

Algunos aspectos administrativos, contractuales y arbitrales en torno a la denominada “Fórmula Polinómica”



RENZO SEMINARIO CORDOVA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor del curso Aspectos legales en la Construcción en la
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. ¿Qué es la Fórmula Polinómica?
- III. Aspectos administrativos sobre la Fórmula Polinómica.
- IV. Aspectos civiles/contractuales sobre la Fórmula Polinómica.
- V. Aspectos arbitrales sobre la Fórmula Polinómica.
- VI. Conclusiones.

ADVOCATUS 128



I. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses se ha reiniciado el debate administrativo/contractual/arbitral sobre un tema que técnicamente podría sonar muy complicado, pero que en realidad es mucho más sencillo de lo que parece.

Nos referimos al fuerte, intenso y muy acalorado debate que se ha (re)iniciado –a todo nivel– sobre la denominada **"Fórmula Polinómica"** en los contratos de construcción. Pese a que el debate ha tenido escenario en el marco de arbitrajes de obra pública, no negamos que este debate pueda trasladarse también a los contratos de obra privada.

La discusión sobre este tema es muy interesante jurídicamente pues involucra, como ya mencionáramos al comienzo, definir, puntualizar y tomar posición sobre ciertos aspectos del derecho administrativo, derecho contractual (civil), y del arbitraje, temas que resultan determinantes para resolver las controversias que se derivan de la Fórmula Polinómica.

Por tanto, el objeto del presente artículo será **describir** esos aspectos administrativos y contractuales involucrados en la Fórmula Polinómica, que finalmente nos llevarán a tomar postura respecto de si las controversias vinculadas a este tema son o no arbitrables. Resalto que el objeto es describir, pues para analizar con mucha mayor profundidad sería necesaria hacer una tesis.

Quien redacta, y seguramente quien lea este artículo, será un abogado. Por tanto, antes de explicar los aspectos administrativos, contractuales, arbitrales, nos vemos obligados a explicar en palabras muy simples lo que significa la Fórmula Polinómica. Al final, nos daremos cuenta que esto que podría sonar como chino, es en realidad mucho más fácil de lo que aparenta ser.

II. ¿QUÉ ES LA FÓRMULA POLINÓMICA?

¿Por qué se actualiza casi todos los años la Unidad Impositiva Tributaria (UIT)? ¿Por qué los médicos, trabajadores del sector público, trabajadores de las empresas mineras, piden

cada cierto tiempo aumento de sueldos? ¿Por qué ya no se encuentra en las bodegas chicles de cinco centavos, como hace años sí? ¿Por qué cada vez necesitamos más dinero para llenar el tanque de combustible de nuestros vehículos?

La respuesta a esta pregunta obviamente cae de madura: en el tiempo, el dinero pierde valor y los insumos con los que se fabrican dichos productos se encarecen. Esto es muy simple, claro está, pues no es objeto de este artículo analizar todas las variables económicas que podrían afectar el encarecimiento de los productos a lo largo del tiempo.

Entonces, lo cierto es que en el tiempo el dinero pierde valor y como consecuencia, los precios se encarecen. Es por eso que año a año la UIT se incrementa (al ser este un mecanismo de referencia para el pago de diversos servicios), los trabajadores piden aumento de sueldos (porque cada vez el dinero les/nos alcanza para comprar menos cosas), ya no hay chicles a cinco céntimos (los insumos se encarecen), el precio del combustible se incrementa (el crudo aumenta de precio), etc.

La realidad explicada hasta aquí se ve reflejada incluso con mayor nitidez en los **contratos de construcción**. ¿Por qué? La razón es que en este tipo de contratos el contratista oferta sus precios a una fecha base determinada, pero la entidad le paga muchos meses después de esa fecha. Nos explicamos.

Para construir una obra es necesaria la participación de una serie de insumos. Pongamos el ejemplo de una carretera. En este tipo de obras, el contratista tendrá que conseguir cemento, arena, petróleo, madera, maquinarias, equipos, mano de obra, etc. De esta forma, cuando el contratista formula su oferta, debe considerar los precios de todos esos insumos a una fecha determinada, es decir, los precios a la fecha en la que formula su oferta.

Lo paradójico de esta situación es que pese a que el contratista formula su oferta a una fecha determinada, la entidad contratante le pagará el precio mes a mes (a través de las denominadas

"valorizaciones") conforme el contratista vaya ejecutando los trabajos. Es decir, si la ejecución de una obra dura tres años (como es usual en carreteras) podría terminársele pagando al contratista por la obra con precios no reales, al no ser estos actuales pues corresponden a una fecha muy anterior a la fecha de pago.

Frente a esta situación es que se ha previsto que mes a mes, el pago que se efectúa al contratista por los trabajos ejecutados se vea afectado/ajustado por la denominada Fórmula Polinómica. Esta previsión puede ser legal (como en el caso de obras públicas), pero nada obsta a que la misma sea contractual.

Se trata pues, como lo indica Del Arco Torres y Pons González, de:

"un sistema objetivo en el que las variaciones periódicas de los precios de la mano de obra y de los materiales, se fijan por un órgano oficial y se aplican a través de fórmulas que ponen en relación los precios vigentes en el momento de la adjudicación con los del momento de la ejecución respetando determinados umbrales en los que no resulta oportuno que se produzca la actualización."¹

Esta Fórmula Polinómica no hace otra cosa que reajustar el precio a la fecha en la cual se le paga al contratista. Como resulta lógico, una previsión de esta naturaleza significa reconocer -como ya mencionamos al comienzo- que **el dinero en el tiempo pierde valor y que, como consecuencia, es necesario establecer un mecanismo de justicia que reajuste el pago a un precio real.**

Recordemos que usualmente ningún contratista consigue los insumos para una obra el día en el que se le adjudica la buena pro, sino que los va adquiriendo conforme se van necesitando para la ejecución de la obra. Por tanto, si el galón de petróleo a la fecha de la oferta costaba diez soles

en el mercado, es a partir de ese precio que el contratista formulará su oferta económica. No obstante ello, si en el devenir de la ejecución el precio del galón de petróleo sube a once soles, la Fórmula Polinómica lo que hará es reconocer dicho reajuste a favor del contratista.

Lo mismo sucederá si el precio del galón de petróleo disminuye. En ese caso, el reajuste ya no será a favor del contratista, sino más bien a favor de la entidad. Por tanto, debe quedar claro que una disposición de esta naturaleza (como la Fórmula Polinómica) no es en realidad un beneficio para una de las partes (contratista), sino que por el contrario se trata de un mecanismo de justicia a favor de representar y traducir de la mejor manera los efectos de la inflación o en su caso, los efectos de la deflación.

III. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS SOBRE LA FÓRMULA POLINÓMICA

Ahora bien, ¿cómo ha sido regulado el tema de la Fórmula Polinómica en el caso de los contratos de obra pública? La respuesta a esta pregunta está en la Ley de Contrataciones del Estado y en su Reglamento; así como en el Decreto Supremo 011-79-VC. No es objeto de este documento analizar artículo por artículo las normas antes señaladas, pero como mencionamos al principio, sí corresponde puntualizar aquellos aspectos que consideramos más importantes, y tomar posición respecto de ellos si este fuera el caso.

En primer lugar, debemos mencionar que por disposición del artículo 49 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los contratos de obra pactados en moneda nacional (en concreto, las bases de estos contratos) incluirán las correspondientes fórmulas de reajuste, esto es, la Fórmula Polinómica de la que ya hemos hablado previamente.

Para nosotros, no es casualidad que el legislador haya optado por incluir una disposición

1. DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel y Manuel PONS GONZÁLEZ. *Derecho de la Construcción (Aspectos civiles, administrativos y penales)*. Granada: Editorial Comares, 1997, p. 55.

de esta naturaleza. Por el contrario, el hecho de que exista un artículo en la norma como el mencionado significa considerar que el legislador ha reconocido y tomado como suya la idea inicial sobre la que hemos partido: es decir, que el dinero en el tiempo pierde valor, y que como consecuencia, es necesario reconocer un mecanismo idóneo de reajuste.

En segundo lugar, es importante destacar que la Fórmula Polinómica, por un lado, forma parte de las bases del proceso de selección², pero además, es parte del expediente técnico de la obra³.

En esa línea, al ser parte de las bases, la Fórmula Polinómica debe ser puesta a disposición de los postores durante el proceso de selección. Como el lector comprenderá, la revisión de una Fórmula Polinómica no es cosa sencilla. La razón es que la Fórmula Polinómica incluye un número de monomios limitados (según la norma, son máximo ocho) en los cuales se deben agrupar todos los insumos que participan en la obra (acero, cemento, petróleo, mano de obra, tornillos, etc.). Tómese en cuenta que la cantidad y variedad de insumos que participan en cada obra depende de la clase de obra y de su magnitud (suelen ser aproximadamente doscientos, pero pueden ser más, o menos).

De lo anterior se desprende que podrían existir tantas fórmulas polinómicas como proyectistas en el mundo, pues cada uno hará una agrupación particular de esos insumos en el número limitado de monomios que tiene la Fórmula Polinómica.

Siendo esta la situación, no se le puede exigir al postor (luego contratista) una observación muy minuciosa, detallada y profusa sobre la Fórmula Polinómica, porque la agrupación de los insumos depende de la entidad, y se hace a partir de documentación que no es entregada a los postores. Pero aun cuando fuera entregada,

el tiempo de revisión podría resultar insuficiente para determinar la corrección o incorrección de la misma.

Es así que, durante el proceso de selección, es la entidad quien por obvias razones está en mejor posición de determinar si técnicamente una Fórmula Polinómica es correcta o no, y por ello, está también en la posibilidad de corregirla. Por su parte, el contratista debería advertir el defecto o error tan pronto como este lo verifique, lo cual sucederá seguramente con ocasión de la ejecución de los trabajos, y no en el proceso de selección por las razones que ya hemos mencionado.

Sea la entidad o el contratista quien verifica el posible defecto o error, lo importante está, en realidad, en tomar en cuenta que la Fórmula Polinómica debería intentar reflejar de la mejor manera los insumos que participan en la obra, privilegiando aquellos de mayor incidencia sobre los de menor participación, para así respetar lo establecido en el Decreto Supremo 011-79-VC, y que el reajuste sea lo más cercano a la realidad.

Como mencionamos previamente, la Fórmula Polinómica además forma parte del expediente técnico de la obra. Siendo esto así, el legislador ha optado por asignar normativamente esa responsabilidad a la entidad contratante. Por tanto, si es parte del expediente técnico, entonces es la entidad responsable por cualquier defecto o error en su formulación⁴, pues es ella quien la ha elaborado (al margen de que la entidad haya encargado su formulación a un proyectista en particular).

Si bien este es el panorama normativo al día de hoy, sí es necesario puntualizar un tema en particular. Si la Fórmula Polinómica forma parte integrante del expediente técnico, en los hechos se le termina pagando al contratista un

2. Artículo 49 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

3. Numeral 24 del Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

4. Artículo 13 de la Ley de Contrataciones del Estado, y 153 de su Reglamento.

precio que él ha ofertado, pero considerando un reajuste que la entidad ha elaborado. Es decir, el precio que se le paga al contratista se reajusta con una Fórmula Polinómica que no necesariamente responde a su oferta.

Como se sabe, las entidades elaboran un presupuesto de obra referencial, en el que incluyen partidas y cantidades referenciales, las que sirven de base para que los postores formulen su oferta. Pero además las entidades, como ya indicamos, elaboran una Fórmula Polinómica que, debería ser referencial, pero que en realidad de acuerdo a la norma no lo es.

Decimos que debería ser referencial porque si el postor oferta un precio, no existe razón para que la fórmula de reajuste de ese precio sea la de la entidad. Así, consideramos que la relación entre precio y Fórmula Polinómica es una relación biunívoca, y por tanto, si el contratista oferta un precio, es justo que también se le permita ofertar una Fórmula Polinómica que reajuste el precio ofertado.

Obviamente lo anterior no es sino una sugerencia de modificación a la norma, que sea coherente con la lógica de las licitaciones; y que logre superar eventuales errores en la formulación de las fórmulas polinómicas.

Un tercer tema que es importante mencionar es, ¿qué sucedería si durante la ejecución de los trabajos se verifica un error en la Fórmula Polinómica? ¿Es posible superarlo?

En los contratos de obra privada, la respuesta está de más. Obviamente el pacto de las partes podría hacer que se corrija el error. En los contratos de obra pública, la primera pregunta que se nos viene a la mente es si sería posible que la entidad, siendo responsable por la elaboración de la Fórmula Polinómica, pueda corregirla en la ejecución de la obra.

La respuesta a esta pregunta para nosotros es sí, pues el artículo 152 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado habilita expresamente a la entidad, frente al aviso del contratista, a realizar "las correcciones o efectuar los cambios correspondientes".

Una disposición de esta naturaleza nos parece consonante con la idea base de la que hemos partido: que la Fórmula Polinómica no hace otra cosa que reconocer que el dinero en el tiempo pierde valor. En esa línea, si pierde valor, y la Fórmula Polinómica no corrige aquella situación para la cual fue pensada, entonces su corrección no sólo es posible, sino que también resulta absolutamente necesaria.

IV. ASPECTOS CIVILES/CONTRACTUALES SOBRE LA FÓRMULA POLINÓMICA

Primero, partamos por lo sencillo. En cuanto al cumplimiento de obligaciones pecuniarias, en nuestro país rige el principio nominalista, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1234 del Código Civil. En virtud de este principio, según lo indicado por Diez-Picazo:

"el deudor debe cumplir entregando al acreedor un poder adquisitivo o un valor intrínseco que en el momento del pago equivalga al que tenía en el momento de constitución de la obligación la suma fijada."⁵

Es decir, en virtud de este principio, el contratista debería recibir, al momento del pago, una suma equivalente al monto pactado originalmente en el contrato. Como el lector comprenderá, las consecuencias de esta previsión normativa podrían llegar a ser dramáticas, sobre todo en los contratos de obra, en los que se pacta un precio en una fecha determinada pero el pago se realiza varios meses después o incluso años después, corriendo el riesgo de que no se reconozcan los efectos de la pérdida de valor del dinero en el tiempo.

5. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Quinta Edición. Volumen Segundo, Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 261.

Por esta razón es que, convencional o legislativamente, se establecen mecanismos para corregir el nominalismo al cual hemos hecho previa alusión. Como a estas alturas puede resultar obvio, nos referimos a la Fórmula Polinómica. Así, en el caso del Código Civil, el artículo 1235 establece que las partes pueden acordar que el monto de la deuda contraída en moneda nacional sea referida a índices que fije el Banco Central de Reserva del Perú (BCR), para mantener el monto en valor constante.

Por su lado, como indicamos previamente, en el caso de los contratos de obra pública, la incorporación de una Fórmula Polinómica es mandatoria por disposición del artículo 49 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la misma que indica que el pago de las valorizaciones se reajustará con unos índices que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).

Sea con índices del BCR o del INEI, lo cierto es que existen hoy mecanismos para corregir los efectos del nominalismo, que pueden ser previstos en el contrato, y que en algunos casos son establecidos expresamente por la ley.

Tómese en cuenta, además, que incluir una disposición de esta naturaleza en los contratos de obra resulta especialmente importante pues, como se sabe, quizás sean las obras el mejor ejemplo de contratos de "tracto sucesivo". Es decir, son contratos cuyas obligaciones se cumplen en el tiempo, y por tanto su cumplimiento o eventual incumplimiento se encuentra expuesto a las vicisitudes que se producen con el transcurso del mismo (como por ejemplo, el alza de precios). Esto, a diferencia de aquellos contratos de ejecución inmediata, como podría ser el caso de un contrato de compra y venta de un inmueble.

Un segundo tema a considerar es el siguiente. Un contrato (sea este público o privado) se pacta para cumplir una finalidad específica. Ese es el objeto del contrato. De esa forma, cuando cualquiera de las partes o algún tercero intenten interpretar cuál ha sido la verdadera voluntad de las partes al momento de suscribir el referido

contrato, no podrán hacer otra cosa que no sea respetar lo que ellas han querido pactar.

Este punto, aunque parezca muy básico y elemental, en realidad reviste una importancia trascendental. La razón es que, aterrizando ya al caso de la Fórmula Polinómica, si es que existe algún defecto o error en la misma, las partes y en su caso el juez o árbitro deberán interpretar cuál ha sido la verdadera voluntad de las partes al momento de pactar un mecanismo de reajuste como el previamente mencionado.

Nos explicamos. Ya habíamos mencionado que el análisis de la Fórmula Polinómica es muy complejo, y que depende mucho de la documentación con la que contamos para determinar su corrección o incorrección. En un escenario como este, ¿qué sucedería si alguna de las partes evidencia -después de suscrito el contrato- que existe un defecto en la elaboración de la Fórmula Polinómica?

Es decir, ¿qué sucedería si la Fórmula Polinómica no termina haciendo aquello para lo cual fue pensada: reconocer los efectos de la inflación o en su caso los de la deflación? ¿Qué pasaría, por ejemplo, si se termina reajustando a un insumo representativo (petróleo) de manera negativa, cuando en realidad este insumo (petróleo) ha mostrado en el tiempo un comportamiento ascendente, y en consecuencia, debería haber arrojado un reajuste positivo?

En un caso como ese, lo primero que se debe hacer es buscar que las partes determinen, de común acuerdo, qué es lo que han querido pactar. Si no existe acuerdo, le corresponderá al juez o al árbitro determinar cuál ha sido la verdadera voluntad de las partes al momento de pactar un mecanismo de reajuste como el mencionado.

En uno u otro caso, se deberá tener en cuenta que, según lo establecido en los artículos 168, 1361 y 1362 del Código Civil, cualquier interpretación que se efectúe sobre un contrato debe considerar, como ya indicamos, sobre todo cuál ha sido la verdadera y común voluntad de las partes pactada en el contrato.

Asimismo, se deberá lógicamente tener en cuenta el comportamiento y declaraciones de las partes previo, durante y posterior a la firma del contrato, para analizar si a partir de ello es posible analizar cuál ha sido su verdadera voluntad.

En tercer lugar, otro tema que resulta relevante mencionar es que la Fórmula Polinómica está íntimamente asociada a una figura conocida como "Equilibrio Económico Financiero del Contrato". Es así que consideramos que si existe algún ejemplo para referirnos al equilibrio económico financiero en un contrato, este no puede ser otro que precisamente la Fórmula Polinómica sobre la que venimos haciendo previa alusión. La Fórmula Polinómica para nosotros es la mejor expresión de un intento por preservar el equilibrio económico financiero en un contrato.

Así, la teoría sobre el Equilibrio Económico Financiero tiene fundamento constitucional, en el derecho a la igualdad y a la inviolabilidad de la propiedad. Es de esa forma que esta teoría tiene su base en principios de justicia conmutativa (el contratista debe recibir una contraprestación justa y real por la obra realizada) y de justicia distributiva (el contratista no puede ser obligado a subsidiar el costo de ejecución de una obra).

Es preciso indicar que esta teoría ha sido acogida normativamente en varios países de la región como Argentina, donde se ha llegado a concluir que:

"Nuestra Corte Suprema tiene dicho que el mantenimiento de este equilibrio económico durante toda la vida del contrato constituye para ambas partes de la relación un derecho de propiedad en el sentido constitucional del término. En caso, pues, de que se afecte dicho equivalente económico, debe procederse ineludiblemente a

corregir el desequilibrio producido para obtener, en definitiva, el restablecimiento del equilibrio inicial que se encuentra garantizado constitucionalmente."⁶

Así, frente a un supuesto de desequilibrio económico financiero, la teoría es unánime al determinar que el afectado tendrá derecho a la correspondiente indemnización. Así se ha establecido que:

"(...) cuando, en algunas condiciones (...), el equilibrio inicialmente considerado se rompe en detrimento del particular contratante, este tiene derecho para que el equilibrio sea restablecido por la administración contratante en forma de una compensación pecuniaria."⁷

Por tanto, nos encontramos frente a un supuesto en el que la parte afectada deberá acreditar el daño producido, el cual se debería entender cumplido si es capaz de demostrar que en efecto ha existido una ruptura del equilibrio económico financiero, al no haberse respetado la voluntad original y primigenia de las partes. El monto seguramente será tema de economistas o ingenieros.

Finalmente, debemos concluir esta parte señalando que el error no genera derecho. Es así que ninguna de las partes debería resultar beneficiada por un error en la elaboración de la Fórmula Polinómica. Por tanto, si no se reconoce a favor de la parte afectada la correspondiente indemnización por la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato, se estaría generando a favor de la otra un ahorro no debido producto de un error.

V. ASPECTOS ARBITRALES SOBRE LA FÓRMULA POLINÓMICA

6. BUSTELO, Ernesto. "Derechos y Obligaciones del Contratante Particular. Derecho al Precio". En FARRANDO, Ismael (director). *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2002, p. 587.
7. DE LAUBADERE, André y Yves GAUDAMET. *Traité de droit administratif*. Tomo I. Décimo sexta edición. París: LGDJ, 2001, p. 706. Cit. por RODRIGUEZ, Libardo. "El equilibrio económico en los contratos administrativos". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, 2011, número 66, p. 57.

Para efectos de este artículo y por seguir un orden lógico, hemos iniciado explicando primero los temas de fondo (para poder entender qué es la Fórmula Polinómica y qué aspectos administrativos/contractuales se discuten) para luego recién entrar a los temas de forma.

Por ello, en este acápite nos referiremos brevemente a si una controversia orientada a discutir la corrección o incorrección de la Fórmula Polinómica resulta siendo una materia arbitrable o no; y en consecuencia, si los tribunales arbitrales son competentes para conocer las mismas.

Tenemos nuevamente que partir de lo elemental. Por definición el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias voluntario. Es decir, se pueden resolver las controversias derivadas de un contrato mediante arbitraje siempre que las partes hayan pactado expresamente dicho mecanismo⁸.

Ahora bien, ¿las partes tienen carta abierta para someter a arbitraje cualquier controversia? La respuesta a esta pregunta es no, porque la Ley de Arbitraje (en el caso de contratos privados y públicos), y la Ley de Contrataciones del Estado (en el caso de contratos públicos) restringe, regula y finalmente termina limitando la voluntad de las partes.

Así, tenemos que nuestra actual Ley de Arbitraje aprobada mediante Decreto Legislativo 1071 indica, en su artículo 2, que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. Es decir, tenemos que la libertad contractual (sobre arbitraje) para las partes se encuentra limitada (i) a aquellas materias de libre disposición conforme a derecho y (ii) aquellas que las leyes o tratados autoricen.

¿Materias de libre disposición? Ya en nuestro país ha existido un extenso debate sobre este

tema. La gran conclusión ha sido que serán materias de libre disposición aquellas sobre la cuales las partes puedan transar libremente, siendo estas materias principalmente de naturaleza patrimonial.

Ejemplos de materias de libre disposición están usualmente relacionados con cuestiones derivadas de contratos. Los contratos son mecanismos para asignación eficiente de recursos, recursos que suelen ser precisamente patrimoniales. Por tanto, si se trata de una cuestión patrimonial derivada de un contrato, es claro que la norma permite el arbitraje sobre ellas.

Ahora, el artículo en cuestión agrega que también se podrán someter a arbitraje aquellas materias que la ley o los tratados expresamente autoricen. En este caso tenemos que la Ley de Contrataciones del Estado autoriza (por no decir que obliga) expresamente a someter a arbitraje las controversias derivadas de contratos suscritos con el Estado.

Es así que en el caso de los contratos públicos, el sometimiento a arbitraje se deriva no sólo de la Ley de Arbitraje, sino además de la propia Ley de Contrataciones del Estado.

Este es el marco general. No es objeto de este artículo describir y explicar la arbitrabilidad en general, porque de eso ya se ha escrito bastante. Por el contrario, este documento tiene por finalidad referirnos al caso específico de la arbitrabilidad de la Fórmula Polinómica en los contratos de construcción.

En los contratos privados el tema es claro. Dependerá del tenor de la cláusula arbitral si es que la Fórmula Polinómica puede o no someterse a arbitraje. Consideramos que no existe ningún impedimento legal (en concreto, en la Ley de Arbitraje) que restrinja la posibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre algún error o defecto en la Fórmula Polinómica.

8. La discusión respecto de la aparente contradicción sobre el arbitraje "obligatorio" en contratación pública se debería agotar si consideramos que el Estado ha adelantado (en la ley) su voluntad de someter sus controversias a arbitraje, siendo los privados libres de decidir si contratan o no con el Estado. Ahí la naturaleza "voluntaria" del arbitraje.

¿Sucede lo mismo en los contratos de obra pública? Como indicaremos más adelante, desde nuestro punto de vista, la discusión sobre algún error, defecto, imprecisión o cualquier cuestión vinculada a la Fórmula Polinómica en los contratos de obra pública son perfectamente arbitrables.

La primera razón es que la Fórmula Polinómica es parte del Expediente Técnico, que a su vez forma parte integrante del Contrato. De esa forma, siendo parte del Contrato, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y la Ley de Contrataciones del Estado, esta materia es perfectamente arbitrable.

En la actualidad muchos de los arbitrajes que se ventilan referidos a contratación pública tienen que ver con errores en el expediente técnico. Por ejemplo, el estudio de suelos (que forma parte del expediente técnico) indica que se deben hacer trabajos de mejoramientos hasta cierta profundidad; no obstante, durante la ejecución se verifica que es necesaria la ejecución de mayores profundidades de mejoramientos. Este caso es típico en contratación pública, y más allá de la discusión que se podría generar respecto de si es o no un adicional, lo cierto es que existen muchos arbitrajes en los que el centro de la discusión es la corrección o no del expediente técnico.

Entonces, si la Fórmula Polinómica es parte del Expediente Técnico, es claro entonces que nos encontramos frente a una materia que sí se puede discutir en vía arbitral.

En segundo lugar, la Fórmula Polinómica es un mecanismo de reajuste del pago de las valorizaciones. Es decir, es una fórmula para reajustar el pago del precio que se genera con ocasión de la ejecución de los trabajos. Entonces, si es parte de la ejecución del contrato, nos encontramos frente a una materia que sí se encuentra cubierta por el espectro de la arbitrabilidad.

Recordemos que la Ley de Contrataciones del Estado indica que las controversias derivadas de la ejecución del Contrato se resuelven mediante arbitraje. ¿Qué otra materia, si no es el mecanis-

mo de reajuste del pago de los trabajos podría entonces ser arbitrable? Es claro entonces que si nos encontramos frente a una materia que se puede arbitrar.

En tercer lugar, siendo que se trata –como ya indicamos– de un concepto relacionado con el Equilibrio Económico Financiero del Contrato (y eventualmente frente al pago de una indemnización por la ruptura de dicho equilibrio), entonces con mayor razón un tribunal arbitral sería competente para conocer esta controversia. Pero entonces, si es tan claro como parece, ¿por qué razón alguien se animaría a decir que una controversia relacionada con la Fórmula Polinómica en los contratos de obra pública no es arbitrable?

Un argumento para sostener la no arbitrabilidad de esta materia es que siendo parte del Contrato, un tribunal arbitral no podría modificar una cláusula contractual pactada de común acuerdo por las partes. Al respecto, en primer lugar es muy importante verificar la redacción de la pretensión. Este tema es esencial pues de ello dependerá en gran medida la determinación de la competencia de un tribunal arbitral.

Ahora bien, si es importante mencionar que un tribunal arbitral puede interpretar la verdadera voluntad de las partes. En ese sentido, puede interpretar cuál fue la intención de las partes al momento de suscribir una cláusula de ese tipo, sobre todo cuando se trata de Fórmulas Polinómicas que contienen algún tipo de error, defecto o imprecisión.

Un segundo argumento para indicar que no sería arbitrable es que cualquier error, defecto o imprecisión se debió en su momento consultar u observar en el proceso de selección, para que sea la entidad o en su caso el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) el que resuelva el problema.

Este argumento no resiste el menor análisis toda vez que supondría exigir que el postor cuestione todo en la etapa de selección para que recién ahí sea procedente un reclamo al interior de un arbitraje. Lo relevante está en analizar, como ya

indicamos, el estándar de postor razonable. ¿Se le podía exigir a un postor que examinara con el detalle que se requiere la Fórmula Polinómica cuando la entidad no entregó la documentación necesaria para realizar esa evaluación? La respuesta lógica a esta pregunta pareciera ser no.

Es decir, no se puede aceptar el argumento de "si no reclamaste en el proceso de selección, entonces no puedes someterlo a arbitraje", pues esa no es la finalidad de la etapa de consultas y observaciones, menos aun cuando se trata de observar un documento (Fórmula Polinómica) sobre la que la entidad es responsable conforme a ley.

Finalmente, un tercer argumento podría ser que no es arbitrable en la medida que requeriría aprobación de la Contraloría General de la República al ser un adicional; y como se sabe, las decisiones de dicho órgano no pueden ser sometidas a arbitraje.

Sobre el particular, simplemente debemos precisar que los adicionales, de acuerdo a la Directiva de la Contraloría General de la República, se producen por obras complementarias o mayor metrado. Dada la abrumante diferencia que existe entre una obra complementaria y un mayor metrado con respecto de un mecanismo de reajuste (Fórmula Polinómica), continuar distinguiendo resulta ocioso. No cabe duda, pues, que la Fórmula Polinómica nada tiene que ver con una prestación adicional de obra.

Siendo esto así, no existe norma de la Ley de Contrataciones del Estado o de su Reglamento que un tribunal arbitral incumpla al conocer una controversia derivada de la Fórmula Polinómica, tal como ha sido explicado. En ese sentido, no podría hablarse de un laudo expuesto a la "causal de anulación" establecida en el artículo 52.3 de la Ley de Contrataciones del Estado.

VI. CONCLUSIONES

Los contratos de construcción se encuentran particularmente expuestos a los efectos de la inflación, o en su caso, a los de la deflación. Por ello, se han previsto mecanismos para reajustar el pago del precio en este tipo de contrato a partir de la denominada "Fórmula Polinómica".

La Fórmula Polinómica tiene aspectos administrativos y civiles muy importantes que son necesarios conocer para determinar si una controversia referida a este tema puede ser sometida a arbitraje o no.

De la revisión que hemos efectuado de las normas, todo parece indicar que sí es posible someter a arbitraje las controversias derivadas de la discusión sobre la Fórmula Polinómica. Obviamente es muy importante analizar las particularidades de cada caso en concreto, para determinar si esta conclusión a la que hemos arribado resulta aplicable.