

ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN REPÚBLICA DOMINICANA: UN CRITERIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN

Rafael R. Dickson Morales
Licenciado en Derecho
Universidad A Coruña

Sumario:

1. Introducción. 2. Los Derechos Fundamentales en materia de contratación pública: la buena Administración y su consagración en República Dominicana. 3. Aspectos generales de los riesgos en la contratación pública. 4. La buena administración y su aplicación en la asignación de los riesgos en la contratación pública. 5. Consideraciones finales.

1. Introducción.

La República Dominicana desde el año 2006, tiene una Ley de Compras y Contrataciones Pública (LCCP)¹ que estableció el marco regulatorio para las contrataciones que realiza la Administración Pública, estableciendo entre otras cosas, los procedimientos administrativos de selección del contratista, así como los derechos y obligaciones de los actores en la contratación pública.

Aún cuando contamos con una regulación que establece las reglas para que la Administración Pública concrete con particulares la ejecución de obras o servicios cuya característica principal es la satisfacción del interés general, no es menos cierto que todavía existen aspectos a mejorar en el sistema de contratación para que la Administración Pública respete aún más derechos fundamentales en materia de contratación, como sería la buena administración. De hecho, en la actualidad existen aprestos para reformar la LCCP, liderados por el órgano rector del sistema de contratación, la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP).

Los riesgos y su asignación, tienen una notable importancia cuando la Administración Pública contrata con un particular para que colabore en la consecución de los fines públicos. Hoy en día, es poco controvertido que la concepción y análisis del principio clásico de riesgo y ventura se ha ido reinterpretando para adecuarlo a las necesidades actuales.

En la práctica dominicana, la DGCP hace sus mejores esfuerzos por examinar el procedimiento de selección, a los fines de que se realice apegado a la normativa vigente, pero las entidades contratantes e incluso la propia DGCP, ejercen una deficiente y mala gestión en la preparación de los pliegos y documentos de licitación. De igual forma, se configura una deficiente gerencia del contrato público durante su ejecución, obviando ejercer una correcta supervisión y fiscalización, lo que implica que las obras y servicios no son

¹ Ley No. 340-06 aprobada en fecha 20 de julio de 2006, modificada por la Ley No. 449 de fecha 6 de diciembre de 2006.

ejecutados conforme a una buena administración, derivándose consecuencias negativas para la sociedad.

Uno de los aspectos a reformarse en la contratación pública es la asignación de los riesgos. Si tenemos una clara y específica determinación de los posibles riesgos y su asignación, contribuiría a una mejor aplicación del equilibrio económico y financiero del contrato, que es uno de los aspectos más prácticos a implementar.

Asimismo, la utilización de buenas técnicas de asignación de riesgos puede resultar en un impacto positivo para continuar el impulso a las pequeñas y medianas empresas (PYMES) quienes usualmente son las más afectadas por la ineficiencia de la Administración Pública, así como por los desequilibrios económicos de las empresas consolidadas. Lo anterior se refuerza cuando vemos que en muchos países iberoamericanos, como República Dominicana² quieren impulsar a las PYMES a participar en las licitaciones públicas.

Así pues, el interés de este ensayo, es presentar una visión actual de los distintos riesgos que impactan a la contratación pública, su concepto, y tratar de contestar a la interrogante de ¿cómo se aplicaría una adecuada distribución de riesgos en la contratación pública conforme al principio de la buena administración?

2. Los Derechos fundamentales en materia de contratación pública: la buena administración y su consagración en la República Dominicana.

Hay quienes pudieran considerar que no existen una relación y aplicación de derechos fundamentales y la contratación pública. Sin embargo, efectivamente existe una relevante relación entre la contratación pública y varios derechos fundamentales protegidos constitucionalmente; el grado de relación dependerá de la configuración constitucional de cada país.

Sostiene el Profesor Eduardo Jorge Prats que los derechos fundamentales son: *“derechos constitucionales, es decir, derecho que, al ser incorporados en la Constitución, no solo gozan de la certeza de su identificación gracias a su positivación, sino que, además, están protegidos por la coraza constitucional frente a los poderes constituidos”*³.

La Constitución de la República Dominicana en el Título II regula todo lo relativo a los Derechos, Garantías y Deberes Fundamentales, estableciendo en su primer Capítulo protección expresa a estos derechos. Si bien en este capítulo no se establece de manera explícita el derecho a una buena administración, en el ordenamiento jurídico dominicano ha quedado

² En los últimos años el Gobierno dominicano ha tratado de impulsar las PYMES, aprobando la Ley No. 488-08, que establece un Régimen Regulatorio para el desarrollo y Competitividad de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES), de fecha 30 de diciembre de 2008. Asimismo, existen disposiciones particulares en el Reglamento de la Ley LCCP, para impulsar la contratación pública con las PYMES.

³ JORGE PRATS, E. Derecho Constitucional. Volumen II. Ius Novum. Amigo del Hogar, Segunda Edición, Santo Domingo, 2012. Pág. 47.

incorporado, a raíz de la promulgación de la Ley No. 107-13⁴, que es la ley que regula el acto administrativo y su procedimiento.

Señala el profesor Rodríguez-Arana que: *“Tratar sobre buena Administración pública constituye una tarea que ha de estar presidida por los valores cívicos, y correspondientes cualidades democráticas, que son exigibles a quien ejerce el poder en la administración pública a partir de la noción constitucional de servicio objetivo al interés general. Poder que debe moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, cooperativo y atento a la opinión pública”*⁵.

Por su parte, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del ciudadano⁶, conceptualiza la buena administración pública, al señalar que es: *“una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable”*.

Como bien ha dicho, el profesor Rodríguez-Arana, la buena administración, viene a reforzar la actual concepción de que el Derecho Administrativo debe ser concebido desde la centralidad del ciudadano y sus derechos fundamentales, y por ende, desde la participación democrática, abierta y plural de los ciudadanos en toda la actividad administrativa.

Uno de los principales aciertos de la Ley No. 107-13, es la ejemplar conceptualización del derecho a la buena administración, y es que desde la aplicación de este derecho, se podría garantizar el acierto de la actuación administrativa. El procedimiento administrativo debe constituirse pues en la garantía de que la Administración Pública cumpla su obligación de buena administración, tal y como lo ha señalado el profesor José Ignacio Hernández G.⁷.

La buena administración se incorpora por primera vez en el año 2013. Sin embargo, creo oportuno señalar que, uno de los pioneros y maestro del derecho público dominicano, el profesor Manuel de Jesús Troncoso de la Concha, en sus cátedras de Derecho Administrativo⁸, en los años 1930

⁴ Esta Ley ha entrado en aplicación el siete (7) de febrero de 2015, luego de que transcurriera la *vacatio legis* de dieciocho (18) meses. Sin embargo, actualmente, existe un proyecto de Ley para establecer un plazo adicional de *vacatio legis* por 12 meses, el cual pudiera incluso ser cuestionado su legalidad y constitucionalidad.

⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Ponencia sobre el Derecho Fundamental a la Buena Administración*. Mayo 2013, Universidad UNIBE, República Dominicana.

⁶ Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013.

⁷ HERNÁNDEZ G, J.I. *Lecciones de Procedimiento Administrativo*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, Venezuela, 2012.

⁸ Cátedras de Derecho Administrativo del Profesor Américo Moreta Castillo, publicadas y convertidas en tratado, bajo el título de Elementos de Derecho Administrativo con aplicación a las Leyes de República Dominicana, editado en 1938, manteniéndose como obra única en su género en el país durante décadas, siendo un trabajo reconocido internacionalmente, y ser citado y utilizado en la Universidad de La Habana.

hablaba de buena administración, aunque sin la dimensión y concepción actual.

El derecho a la buena administración queda configurado en el artículo 4 de la Ley 107-13, estableciendo una enumeración de derechos que se aplican a la contratación pública. Los derechos subjetivos de una buena administración concretados en esta norma que contiene un catálogo de 32 derechos debidamente especificados.

La Ley 107-13, establece la buena administración como un derecho fundamental de los ciudadanos, haciendo expresa referencia al aumento de la calidad de los servicios y actividades que realiza la Administración Pública. Sin dudas, la actividad de contratación pública presenta una relevancia importante, por lo que es necesario que la Administración Pública la ejerza aumentando su eficiencia y calidad. Una de estas formas es aplicando una buena administración en la contratación pública, particularmente, en la asignación de riesgos del contrato público.

El Tribunal Constitucional dominicano ha establecido expresamente que el derecho a la buena administración se encuentra implícitamente contenido en nuestra Constitución, al señalar que: *“(...). Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad y evitar dilaciones indebidas. Este mandato normativo da existencia actual a lo que se ha configurado como un derecho fundamental nuevo entre nosotros, denominado “derecho al buen gobierno o a la buena administración.”*

Este derecho se encuentra implícitamente en el texto de nuestra Constitución, específicamente en los artículos 138, 139, y 146, los cuales se han concretizado legalmente en la referida ley orgánica, plasmando de forma más concreta en nuestro ordenamiento este principio constitucional”.

Los mandatos precedentemente resumidos configuran el denominado «derecho a la buena administración», designación que hace taxativamente la Ley núm. 107-13, cuya vigencia ha sido postergada hasta el dos mil quince (2015), pero que debe considerarse, en relación con el asunto de que se trata, como un derecho actualmente dimanante de las obligaciones puestas a cargo de la Administración Pública por la Constitución de la República y otras normas”⁹, (subrayado nuestro).

Otro elemento fundamental que integra una buena administración, es la responsabilidad objetiva que recae en la Administración Pública cuando por acción u omisión ocasiona un perjuicio a las personas, y consecuentemente genera una obligación de indemnizar. Este aspecto ha quedado consagrado en el ordenamiento jurídico dominicano en el artículo 57 de la Ley 107-13.

De lo anterior, podemos concluir que el principio de buena administración y su catálogo de derechos es un derecho fundamental en la República Dominicana. Lo interesante ahora, es determinar cómo aplicar cada vez más a la

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano, de fecha 22 diciembre 2014. TC/0322/14.

contratación pública, una buena administración en la asignación de riesgos. Por otro lado, antes de presentar una relación práctica de la buena administración a la asignación de riesgos, consideramos oportuno dentro del marco de este ensayo, examinar brevemente algunas consideraciones generales del riesgo en la contratación pública.

3. Aspectos generales de los riesgos en la contratación pública

Se ha señalado, y así lo prevén la mayoría de las legislaciones sobre contratación pública, que la intervención de los particulares en la realización y ejecución de obras y servicios de interés general, se realizan bajo el principio de riesgo y ventura.

El profesor García de Enterría haciendo referencia al riesgo y ventura del contrato de obra señalaba que: “(...) *la consecuencia inmediata de que la actividad que conduce al resultado en que la prestación consiste se abstraiga en la determinación contractual es que la suerte de la onerosidad afecta a la misma carezca de todo efecto para mover el mecanismo del contrato. La onerosidad efectiva, mayor o menor que la prevista, que al contratista cueste realizada la obra prometida queda únicamente de su cargo, sin que pueda afectar a la economía contractual*”¹⁰. De esta definición, se desprendía una afectación a la teoría de los riesgos que es lo que en definitiva alude el principio de riesgo y ventura.

Ahora bien, es mi parecer que el riesgo en la contratación pública no ha sido estudiado sistemáticamente desde otra óptica que no sea la civil, y también casi siempre ha estado vinculado desde la perspectiva de culpa o falta¹¹ de una de las partes en la relación contractual y no necesariamente a un análisis de riesgos y su distribución, tomando en cuenta la complejidad del contrato, y quien estaría en mejor posición de soportarlo y prevenirlo.

Se sostiene, y compartimos dicho criterio que se configura una contradicción de la doctrina tradicional (por lo menos en cuanto al riesgo de la concesión) en admitir teóricamente la transferencia total de los riesgos al concesionario. No obstante, también se reconoce que el concesionario tiene ciertas garantías respecto de algunos riesgos relacionados al emprendimiento¹².

La noción de por su propia cuenta y riesgo, no impide que la Administración Pública y los particulares puedan asignarse los riesgos como mejor entiendan. En ese mismo sentido, se pronuncia, el profesor Perez al señalar que: “*lo que defendemos, es que “por su cuenta y riesgo”, no importa en la transferencia al concesionario de todos los riesgos inherentes a la empresa. Importa, sí la*

¹⁰ GARCIA DE ENTERRÍA, E., *Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el Contrato Administrativo*, Revista Administración Pública (RAP), Madrid, España, 1950, p. 88.

¹¹ Para abundar sobre este punto puede verse entre otros a ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, GRANILLO OCAMPO, R. *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Editorial Astera, Buenos Aires; GARCIA DE ENTERRÍA, E., *Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el Contrato Administrativo*, Op. Cit.

¹² PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Editora Fórum, Brasil, 2006, p. 107.

*transferencia al concesionario de riesgos que el contrato indica. Por el contrario, son por cuenta y riesgo del concesionario esos riesgos que el contrato, expresamente o implícitamente, le ha transferido*¹³.

El Diccionario de la Real Academia Española, define al riesgo como una *contingencia o proximidad de un daño*¹⁴. Asimismo, define también la ventura como *“denota que algo se expone a la contingencia de que suceda mal o bien”*¹⁵. Señalaba García de Enterría que el significado de ventura sería: *“palabra con que se explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien”*¹⁶.

Al referirse a los riesgos, el profesor Camus, los ha definido como situaciones sobrevinientes causadas por daños o destrucciones de las obras o por la mayor onerosidad en la ejecución del contrato, debidas ambas a un cambio de circunstancias¹⁷.

A nuestro entender, el riesgo en sentido general, no sería más que una combinación de la probabilidad que se produzca un evento futuro e incierto, ajeno a la voluntad de las partes, que genera consecuencias económicas. Usualmente el riesgo es vinculado a las consecuencias negativas, pero nada impediría que incluya las consecuencias positivas del hecho incierto.

En ciertos casos, la jurisprudencia ha establecido la definición de riesgos en la contratación pública. Así pues, el Tribunal Supremo de España en sus decisiones de fecha 14 de mayo de 2001 y el 22 de noviembre de 2001, definen el riesgo como contingencia o proximidad de un daño ajena a la esfera de actuación de las partes en un contrato, y la ventura como expresión de que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien¹⁸.

De igual manera, el Tribunal Supremo haciendo referencia al riesgo ha dicho que: *“(...) conoce cómo en el desarrollo del contrato está expuesto a un riesgo, a un evento posible y dañoso y corre el albur que todo ello implica con conocimiento de su posibilidad y la esperanza de que no suceda y si a través de la visión que proporciona este prisma (...)”*¹⁹. En República Dominicana no contamos hasta la fecha con una decisión que presente un concepto o se refiera al riesgo respecto de la contratación pública.

El Documento Conpes 371 de Colombia sobre el plan de inversión de la autopista de Bogotá-Villavicencio, define el riesgo previsible en materia de contratación estatal como: *“Es el que puede presentarse en desarrollo y*

¹³ PEREZ, Marcos Augusto. Op. Cit. p. 130.

¹⁴ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición, Tomo II, 2001, p.1975.

¹⁵ Idem, p. 2284.

¹⁶ GARCIA DE ENTERRÍA, E., *Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el Contrato Administrativo*, Op. Cit., p. 90.

¹⁷ Oelckers Camus, Osvaldo. Los Riesgos y el equivalente económico en el contrato administrativo de obra pública. Universidad de Valparaiso.

¹⁸ Bermejo Vera, José y Bernal Blay, Miguel. *Diccionario de Contratación Pública*. Iustel. Madrid, 2009, p.614.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de España, de fecha 29 enero 1982. RJ/1982/235.

ejecución del contrato, y afectar su equilibrio económico. Pero dada su previsibilidad, se transfiere a una de las partes y se regulan desde la etapa precontractual sus efectos adversos, excluyéndolos del concepto de imprevisibilidad previsto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993”.

El principio clásico de riesgo y ventura ha sido uno de los argumentos para sostener que cuando el particular contrata con la Administración Pública asume los principales riesgos de la contratación por su cuenta, sin que ésta asuma alguno, salvo las excepciones clásicas a dicho principio como sería la fuerza mayor y las técnicas de equilibrio económico. Compartimos lo señalado por el profesor Perez cuando señala que *el concesionario asumiría los riesgos ordinarios del emprendimiento. La administración pública asumiría los riesgos extraordinarios*²⁰, a lo anterior le agregaría, así como aquellos riesgos que hayan sido distribuidos contractualmente por las partes.

Nos parece interesante presentar brevemente la visión anglosajona del análisis económico de los contratos, ya que pudiera utilizarse, en ciertos casos, como un mecanismo en la distribución de los riesgos. El estudio del Teorema de Coase, llamado así por Stigler, resulta de interés para tener una visión mínima del análisis económico del derecho, debido a que este es uno de sus fundamentos básicos. En síntesis, establece que en ausencia de costos transaccionales las partes convendrán la solución más eficiente, sin importar como sea realizada la distribución de los derechos, mediante las normas jurídicas. Es decir, que cuando la distribución de recursos realizada a través de una norma jurídica (así ocurre en la mayoría de los casos) sea ineficiente, las partes en ausencia de razones que imposibiliten un acuerdo optaran por un medio alternativo que sea eficiente para éstas. Considero que su aplicación pudiera ser útil en la asignación de riesgos.

Para entender como ha sido aplicado el análisis económico en los contratos y la inexecución por ineficiencia²¹ por los tribunales estadounidenses, se puede analizar las decisiones de *Eastern SS Lines, Inc. V. United States*²² y *Campbell*

²⁰ PEREZ, Marcos Augusto. Op. Cit., p. 107.

²¹ Para abundar sobre los conceptos de los diferentes tipo de eficiencia Pareto o eficiencia Paretiana y eficiencia potencia o Kaldor-Hicks, ver Guestrin, Sergio. Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho. También Posner, Richard. Economic Analysis of Law. Para encontrar argumentos en contra de la inexecución voluntaria ver Dodge, William. The Case for Punitive Damages in Contracts.

²² United States Court of Claims, 112 F.Supp. 167, 125 Ct.Cl. 422. El caso fue el siguiente: los Estados Unidos arrendaron un buque para traer de regreso tropas de la segunda guerra mundial. En el contrato de arrendamiento suscrito con Easter, los Estados Unidos se comprometió a reacondicionar el buque para su uso original antes de entregarlo a su propietario. No obstante, ocurrieron variaciones en el mercado con relación a los buques, la reparación ascendería a unos cuatro millones de dólares, mientras que el valor del buque después de restaurado en el mercado sería de dos millones. El gobierno estadounidense se negó a restaurar el buque bajo esas condiciones, y el contrato no establecía nada al respecto. La corte falló a favor del gobierno y ordenó a pagar los dos millones que el buque costaba en el mercado, acogiéndose a una cláusula de pérdida que se encontraba prevista en el contrato. Dentro de las consideraciones de la decisión se estableció que *“no gastar cuatro millones para producir un buque de dos tenía sentido económico”,* y que *“si el contrato mandaba ese resultado nunca debió haber sido hecho”.*

Soup Co. V. Wentz²³.

Si se utilizará el análisis económico en la asignación de los riesgos en la contratación pública, pudiera implicar que la Administración Pública y los particulares acuerden una mejor forma de distribuir y asignar eficientemente los riesgos y quienes pudieran soportarlos mejor ante su eventual ocurrencia.

Una de las principales dificultades que se presenta en la contratación, ya sea pública o privada, es la asignación de riesgos en el contrato. El primer aspecto en este sentido sería determinar a cuáles riesgos se encuentran expuestas las partes o los propios de la operación o negocio de que se trate. En segundo lugar, y el de más importancia sería cómo distribuirlos entre ellas.

El objetivo de identificar los riesgos que impactan a la operación se debe realizar para poder asignar razonable y eficazmente los mismos. Como bien es sabido, los riesgos y su asignación varían dependiendo del tipo de contrato de que se trate, por lo que sería poco práctico establecer un parámetro universal y general de riesgos y su distribución. Ahora bien, existen riesgos que son inherentes a la mayoría de contratos en los que pueda intervenir la Administración Pública.

El documento CONPES 3107²⁴ de la República de Colombia, sobre Políticas de manejo de riesgo contractual del Estado, establece una diversidad de riesgos que afectan un contrato público, principalmente de infraestructura. Ese documento puede servir de modelo para que las autoridades dominicanas inicien un proyecto para elaborar un documento de esa naturaleza, de conformidad a las necesidades y realidades de nuestro país.

Si realizáramos una división de los principales riesgos que preliminarmente entendemos existen en la contratación pública pudiéramos establecer que, por lo menos identificamos: riesgos económicos – financieros, de construcción – técnicos, jurídicos, de operación y políticos. Cada una de esta división implica, adicionalmente, otros sub-riesgos que incluimos en el siguiente esquema.

Riesgos Principales en la Contratación Pública

²³ United States Court of Appeals, Third Circuit, 1948; 17525 F. 2d 80. El caso fue el siguiente: Los hermanos Wentz contrataron con Campbell producirles una cierta cantidad de zanahorias. Debido al mal tiempo la producción de zanahorias se redujo, lo que provocó un gran incremento del precio originalmente pactado por las partes. Los Wentz decidieron inejecutar el contrato y vender las zanahorias a Lojeski un granjero vecino a un mayor precio. Posteriormente, Campbell tuvo que comprar a éste las zanahorias, pero sospechaba que compraba las zanahorias que los Wentz debieron entregarles y los demandó. En síntesis, la Corte fallo a favor de Campbell ordenando a los Wentz a que vendieran las zanahorias restantes a éste en el precio originalmente pactado, y pagarle la diferencia de precio, que Campbell tuvo que pagar a Lojeski por las zanahorias adquiridas.

²⁴ Departamento Nacional de Planeación. Bogotá, Colombia, 3 de abril de 2001.



4. La buena administración y su aplicación en la asignación de los riesgos en la contratación pública en República Dominicana.

La República Dominicana de manera expresa cuenta con algunas normas relativas a la asignación de riesgos. La Ley LCCP establece algunos aspectos sobre riesgos. Específicamente el artículo 46, incluye y establece el principio clásico de que las concesiones son realizadas por riesgo y ventura del contratista. Por su parte, el numeral (6) del artículo 55 de la LCCP dispone que: *“Definición de políticas de asignación de riesgos (legal, comercial, construcción, ambiental, financiero) por las partes y mitigación de contingencias”*. Asimismo, el numeral 4 del párrafo II del artículo 56 de la LCCP sobre evaluación de ofertas dispone que: *“Que se haya comprendido y no se presenten cambios en la distribución de riesgos del pliego de condiciones”*.

No obstante lo anterior, la aplicación práctica de la asignación de riesgos en la contratación pública resultan ser inexistentes. Esto pudiera derivarse a la falta de la definición de las políticas de asignación de riesgos y la falta de su inclusión en los pliegos de licitación, así como en la necesidad de establecer una regulación más exigente al momento de definir y asignar los riesgos.

Una manera de incentivar la correcta asignación de riesgos sería modificando la normativa vigente de contratación pública en la República Dominicana. Sin embargo, mientras se produzca dicha revisión, la Administración Pública puede eficientizar la asignación de riesgos, aplicando una buena administración, que hasta el momento no ha hecho. ¿Qué supondría para la DGCCP ejercer una buena administración en la asignación de riesgos? Veamos algunas ideas:

En primer lugar, establecer y acordar un documento vinculante de políticas de

distribución y asignación de riesgos. La preparación de este documento deberá contar con la participación activa de los agentes que participan en la contratación pública (particulares, ingenieros independientes, Colegio Dominicano de Ingenieros, Arquitectos y Agrimensores (CODIA), compañía de seguros, entre otros).

En segundo lugar, consideramos pertinente establecer algún procedimiento previo a la presentación de las ofertas formales en las licitaciones públicas, a fin de que los interesados puedan presentarle a la Administración Pública su propuesta respecto de la asignación de los riesgos. Esto así, ya que una vez iniciado el proceso de recepción de ofertas, sería muy difícil a los oferentes formular sus propuestas a la Administración y la evaluación de ésta para determinar la oferta más conveniente pudiera resultar subjetiva y complicada.

Visto lo anterior, la nueva normativa deberá establecer mecanismos objetivos y claros al momento de asignar riesgos. En ese sentido, consideramos que como condición o requisito mínimo para transferir un riesgo debe determinarse quien está en mejor posición de evaluarlo, prevenirlo, controlarlo y administrarlo; así como determinar quien dispone mejores mecanismos o instrumentos de protección y mitigación.

5. Consideraciones finales.

En República Dominicana, la Ley 107-13 y recientemente el Tribunal Constitucional, ha consagrado la buena administración como un derecho fundamental de los ciudadanos. Este derecho se aplica a la contratación pública, por lo que es necesario que la Administración Pública ejerza la actividad de contratación aumentando su eficiencia y calidad. Una manera de lograr esos objetivos es precisamente aplicando una buena administración a la asignación de riesgos.

La legislación dominicana de contratación pública contiene breves disposiciones sobre riesgos, sin embargo, resultan insuficientes para aplicar una buena administración. La aplicación práctica de la asignación de riesgos es casi inexistente.

La aplicación de una buena administración en la asignación de los riesgos en la contratación pública es fundamental, ya que de esa manera podría ser más efectivo en determinar quien estaría en mejor posición de soportar el mismo y no lo dejarían necesariamente a las técnicas de equilibrio económico, así como a otras disposiciones legales que puedan aplicar ante la ocurrencia de un hecho incierto.

Como conclusión, se evidencia la necesidad de una actualización y modificación de la normativa de contratación pública. Hasta tanto se produzca una actualización, la DGCCP puede realizar acciones tendentes a una aplicación de buena administración en la contratación pública, en especial atención a la asignación de riesgos, como serían las siguientes:

- a) Elaborar un documento vinculante de políticas de distribución y

asignación de riesgos. La preparación de este documento deberá contar con la participación activa de los agentes que interactúan en la contratación pública.

- b) Establecer un procedimiento previo a la presentación de las ofertas formales, a fin de que los interesados puedan presentar a la Administración Pública su proposición respecto de la asignación de riesgos.
- c) Adoptar como criterio para asignar un riesgo a quien se encuentre en mejor posición de evaluarlo, prevenirlo, controlarlo y administrarlo, así como quien disponga de mejores instrumentos de protección y mitigación, tomando en consideración los costos que esto implique.

Finalmente, en República Dominicana, cada vez más participan asociaciones de empresas con entidades extranjeras en los procesos de licitaciones, lo que amerita una juiciosa revisión de la regulación de contratación pública, en especial consideramos que innovar respecto de la asignación de riesgos significaría una ventaja competitiva en comparación con otras jurisdicciones, lo que pudiera traducirse en mayor inversión para el país. En definitiva, de lo que se trata es de aplicar la buena administración en la contratación pública, especialmente en la asignación de riesgos.

Notas Bibliográficas:

1. Ariño Ortiz, Gaspar. Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.
2. Bermejo Vera, José (Director) y Bernal Blay, Miguel Ángel (Coordinador). Diccionario de Contratación Pública. Iustel. Madrid, 2009.
3. García de Enterría, E., Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el Contrato Administrativo, Revista Administración Pública (RAP), Madrid, España, 1950.
4. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Civitas Ediciones. Duodécima Edición. España, 2005.
5. Gimenu Feliú, José María (Director) y Bernal Blay, Miguel Ángel (Coordinador). Observatorio de Contratos Públicos 2011. Thomson Reuters. Navarra, 2012.
6. Granillo Ocampo, R. Distribución de los riesgos en la contratación administrativa, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.
7. Jorge Prats, Eduardo. Derecho Constitucional. Volumen II. Ius Novum. Amigo del Hogar, Segunda Edición, Santo Domingo, 2012..
8. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas. Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.
9. Perez, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Editora Fórum, Brasil, 2006.
10. Moreno Molina, Jaime., Los Principios generales de la contratación de las Administraciones públicas, Albacete, 2006.
11. Tomás Mallén, Beatriz. Derecho Fundamental a una Buena

Administración. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
Madrid, 2004.