

Nombre: Annabelle Liz

Seudónimo: Costambar

Nacionalidad: Dominicana

Teléfono: 809-780-7642

Email: annabelleliz@gmail.com

Eje temático: Diseño e implementación de la estrategia legal del negocio

“APUNTES SOBRE EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS EN EL MARCO DE UNA ESTRATEGIA LEGAL”

Abstracto

La estrategia legal busca entender cómo el derecho disponible en un momento y lugar determinado es utilizado concretamente por las empresas para lograr objetivos de naturaleza económica. Este trabajo evalúa las diferentes opciones ofrecidas por el ordenamiento jurídico dominicano para mantener el equilibrio económico de los contratos como una forma de maximizar los beneficios de una operación, ya sea que estas provengan del derecho disponible o como resultado de la práctica contractual. Se presenta un caso de estudio basado en la figura de la enfiteusis como un escenario de maximización a través del diseño de la fórmula del canon enfitéutico. Finalmente, se crea una matriz que contiene algunas de las cláusulas que habría que considerar, en algunos de los principales tipos de contratos, para lograr garantizar el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes. El trabajo finaliza con algunas lecciones orientadas a obtener el equilibrio económico de los contratos y las operaciones de negocios.

Introducción

El concepto de equilibrio económico reenvía a la idea de proporcionalidad entre los derechos y obligaciones de las partes que suscriben un contrato. Se trata de un concepto que originalmente había sido desconocido en el ordenamiento jurídico dominicano, pero que en los últimos años ha cobrado importancia y ha sido incorporado en la legislación administrativa.

Es bien sabido que la Estrategia Legal es un campo de estudio novedoso, multidisciplinario, que busca explotar el derecho para colaborar con el cliente en la consecución de sus objetivos de

negocios. El tema del equilibrio económico del contrato, visto desde la perspectiva de la Estrategia Legal, invita a reflexionar acerca de cómo podrían utilizarse los instrumentos jurídicos existentes en favor de un agente económico para maximizar sus beneficios en un contrato u operación.

El presente artículo expondrá en un primer momento el concepto de Estrategia Legal como marco de análisis y la maximización de beneficios como objetivo de cualquier agente económico racional. Luego indagará en la respuesta del ordenamiento jurídico dominicano al tema del equilibrio económico del contrato y en los mecanismos que han sido creados por la práctica contractual para mantener dicho equilibrio. Se expondrá un caso de estudio sobre la maximización de beneficios en el contrato de enfiteusis a través del diseño del canon enfiteútico y finalmente se concluirá con ciertas recomendaciones acerca de la toma de decisiones en un proceso de estrategia legal.

I) La estrategia legal como marco de análisis

El surgimiento de la disciplina de Estrategia Legal refleja un cambio de paradigma. Anteriormente se veía el derecho como una restricción al accionar de las empresa, en cambio, esta disciplina permite visualizar el derecho como un medio para optimizar las decisiones de la empresa. En tal sentido, de la mano con el desarrollo de la Estrategia Legal, se han estrechado los vínculos de la función jurídica de la empresa con la dirección general.

La Estrategia Legal busca entender cómo el derecho disponible en un momento y lugar determinado es utilizado concretamente por las empresas para lograr objetivos de naturaleza esencialmente económica¹. Toda estrategia legal parte de un análisis del ordenamiento jurídico actual y prospectivo. Dicho análisis invita a evaluar las diferentes opciones ofrecidas por el derecho para lograr un determinado objetivo antes de tomar una decisión.

De igual modo, toda empresa, en su proceso de toma de decisiones tendrá que identificar cuidadosamente las oportunidades y las amenazas que presenta el ordenamiento jurídico así como los recursos que el derecho puede ofrecer. Después de identificados las oportunidades y amenazas, la empresa debe movilizar los recursos que tenga a su disposición para adoptar una actitud adecuada, es decir, darse los medios de lograr las oportunidades y enfrentar las amenazas (aún esquivándolas)².

Bajo la óptica de esta disciplina existen muchos tipos de estrategias distintos: estrategias relacionadas a la constitución de derechos (por ejemplo en derecho de sociedades o derechos de propiedad intelectual); estrategias judiciales (inclinadas a obtener una ventaja jurídica como resultado de un conflicto), entre otras. En este caso el objetivo queda circunscrito al estudio de las estrategias contractuales, cuya finalidad es permitir la obtención

¹ Antoine Masson, "L'approche Law & Management", RTD Com. 2011 p. 233.

² Masson, "L'approche Law & Management".

de ventajas jurídicas para la empresa a través de la negociación de contratos con otros agentes económicos.

II) La maximización de beneficios: objetivo de cualquier agente económico racional

Partimos del supuesto de que la empresa es una entidad racional capaz de buscar información, analizar las opciones que se presentan y tomar decisiones orientadas a satisfacer sus objetivos. También es de suponer que el objetivo que persigue todo agente económico racional es la maximización de beneficios. La maximización de beneficios es un concepto elemental de la economía y exige que el coste marginal sea igual al ingreso marginal. La empresa maximiza su beneficio total en aquel punto en el que no es posible obtener ningún beneficio adicional incrementando la producción y esto ocurre cuando la última unidad producida añade lo mismo al ingreso total que al coste total³.

III) Respuesta del ordenamiento jurídico dominicano al tema del equilibrio económico del contrato

El derecho de los contratos organiza las reglas a través de las cuales se producen los intercambios económicos del mercado. El término equilibrio económico del contrato reenvía a la idea de proporcionalidad de las prestaciones que resultan del contrato. Dicho concepto hace referencia al objetivo de preservar la equivalencia entre los deberes y obligaciones implícitas en el

³ Francisco Morchon, *Principios de Economía*, (España: Mc Graw Hill, 2006)

contrato⁴. En el ordenamiento jurídico dominicano, la recepción del concepto de equilibrio económico varía dependiendo de la naturaleza jurídica del contrato que suscriban las partes y por ende, del derecho que le sea aplicable al contrato.

- Contratos civiles

Si las partes concluyen un contrato civil, la norma que regula su operación es el Código Civil, copia fiel del Código Civil francés de 1804. El legislador francés, inspirado en la filosofía voluntarista y liberal, desconoció la noción de equilibrio económico. Consideraba que cada individuo es racional y por ende, puede defender sus propios intereses y lograr negociar acuerdos justos y equivalentes. En tal sentido, el derecho no se dispone a controlar el equilibrio económico del contrato.

Sin embargo, la idea de equivalencia de las prestaciones contractuales aparece reflejada, aunque sea de forma implícita, en al menos dos disposiciones del Código Civil:

1) En la definición de contrato conmutativo que se expresa del artículo 1104. Esta disposición indica que el contrato es conmutativo cuando una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa *que se considera equivalente* de lo hace o da el otro contratante. Este artículo reenvía a un concepto de equivalencia subjetivo, donde la apreciación de la equivalencia de las prestaciones la realizan solamente los contratantes y el derecho no interviene como correctivo.

⁴ Elvio Hernán Collazos Solano, “Equilibrio económico o ecuación contractual”, Pensamiento y poder, enero-junio 2013.

2) La preocupación por el equilibrio económico de los contratos se manifestó claramente en la consagración de la lesión, pero el legislador decidió que esta figura no fuera una regla general sino una preocupación excepcional, que reservó a ciertos contratos y a ciertos contratantes.

De las disposiciones del Código Civil se deriva que ningún contrato puede ser desequilibrado al momento de su conclusión. No obstante, no se trata solamente del equilibrio del contrato al momento de su conclusión. Hace falta además garantizar que el contrato pueda mantener su interés y vigencia para las partes en el tiempo, es decir, su equilibrio económico.

Se plantea entonces la disyuntiva de saber cuál es o cual sería la reacción del ordenamiento jurídico dominicano en caso de que durante la ejecución de un contrato de larga duración, ocurra un cambio de circunstancias imprevisible al momento de la conclusión del contrato, que modifique su equilibrio inicial y que haga que el contrato pierda su interés para al menos una de las partes. A este fenómeno la doctrina le llama la teoría de la imprevisión.

En la República Dominicana, en el contexto de los contratos civiles, el principio es la ausencia total de control judicial de prestaciones contractuales, aún cuando el equilibrio del contrato haya sido destruido por un cambio brutal de las circunstancias. Esto implica un rechazo categórico de la teoría de la imprevisión, lo cual se fundamenta en el artículo 1134 del Código Civil que establece la fuerza obligatoria del contrato.

El principio de intangibilidad del contrato, basado en una preocupación de seguridad jurídica, ha sido afirmado por la jurisprudencia dominicana, que se ha pronunciado de la siguiente forma: “*no corresponde a los tribunales modificar las convenciones de las partes contratantes, por más equitativa que considere su intervención jurisdiccional*”⁵.

Un rechazo absoluto de la imprevisión por parte de la jurisprudencia civil no descarta, naturalmente, que las partes puedan tomar en consideración un cambio de circunstancias en el diseño contractual. Más adelante se examinarán algunos de los remedios contractuales más utilizados a estos fines.

- Contratos administrativos

La administración pública para cumplir sus fines (procurar el funcionamiento del servicio público, la ejecución de obras de interés público, etc.) concluye contratos con los particulares los cuales se rigen por el derecho administrativo. Tal como ocurre con los contratos privados, las circunstancias bajo las cuales el contrato fue concluido pueden cambiar, ya sea por un hecho de la misma administración que utiliza su potestad de *ius variandi* para modificar unilateralmente los términos del contrato o en razón de circunstancias externas, ajenas a la administración.

La ley No. 340-06 establece los principios que rigen la contratación pública relacionada con los bienes, obras, servicios y concesiones. A diferencia del Código Civil, la Ley No. 340-06 sí toma en consideración el equilibrio económico del contrato en

⁵ SCJ, 1era Cámara, 1 de octubre de 2008, núm. 3, B.J. 1187.

varias de sus disposiciones. En primer lugar, contempla en su artículo 28, que el contrato, para considerarse válido, deberá contener un cierto número de cláusulas entre las cuales se incluye la cláusula de equilibrio económico.

En segundo lugar, en su artículo 32, dicha ley dispone que cuando ocurrieren acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, con relación a las condiciones existentes al momento de la presentación de propuestas, al contratista le asiste el derecho de que se realicen los ajustes correspondientes de las condiciones contractuales que devuelvan el equilibrio económico del contrato.

El derecho que le asiste al contratista de que sea restablecido el equilibrio económico del contrato, se ve reflejado como una obligación a cargo de las entidades públicas en el artículo 51, literal a, de dicha ley.

Dickson Morales, en su artículo *“Breve reseña sobre el equilibrio económico en la contratación pública en República Dominicana”* afirma con mucha razón que lo importante sería determinar cuáles circunstancias serían consideradas para sostener que se ha desequilibrado económicamente el contrato público, y qué medidas correctivas tendrán los contratistas e incluso la Administración, para restablecer efectivamente, y ejecutar dicho equilibrio dentro del marco de la contratación⁶.

⁶ “Breve reseña sobre el equilibrio económico en la contratación pública y su tratamiento en República Dominicana”, Rafael Dickson Morales, <https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/dickson.pdf>

Se concluye que la norma dominicana no es suficientemente precisa, por lo que puede interpretarse que cualquiera que sea la causa de desequilibrio económico (exceptuando si el desequilibrio proviene de un hecho del propio contratista), el contratista tiene derecho a que se le compense. Se entiende que una modalidad de compensación es el otorgamiento de una indemnización que compense el perjuicio económico que crea el desequilibrio, pero pueden haber otras formas para el restablecimiento del equilibrio económico, tales como la revisión del precio. En tal sentido, hoy en día se pudiera sostener que en el ámbito de los contratos administrativos, se reinterpreta el principio clásico *pacta sunt servanda* para otorgarle una concepción más apegada al Estado Social y Democrático de Derecho, en contraposición al Estado Liberal, en donde primaba con mayor rigidez la letra de lo pactado y el riesgo asumido, que buscar mecanismos para readecuar el contrato o renegociarlo⁷.

Aún no se conoce ningún precedente jurisprudencial en derecho administrativo dominicano que interprete la Ley No. 340-06 y que precise las circunstancias serán consideradas para admitir el desequilibrio económico del contrato público.

- Contratos internacionales

En el ámbito de los contratos internacionales, si las partes se acogen a los Principios UNIDROIT, que se ha reconocido como un instrumento moderno y aceptado en el ámbito del Derecho Comercial Internacional, encontrarán una disposición sobre

⁷ Dickson Morales, “Breve reseña sobre el equilibrio económico en la contratación pública y su tratamiento en República Dominicana”

Excesiva Onerosidad o Hardship⁸, que toma en consideración el desequilibrio económico del contrato en curso de ejecución. Los Principios UNIDROIT son un instrumento de *soft law* que se caracteriza por tomar en consideración la cultura contractual anglosajona y la germano-romanista.

La sección 2 de los Principios UNIDROIT establece que si el cumplimiento del contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esta permanece obligada salvo que se compruebe un supuesto de “excesiva onerosidad”.

Se considera que hay “excesiva onerosidad” cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

En caso de que se verifique la “excesiva onerosidad”, la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal

⁸ Los dos términos se consideran sinónimos a la luz de los Principios UNIDROIT

reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa. El reclamo de renegociación no autoriza a suspender el incumplimiento de las obligaciones. En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal, si el tribunal determina que existe “excesiva onerosidad”, podrá resolver el contrato o adaptarlo en miras a restablecer su equilibrio.

Un importante precedente de la Corte de Casación Belga (*Hofvan Cassatie*) amplía el ámbito de aplicación de la excesiva onerosidad prevista en los Principios UNIDROIT a los Contratos regidos por la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. En la especie, una compañía francesa y una holandesa habían suscrito contratos de compraventa de tubos de acero a un precio fijo, pero el precio del acero aumentó a más de un 70% de forma imprevista durante la ejecución de los contratos. El vendedor solicitó la adaptación del contrato al cambio de circunstancias y una renegociación del precio, a lo cual se negaba el comprador. La Corte de Casación belga entendió que si bien existe un vacío en la Convención sobre el supuesto de excesiva onerosidad, un desequilibrio económico del contrato faculta a la parte que se ve lesionada a reclamar el reajuste de sus obligaciones, sobre la base de los principios de Derecho Comercial Internacional y sobre la base de

los Principios UNIDROIT. En tal sentido, se ordenó una indemnización en daños y perjuicios a favor comprador⁹.

IV) Mecanismos desarrollados por la práctica contractual

La práctica contractual ha desarrollado mecanismos que utiliza para combatir el desequilibrio económico de los contratos. Estos mecanismos tienen en común que han buscado eliminar los elementos estáticos del contrato, procurando la inserción de cláusulas dinámicas, que permitan determinar precios y valores en función de determinadas variables que se ajustan según las condiciones de la economía precios o la variación de los precios, entre otros.

A) Actualización o Indexación monetaria

La indexación es un mecanismo para reajustar las obligaciones de pagar sumas de dinero de manera automática por medio de índices de referencia. Es utilizado para compensar las pérdidas de valor de las obligaciones a largo plazo producido por las desvalorizaciones monetarias, por la inflación, por el transcurrir del tiempo o las expectativas de inversión del dinero¹⁰.

Para que exista un mecanismo de indexación deben existir dos elementos esenciales: 1) Automaticidad, es decir que automáticamente se reajuste la obligación llegando el término acordado, sin que se tenga que solicitar a ninguna institución o a ninguna persona el reajuste; y 2) La utilización de índices de referencia, es decir, la utilización de una medida de valor que

⁹ Rodrigo Momberg Uribe, “Compraventa Internacional de Mercaderías: el deber de renegociación en caso de excesiva onerosidad sobrevenida”, Revista chilena de derecho privado, julio 2012

¹⁰ Dickson Morales, “Breve reseña sobre el equilibrio económico en la contratación pública y su tratamiento en República Dominicana”

puede ser la tasa del dólar o del euro, los índices que publica el Banco Central de la República Dominicana, las tasas de interés, la variación de precios de determinados productos; en fin, cualquier índice que no esté prohibido por la ley y que no sea contrario al orden público¹¹.

Existen diferentes tipos de indexación: legal, judicial y convencional. La indexación legal es aquella que está establecida en una ley, como es el caso de la indexación establecida en el artículo 537 del Código de Trabajo, el cual expresa que en la fijación de las condenaciones, el juez tendrá en cuenta la variación en el valor de la moneda durante el tiempo que mediere entre la fecha de la demanda y la fecha en que se pronunció la sentencia. La variación en el valor de la moneda será determinada por la evolución del índice general de los precios al consumidor. La indexación judicial es el tipo de indexación en el cual corresponde a un juez determinar el valor real de la moneda y por ende, la reevaluación de la obligación sin la existencia de una ley que autorice al tribunal a hacerlo¹².

En el contexto de este trabajo, la indexación que interesa de manera especial es la indexación convencional. Esta se inserta bajo la forma de una cláusula del contrato que busca mantener la equivalencia de las obligaciones de pagar sumas de dinero de las partes en el tiempo. Dicha cláusula establece expresamente que cierta obligación de suma de dinero quedará sujeta a la variación

¹¹ Rafael Dickson Morales, “La indexación como mecanismo de reajuste de las obligaciones en República Dominicana”

¹² Rafael Dickson Morales, “La indexación como mecanismo de reajuste de las obligaciones en República Dominicana”

de un determinado índice o cualquier otro parámetro objetivo al momento de su pago. La validez de las cláusulas de indexación ha sido expresamente admitida por la jurisprudencia dominicana, habiendo juzgado que “*son válidas las cláusulas contractuales que protegen contra los riesgos monetarios*”¹³.

La importancia de esta cláusula contractual es que la mayoría de veces uno es el momento de ejecución de las obligaciones y otro es el momento de pago. La actualización compensa, mediante la corrección, el efecto inflacionario de la moneda, generalmente, hasta el momento en el que se efectúe el pago¹⁴.

Sin embargo, la crítica que podría hacerse a esta cláusula, es que en sí misma no resuelve todo el problema del desequilibrio económico del contrato. Esta cláusula está diseñada para resolver el problema de vigencia en el tiempo de las obligaciones de pago de dinero, pero pueden haber muchas otras variables que desequilibren el contrato, que no son corregidas ni tomadas en consideración por esta cláusula. Tal es el caso por ejemplo de cambios adversos en el tratamiento tributario o la adopción contra medidas o actos de cualquier autoridad pública que estén destinados a afectar los aspectos económicos y financieros vinculados a la inversión (Por ejemplo, la suspensión en la interrupción del servicio).

B) Cláusula de Hardship

¹³ S.C.J., Cámaras Reunidas, 10 de enero de 2001, Núm. 1, B.J. 1082, p.9-45.

¹⁴ Collazos Solano, “Equilibrio económico o ecuación contractual”

Muchos explican el origen de la cláusula de hardship en la exigencia de buena fe en la ejecución de los contratos, que se consagra en la parte in fine del artículo 1134 del Código Civil y en muchos otros sistemas de normas contractuales. El surgimiento de esta cláusula responde a un movimiento de revisión de los postulados tradicionales del derecho de contratos, como es el *pacta sunt servanda* y a la creación de una nueva visión del contrato, donde las partes no se ven necesariamente como antagonistas, sino como colaboradores de un mismo negocio, que es el contrato.

Esta cláusula permite prever el surgimiento de eventos que desequilibren los deberes y obligaciones de las partes en el curso de la ejecución de un contrato, incluyendo normalmente los parámetros a partir de los cuales se considerará desequilibrado el contrato (que debe ser un desequilibrio significativo que haga inviable la realización del contrato) y los mecanismos de acción permitidos para solucionar el desequilibrio.

Lo más común es que el mecanismo previsto para solucionar el desequilibrio contractual sea la revisión del contrato, ya sea una revisión a cargo de las partes, ya sea que se designe a un tercero para que proceda a la revisión (que puede ser el juez, el árbitro o cualquier tercero calificado).

Existen muchos tipos diferentes de fórmulas para concebir las cláusulas de hardship. Estas pueden ser sujetas a distintos requisitos como serían por ejemplo considerar aspectos específicos, como por ejemplo una variación en la tasa de

cambio del dólar o prever que la parte que haya sido mayormente afectada tenga como salida desligarse del contrato, entre otros¹⁵.

Este parece ser un mecanismo efectivo, que permite tomar en consideración los desequilibrios globales del contrato (no solamente los desequilibrios en las obligaciones de pago de sumas de dinero). Su éxito parece estar determinado por un diseño minucioso de las condiciones requeridas para el juego de la cláusula. Uno de sus riesgos parece ser el riesgo de interpretación de dicha cláusula, cuando la revisión se coloca en las manos de un tercero, quien tendría la última palabra con relación a la modificación del contrato.

C) Cláusula de revisión del precio

La cláusula de revisión de precios viene a contraponerse al principio que establece que las partes en el contrato deben asumir los riesgos de la actividad que decidieron realizar mediante el contrato. Esta cláusula viene a disminuir el riesgo del impacto que puede tener el libre mercado en el contrato. Se ha utilizado tanto en los contratos públicos como en los contratos privados, pero se reconoce su especial desarrollo y utilidad en los contratos de naturaleza comercial.

El objetivo de esta cláusula es que el precio fijado en el contrato es un precio provisional, el cual está sujeto a variación, en el momento indicado en el contrato, dependiendo del precio de ciertas variables consideradas en el contrato, tales como: el aumento del precio de las materias primas; el precio de la mano

¹⁵ Juan Puello Herrera, “La cláusula de hardship”, Gaceta Judicial, Julio 2016.

de obra u otros factores que intervengan en la producción de mercancías; los costos de envío (dentro de los que pueden considerarse los costos aduanales de importación y exportación), etc.

V) Caso de estudio: La maximización de beneficios en el contrato de Enfitéusis

El contrato de enfitéusis es una relación en virtud de la cual el propietario de un inmueble otorga a un tercero un derecho real sobre su inmueble, que puede ser alienable e hipotecable, a cambio del pago de una renta periódica. El derecho de enfitéusis puede ser otorgado de forma perpetua o por una larga duración.

El derecho conferido le permitirá a su beneficiario usar y explotar el inmueble. Podrá construir mejoras, modificar su estructura y destinar el inmueble a la actividad de su preferencia. El beneficiario ostenta derechos tan amplios que lo asemejan a un propietario, sin que ello implique que el propietario pierda la nuda propiedad del inmueble.

En el país la enfitéusis no se encuentra prevista en la legislación, lo cual explica el escaso uso que se le ha dado en la práctica. No obstante, bajo la influencia del derecho francés, el Registro de Títulos establece en la Resolución No. 19-0312, la posibilidad de inscribir un acto de enfitéusis ante los Registros de Títulos. En esta resolución se asumen las mismas modalidades de la enfitéusis en Francia.

La Suprema Corte de Justicia se ha referido a los contratos de enfitéusis, pero la jurisprudencia es muy escasa y no permite

conocer el régimen de la figura en el país. La mención que se ha hecho es para tratar litigios relativos a contratos de alquiler y no propiamente relativos a contratos de enfiteusis. Por su parte, la doctrina dominicana reconoce la existencia de la enfiteusis en el país, incluyéndola en el estudio de los derechos reales de los principales manuales de Derecho Inmobiliario.

La retribución anual que pagará cada año el enfiteuta al propietario en virtud del contrato de enfiteusis se denomina canon enfiteutico. La práctica contractual ha desarrollado una fórmula para el cálculo del canon enfiteutico, la cual es la suma de un componente fijo y de un componente variable. Dicha fórmula se refleja de la siguiente manera:

$$C = Vt \times 1 + y + V - Vt \times (n-1) \times X$$

C= Canon, expresado en USD/ año

V= Área de terreno objeto de la enfiteusis en metros cuadrados (mts²) multiplicado por el valor de tasación en USD por metro cuadrado.

T= Período de vigencia de la enfiteusis, equivalente a 50 años.

Y= Inflación acumulada desde el inicio de la enfiteusis. La inflación a considerar es la inflación anual de Estados Unidos de América.

N= Número de años transcurridos a partir del inicio de la enfiteusis

X= Tasa rendimiento anual sobre el valor hasta extinción (*fructus*), equivalente a 3.75% anual.

Valor fijo definido como F= Vt

A diferencia de algunos mecanismos que son utilizados para tratar de asegurar el valor de la renta de una propiedad de un contrato a través del tiempo, que solo toman en cuenta la actualización periódica de la renta con respecto a los movimientos de la economía como son en los casos de indexación por inflación, ajustes de precio o mecanismos de

promedios móviles, entre otros, la fórmula para el cálculo del canon de la enfiteusis introduce cambios significativos a estos mecanismos.

En efecto, un contrato planteado sobre la base de un canon enfitéutico toma en consideración dos elementos fundamentales:

- El primero, considera el valor base de la propiedad producto de la tasación de la misma (stock) y el cual experimenta una actualización de su valor anual en función de la tasa de inflación, lo que nos indica que el valor base de la propiedad está debidamente indexado.
- La segunda parte de la fórmula determinante del canon enfitéutico, mide un factor corriente que más que una indexación, se refiere al costo de oportunidad en el tiempo o lo que es lo mismo, la tasa esperada de rendimiento anual (*fructus*) del valor de la propiedad debidamente indexada (flujo).

Como se aprecia, para una empresa propietaria de un bien, la utilización de la enfiteusis, significa la optimización de las rentas que puedan ser obtenidas de esa propiedad, ya que incorpora el valor de la propiedad anualmente capitalizado más el costo de oportunidad o beneficio económico subyacente por el uso de dicha propiedad, todo ello sin perder el derecho de la nuda propiedad del bien de que se trate el contrato.

Con la utilización de la enfiteusis se desarrolla una estrategia legal por parte de la empresa que optimiza el beneficio en el uso de la propiedad, empleando así una fórmula contractual que

representa el óptimo aprovechamiento de los recursos de la empresa.

El siguiente análisis FODA pretende reflejar las razones por las cuales la enfiteusis y de modo particular, el mecanismo diseñado para el cálculo del canon enfiteutico es una buena estrategia de negocios. El ejercicio que se presentará a continuación evidencia además, que el contrato de enfiteusis tiene en sí mismo una serie de oportunidades y fortalezas que en conjunto sobrepasan de manera importante lo que son las debilidades y amenazas, razón por la cual podemos colegir que esta modalidad jurídica del contrato implica una ganancia neta para la empresa en donde claramente los beneficios que deriva son mayores que sus costos.

FORTALEZAS	DEBILIDADES
El canon enfiteutico optimiza los beneficios económicos del propietario	Riesgo de insolvencia e incapacidad de pago del beneficiario
El propietario permanece con la nuda propiedad	Riesgo de hipotecas no pagadas sobre la propiedad dada en enfiteusis
El propietario garantiza la estabilidad de ingresos crecientes en un largo período de tiempo	Potenciales daños causados por el beneficiario que afecten la capacidad productiva de la propiedad
El propietario se beneficia en el largo plazo de las infraestructuras y mejoras desarrolladas en su propiedad	
OPORTUNIDADES	AMENAZAS
Existe un mercado potencial altamente atractivo para esta figura en virtud de la posibilidad de hipotecar la propiedad dada en enfiteusis	Inexistencia en algunos países de un marco legal definido
Existe un mercado potencial altamente atractivo para esta figura en virtud de las grandes facultades otorgadas en el uso de la propiedad (posibilidad de modificar la sustancia del inmueble)	En la República Dominicana aunque no exista un marco legal definido, es una figura admitida por el Registro de Títulos, que puede ser utilizada, pero su uso puede ser limitado en virtud de la ambivalencia legal
Existe un mercado potencial altamente atractivo en virtud de que se trata de un contrato de largo plazo, que permite la maduración de una inversión	Figura poco conocida
Marco legal definido en muchos países (Francia, España, Italia, Holanda, Suecia, etc.)	
Posibilidad de registrar una enfiteusis en el Registro de Títulos de la República Dominicana	
El contrato de enfiteusis es más rentable para el propietario que un contrato de arrendamiento ya que con la enfiteusis se obtiene la tasa de rendimiento esperada (<i>fructus</i>)	

VI) Matriz con ejemplos de tipos de contratos y cláusulas que orientan al equilibrio económico

No hay un mecanismo único que tienda al equilibrio económico del contrato. Pueden concebirse múltiples cláusulas que orienten a su equilibrio, las cuales varían dependiendo del tipo de contrato. A continuación se presenta una matriz en la cual se ha hecho un ejercicio de intentar conglomerar ciertas cláusulas que tienden al equilibrio de la operación, según cada tipo de contrato.

Venta	Arrendamiento	Enfitéusis	Distribución	Sociedad	Financiamiento	Concesión
Cláusula de determinación del precio	Indexación en base a inflación anual.	Valor de la propiedad anualmente capitalizado más el costo de oportunidad o beneficio económico subyacente por el uso de dicha propiedad	Cláusula de determinación del precio	Cláusulas de protección contra cambios adversos en el tratamiento tributario de la sociedad	Tasa de interés variables.	Cláusulas de protección contra la adopción de medidas o actos de cualquier autoridad pública que estén destinados a afectar los aspectos económicos y financieros vinculados a la inversión (Ej: suspensión en la interrupción del servicio)
Cláusula de indexación cambiaria y de inflación	Indexación cambiaria	Canon expresados en equivalencias de moneda extranjera	Indexación cambiaria y de inflación	Revalorización periódica de las acciones	Contratos expresados en equivalencias de moneda extranjera.	Cláusulas de protección contra cambios adversos en el tratamiento tributario de la concesionaria
Cláusula de revisión y ajuste de precio	Póliza de seguros para la protección de riesgos de la inversión (planta física, riesgos de mercado, catástrofe, responsabilidad civil, etc)	Cláusula de daños y perjuicios por deterioro a mejoras en propiedades	Cláusula de ajustes automáticos por incremento de tasas e impuestos		Cláusula de indexación cambiaria y de inflación	Cláusulas de protección contra riesgos políticos
Cláusula de póliza de seguros para la protección de riesgos (vicios ocultos)					Cláusulas de protección contra riesgos políticos	Cláusulas correctivas a condicionantes estructurales de la economía (e.j.: altos costos de energía, costos de seguridad privada e infraestructuras y otros servicios)

VII) Toma de decisiones en un proceso de Estrategia Legal y Conclusiones

En materia de contratos administrativos la legislación dominicana ampara al contratista con un derecho al equilibrio financiero, aunque dicha normativa no especifica las circunstancias que serían consideradas para sostener que se ha desequilibrado económicamente el contrato público y qué medidas correctivas tendrán los contratistas para restablecer el equilibrio. Se infiere entonces que el contratista que se sienta afectado por un desequilibrio económico puede aprovechar esta imprecisión normativa para reivindicar el restablecimiento del equilibrio económico sin tener que someterse a parámetros preestablecidos y proponiendo el mecanismo correctivo que más le convenga.

Como se ha visto, en materia de contratos civiles, el ordenamiento jurídico dominicano asume una indiferencia total con relación al tema del equilibrio económico del contrato. Queda en manos de las partes diseñar los mecanismos que garanticen una adecuada equivalencia entre los derechos y obligaciones de las partes en el tiempo.

A partir de los tipos de contratos estudiados y de las diferentes cláusulas que tienden al equilibrio económico identificadas en la matriz, se infiere que la pauta central para garantizar una correspondencia entre los derechos y obligaciones de las partes es incluir dinamismo en el contrato y eliminar los mecanismos estáticos. La segunda directriz consistiría en listar las variables que pueden tener una incidencia en la intensidad de los derechos y obligaciones de las partes en el tiempo y prever cláusulas

contractuales que permitan realizar un ajuste automático de las obligaciones y derechos a los que se someten las partes en función de las variables identificadas. Se considera importante también identificar los riesgos a los que puede someterse la operación y procurar insertar cláusulas que amparen contra esos riesgos de modo que la operación se desarrolle con suficiente previsibilidad.

La posibilidad de renegociación parcial o total del contrato por las partes siempre es una opción que permitirá restablecer el equilibrio económico del contrato. Se puede prever además la designación de un tercero calificado para que evalúe el grado de desequilibrio en la operación y decida la adaptación del contrato a nuevas circunstancias y el restablecimiento de su equilibrio o la resolución del contrato.

Si se desea hacer la evaluación del desequilibrio completamente objetiva y no dejarla en manos de un tercero, las partes pueden prever la posibilidad de fijar un valor a partir del cual el contrato será considerado desequilibrado, por ejemplo, el aumento del 50% del costo de realizar una determinada actividad, aunque se ha criticado en doctrina que el porcentaje o valor que sea fijado será necesariamente un valor arbitrario.

El equilibrio económico del contrato es una noción imprecisa y el derecho dominicano no aporta muchas precisiones al respecto. Mientras el derecho sea impreciso, es tarea de las partes prever. Resulta de gran importancia prever contractualmente: 1) cuándo el equilibrio económico se considerará afectado, 2) qué

remedios, de los antes mencionados se pondrán en marcha en caso de que se verifique tal desequilibrio.

Como se ha visto en el caso de estudio relativo al contrato de enfiteusis, puede sostenerse que la ecuación matemática de aplicación automática constituye una herramienta de vital importancia para mantener el equilibrio económico-financiero del contrato y por ende, su interés en el tiempo para las partes contratantes.

Bibliografía

- Masson, Antoine y Mary J. Shariff. 2009. *Legal Strategies: How Corporations Use Law to Improve Performance*. Alemania: Springer.
- Equipo Pierre Kayser. 2012. *L'équilibre du Contrat*. Francia: Presses universitaires d'Aix- Marseille.
- Addendum al Contrato de Concesión de los Aeropuertos Las Américas. 1999: Comisión Aeroportuaria y Aeropuertos Dominicanos.
- Muñiz Anselmo y José Luis Taveras. 2009. *Barrick Gold la Monstruosa Anatomía de un Contrato*. República Dominicana: Pueblo Viejo Dominicana, Corp.
- Contrato del Estado Dominicano con la Comisión Aeroportuaria del 22 de marzo de 2004
- Silva, Fernando. 2007. Una Aproximación a la Visión de la Corrección del Desequilibrio Contractual Desde la Perspectiva de la Jurisprudencia Arbitral. *Mercatoria*.
- Annales. 2007. *L'équilibre contractuel*. Francia: Grupo ISP-Derecho Civil.
- Gorbanef, Yuri y Gina Cabarcas. 2009. Equilibrio Económico y la Contratación Pública en Colombia. *Revista de Derecho*.
- Collazos Solano, Elvio Hernán. 2013. Equilibrio Económico o Ecuación Contractual. *Pensamiento y Poder* (junio).
- Simone, Carmen. 2006. El Hardship en la Contratación Comercial Internacional. *FORO: Revista de Derecho* (junio).
- Francois Gianviti, 2010. *Las Clausulas de Indexación en el Derecho Francés*. Francia.
- Cooter, Robert y Thomas Ulen. 2012. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Melo Guerrero, Leonel. La Estructura Económica del Sistema Jurídico.
- Bagley, Constante E. 2008. Winning Legally: The Value of Legal Astuteness. *Academy of Management Review*.

- Mochón, Francisco. 2006. *Principios de Economía*. España: McGraw Hill.
- Bouthinon- Dumas, Hugues y Antoine Masson. 2012. Au- dela des frontieres entre droit et management. *Centre Européen de Droit et d'Economie de l'ESSEC Business School*.
- “Breve reseña sobre el equilibrio económico en la contratación pública y su tratamiento en República Dominicana”, Rafael Dickson Morales,
<https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/dickson.p>