarado esta sala (sentencia de 27 de enero de 1992) que aunque el Código Civil español (art. 1598) no determina cuáles sean los derechos que asisten al dueño de la obra cuando la entregada no reúne las condiciones pactadas o las adecuadas a su finalidad, claramente se deduce de las normas generales sobre obligaciones y contratos, incluido el de compraventa, que tiene derecho a que se subsanen por el contratista los vicios y defectos sin abono de cantidad suplementaria alguna o a la reducción del precio en proporción a dichos defectos, o a pedir la nueva realización o la resolución del contrato cuando hay una absoluta imposibilidad de reparar o esencial inadecuación al fin.

Por otra parte, dice la sentencia de 13 de mayo de 1985 que «si el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sean de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación

a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio—sentencias de 21 de noviembre de 1971, 17 de enero de 1975, 15 de marzo y 3 de octubre de 1979—»; en igual sentido se pronuncia la sentencia de 30 de enero de 1992 al rechazar «la pretensión del recurrente de detener el pago de lo debido como consecuencia de la obra llevada a cabo por la constructora, una vez que por ésta se hizo entrega del inmueble y éste fue ocupado por la recurrente, figurando convenido entre ambas la forma de pago del resto que deberá llevarse a cabo con arreglo a lo pactado, ya que esencialmente la obra entregada no aparece como impropia para satisfacer el interés del comitente, ni acusa defecto que permita concluir en la existencia de un *aliud pro alio* sino sólo imperfecciones constructivas, cuya adecuada subsanación se pide y el tribunal, para el debido cumplimiento de lo pactado, impone de inmediato al constructor en la sentencia impugnada».

(...)

Se ha expuesto anteriormente la doctrina y jurisprudencia de la *exceptio non adimpleti contractus*. Aplicándola al caso concreto de autos, como hace este motivo de casación, se ha acreditado —como expone la sentencia de instancia— la ejecución por la sociedad constructora (contratista en el contrato, demandante en el proceso y parte recurrida en casación) de la obra objeto del contrato; también se ha acreditado una serie de deficiencias y defectos, lo que supone un cumplimiento defectuoso de la obligación de ejecutar la obra, pero no supone su incumplimiento, que permita la aplicación de esta «exceptio». Por ello, no se aprecia infracción alguna de los

artículos que cita del Código Civil ya que éstos no prevén que una parte pueda escudarse en el cumplimiento defectuoso de la otra, para incumplir su obligación; estimar la argumentación de este motivo, que pretende justificar el incumplimiento de la obligación de pago del precio en el contrato de obra en los defectos de ésta, sería tanto como permitir el impago en todo caso que la obra no haya resultado perfecta. La solución que da la sentencia de instancia es la correcta: debe la parte demandada pagar el precio y de éste debe descontarse el valor de las reparaciones hechas y por hacer que se han acreditado (...)

Otro ejemplo se encuentra en la sentencia de 12 de junio de 1998:

«(...) Como dice la sentencia de 13 de mayo de 1985 «si el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionada a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente queda satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1124 del citado texto sustantivo y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio (sentencias de 21 de noviembre de 1971, 17 de enero de 1975, 15 de marzo y 3 de octubre de 1979)». Esta última solución es la acogida por la sentencia «a quo» al valorar la importancia y entidad del incumplimiento imputado al contratista que declara que no es de suficiente entidad como para estimar que el interés del comitente queda totalmente insatisfecho, valoración que es compartida por esta sala y que impide la resolución del contrato, vedada, además por el incumplimiento por el dueño de su principal obligación de pago, como se ha dicho más arriba; igualmente sería contrario a las reglas de la buena fe contractual a que se refiere el artículo 1258 del Código Civil permitir al comitente retener el precio de la obra ejecutada por la existencia de defectos en ella de insuficiente entidad cuando esa falta de pago no trae causa en tales defectos sin que suponga un reiterado incumplimiento de la obligación de pago en la forma pactada, como ocurre en este caso».

El desarrollo del tema de la recepción de obras en el derecho español ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, pero nos hemos limitado a indicar algunos de los aspectos relevantes para nuestra discusión. En síntesis, podríamos señalar que lo que surge a favor del comitente es un derecho de retención sobre una cantidad de dinero, cuya cuantía será proporcional al importe de la realización defectuosa y en caso de discrepancia corresponderá al juzgador determinar su cuantía. Sin embargo, se debe precisar que los criterios para determinar el monto de dicha reducción no quedan del todo claros.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el comitente siempre podrá demandar el pago de los daños y perjuicios que hubiera sufrido efectivamente en exceso del monto reducido.

En tal sentido, si la obra no adolece de defectos de construcción de cierta relevancia o gravedad, sino de simples imperfecciones, se entiende que el constructor ha cumplido con su obligación principal, siendo ésta la realización de la obra encargada.

## 7.2. Derecho inglés

Por su parte, en el derecho inglés los tribunales son tolerantes con cierto grado de imperfecciones. Tal tolerancia llega a un punto tal que han desarrollado la doctrina de los trabajos sustancialmente terminados («the doctrine of substantial performance»). Recordemos que fue un juez inglés, HHJ Newew QC, al que citamos más arriba, quien dijo que la perfección no debía buscarse en el ámbito de los proyectos de construcción.

La doctrina de los trabajos sustancialmente terminados fue desarrollada para resolver casos en los que existían defectos que no impedían el aprovechamiento de las obras por el comitente y no permitir que el comitente

## Eric Franco Regjo

pueda evitar cumplir con pagar todo o parte del precio alegando la existencia de tales defectos menores.

Esta doctrina se desarrolló con dos propósitos principales. En primer lugar para determinar el momento en que el contratista ha cumplido su obligación de terminar los trabajos (a pesar de la existencia de defectos menores) y en segundo lugar para permitir que el contratista sea pagado a pesar de la existencia de defectos menores.

La doctrina de los trabajos sustancialmente terminados ha sido ampliamente discutida y sigue presentando casos en los que su aplicación no es sencilla. Sin embargo, es una doctrina fuertemente enraizada en la mayoría de jurisdicciones del derecho común.

La tolerancia a la imperfección en la industria de la construcción en las jurisdicciones del derecho común se encuentra expresada con claridad en la sentencia del juez Cardoso. J. de la Corte de Apelaciones de Nueva York en el caso *Jacob v. Youngs & Kent*<sup>(21)</sup>. En dicho caso, el juez Cardoso admitió como tolerable que el contratista se aparte deliberadamente de las especificaciones técnicas del comitente para cumplir con su deber de minimizar los daños (como por ejemplo mediante el reemplazo de un tipo de material por otro).

«The courts never say that one who makes a contract fills the measure of his duty by less than full performance. They do say, however, that an omission, both trivial and innocent, will sometimes be atoned for by allowance of the resulting damage, and will not always be the breach of a condition to be followed by a forfeiture (...) Where the line is to be drawn between the important and the trivial cannot be settled by a formula (...) The same omission may take on one aspect or another according to its setting. Substitution of equivalents may not have the same significance in fields of art on the one side and in those of mere utility on the other. Nowhere will change be tolerated, however, if it is so dominant or pervasive as in any real or substantial measure to frustrate the purpose of the contract (...) There is no general license to install whatever in the builder's judgment, may be regarded as «just as good» (...) The question is one of degree, to be answered, if there is doubt, by the triers of the facts (...) We must weigh the purpose to be served, the desire

to be gratified, the excuse of deviation from the letter, the cruelty of enforced adherence. Then only can we tell whether literal fulfillment is to be implied by law as a condition. This is not to say that the parties are not free by apt and certain words to effectuate a purpose that performance of every term shall be a condition of recovery. That question is not here. This is merely to say that the law will be slow to impute the purpose, in the silence of the parties, where the significance of the default is grievously out of proportion to the oppression of the forfeiture. The willful transgressor must accept the penalty of his transgression (...) For him there is no occasion to mitigate the rigor of implied conditions. The transgressor whose fault is an intentional and trivial may hope for mercy if he will offer atonement for his wrong».

Se desprende de esta doctrina que sólo cuando el incumplimiento defectuoso del contratista sea esencial las obras podrán ser rechazadas; en cuyo caso el comitente será liberado de su obligación de pagar el precio y tendrá derecho a demandar el pago de los daños y perjuicios que hubiera sufrido. El principio en el cual descansa esta doctrina se encuentra expresado claramente por Lord Mansfield en la antigua sentencia del caso *Boone v. Eyre*<sup>(22)</sup>: «(...) where mutual covenants go to the whole of the consideration on both sides, they are mutual conditions, the one precedent to the other. But where they go only to a part, where a breach may be paid in damages, there the defendant has his remedy on his covenant, and shall not plead it as condition precedent».

Parece no quedar del todo claro si el derecho inglés permitiría al comitente sólo demandar el pago de los daños y perjuicios que le causen los referidos defectos o si también podría reducir el precio del contrato. En todo caso, es posible que ambos remedios estén disponibles,

(21) *Jacob v. Youngs & Kent* 230 N.Y. 239 (1921).

(22) *Boone v. Eyre* (1779) 1 Hy. Bl. 273.

tal como lo señaló Denning LJ (tal como se le conocía entonces) en el caso *Hoening v. Isaacs*<sup>(23)</sup>.

«In determining this issue the first question is whether on the true construction of the contract, entire performance was a condition precedent to payment. It was lump sum contract, but that does not mean that entire performance was a condition precedent to payment. When a contract provides for a specific sum to be paid on completion of specified work, the courts lean against a construction of the contract which would deprive the contractor of any payment at all simply because there are some defects or omissions. The promise to complete the work is, therefore, construed as a term of the contract, but not as a condition. It is not every breach of that term which absolves the employer from his promise to pay the price, but only a breach which goes to the root of the contract, such as an abandonment of the work when it is only half done. Unless the breach goes to the root of the matter, the employer cannot resist payment of the price. He must pay it and bring a cross-claim for the defects and omissions, or, alternatively, set them up in diminution of the price».

El reciente caso de la Corte de Apelaciones de Hong Kong *Mariner International Hotels Ltd v Atlas Lts*<sup>(24)</sup> ha extendido aún más la doctrina de los trabajos sustancialmente terminados en los países del derecho común, pudiendo ser considerado ahora que «practical completion» o «substantial completion» son términos legalmente reconocidos y con un contenido específico. En dicho caso, el juez Mr Justice Bokhary PJ indicó en el párrafo 13 de su sentencia que:

«(...) In building contracts, «practical completion» is a legal term of art well understood to mean a state of affairs in which the works have been completed free from any patent defects other than ones to be ignored as trifling».

## 8. Contratos de Construcción en el Perú

Como se puede apreciar, la redacción literal del artículo 1151 del Código Civil faculta al comitente a elegir cualquiera de las opciones que lista, haciendo difícil argumentar que en realidad la lista completa de opciones no está disponible para el

comitente. Sin embargo, la aplicación literal del artículo 1151 en el caso de defectos menores no sería aceptable a la luz del principio de buena fe, el principio de conservación de los contratos, los usos comerciales de la industria de la construcción, los criterios indicados en el artículo 1783 con relación a los remedios disponibles en caso de defectos, ni de la doctrina y jurisprudencia generalizada en el ámbito internacional.

Una interpretación razonada de la aceptación de las obras debería llevar a considerar que el comitente no sólo tiene el derecho de aceptar o rechazar la obra, sino que también tiene la obligación de aceptarla cuando la misma se encuentra sustancialmente terminada, sin perjuicio de los remedios que razonablemente sean aplicables. Por otro lado, la demora en la ocurrencia de la aceptación debido a defectos menores no debería causar que el contratista incurra en responsabilidades o costos adicionales. En caso que las partes acuerden que habrá una aceptación provisional antes de la aceptación definitiva, la existencia de defectos menores no debería ser motivo para que no ocurra la aceptación provisional.

Nuestra opinión es que los jueces y árbitros deberían resolver estos casos conforme a los usos comerciales de la industria, los principios generales del derecho y una interpretación razonable de los artículos pertinentes del Código Civil. En tal sentido, los remedios en caso de defectos menores al momento de la aceptación deberían comprender el pago de los daños y perjuicios que efectivamente causen los defectos al comitente y/o la reducción de parte del precio. De lo contrario, se estaría aplicando la ley de una manera irrazonable y que no debe ser amparada por el derecho. Sin embargo, reconocemos que dicha aplicación razonada debe ser efectuada dejando de lado

(23) *Hoening v Isaacs* [1952] 2 All ER 176.

(24) *Mariner International Hotels Ltd v Atlas Ltd* [2007] 1 HKLRD 413 (CFA (HK)).

## Eric Franco Regjo

la interpretación literal de algunos pasajes del Código Civil, como el artículo 1151, lo cual puede ser algo difícil de sustentar si no se cuenta con la argumentación adecuada.

En todo caso, la mejor manera de evitar una aplicación irracional de la ley sería a través de la inclusión en el contrato de construcción de una cláusula que regule la aceptación de las obras y los remedios disponibles a las partes en caso que existan defectos.

### 9. Conclusión

Sin duda alguna, los temas de discusión jurídica que se generan con ocasión del derecho de la construcción son sumamente

complejos y la ayuda del derecho comparado, los usos y la práctica internacional es importante. La creciente necesidad de contar con un marco jurídico apto para lidiar de manera efectiva con los crecientes retos que presentan los proyectos de construcción en el Perú debe ser motivo para fomentar la discusión sobre la adecuada aplicación de las normas del Código Civil y la interpretación de la doctrina existente. En algunos casos, inclusive para considerar la necesidad de efectuar reformas legales.

Queda claro que en el caso de la aplicación del Código Civil a una disputa relacionada con defectos menores en un proyecto de construcción, dicho cuerpo legal no es siempre de aplicación sencilla y su interpretación debe ser balanceada con una argumentación sólida sobre los usos de la industria de la construcción, los principios generales del derecho y la doctrina y jurisprudencia internacional.