

Manifestaciones de grados de discrecionalidad administrativa en el procedimiento licitatorio.

Manifestations of administrative discretion degrees in the bidding procedure

FELIPE ARRIAGADA ZETA*

RESUMEN: El estudio busca determinar las manifestaciones de decisiones discrecionales en el procedimiento licitatorio y poder clasificarlos, para ello se elabora un concepto de discrecionalidad y se recurre a la distinción entre discrecionalidad fuerte e instrumental. En específico, se pudo determinar que decisiones tomadas en el iter del procedimiento licitatorio deben ser calificadas como manifestaciones de decisiones discrecionales, pero admite una clasificación, pues el ámbito de discrecionalidad en las etapas tempranas del procedimiento es más amplia y debe ser calificada como fuerte y, luego de la elaboración de las bases, se presenta una mayor densidad programática que determina que las decisiones son adoptadas en ámbitos de discrecionalidad instrumental, diferencia que si bien es cuantitativa en atención a la densidad programática tiene efectos relevantes para el control judicial de las decisiones.

PALABRAS CLAVE: contratación pública; licitación pública; discrecionalidad administrativa; tribunal de contratación pública; proceso decisional.

* Abogado, Magister en Derecho con mención en Derecho Público Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, Chile. Contacto: <fariagadzeta@gmail.com>. Fecha de recepción: 06/06/20. Fecha de aprobación: 19/09/20.

ABSTRACT: The study seeks to determine the manifestations of discretionary decisions in the bidding procedure and to be able to classify them, for this a concept of discretion is elaborated and the distinction between strong and instrumental discretion is repeated. Specifically, it was possible to determine that decisions taken in the bidding procedure iter should be classified as manifestations of discretionary decisions, but it admits a classification, since the scope of discretion in the early stages of the procedure is broader and must be classified as strong and, after the elaboration of the bases, a greater programmatic density is presented that determines the decisions that are determined in instrumental discretion, a difference that although it is quantitative in attention to the programmatic density that has relevant effects for the decisions judicial control.

KEYWORDS: Public Procurement; Bidding Process; Administrative Discretion; Public Procurement Court; Decision Making Process.

I. INTRODUCCIÓN¹

La discrecionalidad es una forma de operar por parte de la Administración que le permite optar por medios para alcanzar la finalidad de satisfacer la necesidad pública, acudiendo a criterios que no figuran en el ordenamiento, esto es, valiéndose de criterios extrajurídicos de oportunidad y conveniencia con un componente intrínsecamente político².

Sin los ámbitos de discrecionalidad la tarea de la Administración sería prácticamente imposible, por lo que el análisis de este fenómeno es relevante para el correcto funcionamiento del Estado de Derecho.

Bajo el entendido que la Administración opera con potestades discrecionales para optar entre diversos medios para alcanzar el fin de satisfacer una necesidad pública, en este estudio se buscó dilucidar en qué etapa y cómo se presentan las decisiones discrecionales en el procedimiento licitatorio y como la variación en la densidad programática en la toma de decisión afecta al fenómeno.

Para esto se abordó un concepto de discrecionalidad que permitiera detectar este fenómeno en el proceso de toma de decisiones presente en la licitación pública. Además, ante la complejidad del fenómeno, se acudió a la distinción elaborada por Eva Desdentado Daroca, en base al trabajo de Ronald Dworkin entre discrecionalidad fuerte e instrumental, para poner en perspectiva

¹ Abreviaturas: LBCA = Ley 19.886 de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios; TCP = Tribunal de Contratación Pública.

² “lo característico de la discrecionalidad administrativa, es como han señalado diversos autores, la presencia de un momento intrínsecamente político en la fase de elección de la alternativa” DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad Administrativa y Planteamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Navarra, Aranzadi, 1999, p.78.

la calificación de la potestad como discrecional y como varia el proceso decisional a lo largo del *iter* del procedimiento.

II. HIPÓTESIS Y METODOLOGÍA

A lo largo del procedimiento licitatorio se presentan diversas manifestaciones de decisiones discrecionales existiendo un carácter más marcado del fenómeno en etapas tempranas y cada vez más limitadas en cuanto avanza el procedimiento.

Para alcanzar el objetivo del estudio, se comenzó con la elaboración de un concepto de discrecionalidad, a fin de esclarecer el fenómeno y poder distinguir las manifestaciones de este en el ámbito de estudio: el procedimiento licitatorio. La definición incluyó un análisis de los elementos esenciales del fenómeno pues su complejidad y la presencia de ideas preconcebidas sobre el mismo hicieron necesaria la precisión.

Posteriormente, se presentó la diferencia entre discrecionalidad fuerte e instrumental como una herramienta que permite una identificación más precisa del fenómeno en el procedimiento licitatorio.

Establecidos los elementos esenciales del fenómeno, se analizaron distintas decisiones adoptadas en el procedimiento licitatorio desde el inicio hasta su conclusión, ya sea en una declaración de deserción o bien en adjudicación, identificando las manifestaciones de discrecionalidad y su calificación en fuerte o instrumental en atención a la densidad programática en la adopción de la misma.

III. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

A) CONCEPTUALIZACIÓN

La discrecionalidad es una forma de operar por parte de la Administración que puede conceptualizarse como la potestad conferida por el ordenamiento que otorga a la Administración un ámbito de elección para completar, mediante criterios valorativos de oportunidad y conveniencia, un supuesto de hecho incompleto a través de indiferentes jurídicos (respuestas igualmente válidas), quedando obligado a dar cuenta de su funcionalidad al fin y conformidad con la ley. Para el objetivo de este estudio es relevante determinar el alcance de este concepto mediante el análisis de sus elementos.

Potestad conferida por el ordenamiento que otorga a la Administración un ámbito de elección

Es necesario tener presente que, en vista de la adopción de una idea de discrecionalidad como habilitación por parte del ordenamiento jurídico, no se puede sostener la existencia de potestades completamente discrecionales pues toda potestad está, hasta cierto punto, reglada existiendo distintos grados, siendo precisamente las potestades discrecionales aquellas en que se determina una menor presencia normativa, e incluso en estos casos, podemos hallar a lo menos cuatro elementos reglados³: el primero de ellos, es la existencia misma de la potestad; el segundo, la extensión puesto que ninguna potestad es absoluta debiendo reconocer los límites establecidos por el ordenamiento; el tercer elemento, es la

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ TOMÁS, Ramón, *Curso de derecho Administrativo*, t. I., Cizur Menor, Navarra, Civitas, 2015, p. 494. En el mismo sentido de establecer que no hay potestades cien por ciento discrecionales: WEIL, Prosper, *Derecho administrativo*, trad. de Luis Rodríguez Zúñiga, Madrid, Civitas, 1994, p. 142.

competencia del sujeto que la ejerce el que debe contar con un título de potestad que lo habilite; y el cuarto elemento que siempre estará reglado, es la finalidad para la que se otorgó la potestad, esto porque toda potestad es conferida por el ordenamiento jurídico, teniendo un objetivo específico establecido precisamente por esa norma, y considerando también la finalidad pública que implica.

Así, la discrecionalidad no se trataría de un elemento externo al ordenamiento jurídico, sino que sería el propio ordenamiento el que concede el ámbito de decisión a la Administración⁴, configurándose como un típico caso de remisión legal, donde el legislador faculta a la Administración a completar el supuesto legal con elementos fácticos.

Esta potestad implica un margen de apreciación que permite a la Administración adoptar una decisión cuya justificación se basa en decisiones valorativas extrajurídicas.

Criterios valorativos de oportunidad y conveniencia

Implica que el sujeto llamado a tomar la decisión discrecional debe realizar una operación de establecimiento de criterios, habilitado por el ordenamiento, pero recurriendo a elementos que no pueden ser determinados por este, debiendo acudir a elementos de valoración extrajurídicos de oportunidad y conveniencia cuya justificación va más allá de la habilitación por parte del sistema de normas debiendo cumplir con un estándar de racionalidad que permita sustentar la decisión en argumentos de valor, peso y ponderación frente a otros sujetos que podrá válidamente diferir en la decisión, pero no podría considerarla infundada.

El rol de estos criterios valorativos es el de definir el proceso de elección entre las distintas alternativas disponibles, teniendo en cuenta que la potestad administrativa es atribuida para la sa-

⁴ ROJAS CALDERÓN, Christian, *Potestades administrativas en el derecho chileno*, Santiago, Legal Publishing, 2014, p. 59. En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ TOMÁS, *op. cit.*, p. 494.

tisfacción de un interés que no es configurado libremente por la Administración, sino que está determinado por el ordenamiento jurídico: la satisfacción del interés general⁵.

Completar un supuesto de hecho incompleto a través de indifferente jurídicos

La forma en que el ordenamiento determina la presencia de ámbitos de discrecionalidad es mediante la falta o imperfección del supuesto de hecho de la norma habilitante⁶, siendo el rol de la Administración precisar los presupuestos de su actuación, estando habilitada para completar e incluso crear en sede aplicativa el supuesto intencionalmente inexistente o imperfecto de la norma habilitante⁷.

Así, la aplicación de una norma que habilita a la Administración para adoptar una decisión discrecional operaria en dos etapas sucesivas: una primera, en que discrecionalmente se per-

⁵ DESDENTADO DAROCA, Eva, *op. cit.*, p. 61.

⁶ BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, *La Discrecionalidad Administrativa estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 181.

⁷ Existe una corriente doctrinaria que considera que la discrecionalidad opera no a nivel de supuesto de hecho, el que vendría determinado por la norma, sino que, a nivel de consecuencia jurídicas de dichos hechos, pues la discrecionalidad administrativa sería un margen de volición, mientras que la apreciación del supuesto de hecho se agita en un ejercicio cognitivo. Esta teoría es apoyada por Hartmut Maurer quien reconoce que la discrecionalidad opera cuando la ley no anuda al supuesto de hecho una consecuencia jurídica. MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo parte general*, trad. Gabriel Doménech Pascual, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 253. La postura de entender que la discrecionalidad implica una elección de consecuencias jurídicas implica un alto riesgo de ejercicio arbitrario de las mismas, mientras que concebirla a nivel de supuesto de hecho, atiende la obligación constitucional de actuar *conforme a criterios*, que se deriva del principio de igualdad y el de interdicción de la arbitrariedad, por lo que debe ser descartada. BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, *op. cit.*, p. 192.

fecciona o completa el supuesto de hecho de la norma habilitante (lo que es una tarea *materialmente normativa* pues consisten en completar una norma); y en segundo lugar, la subsunción de los supuestos fácticos en dichos criterios adoptados por la Administración, lo que es una tarea reglada de aplicación de una norma.

De esta forma, el ejercicio de la discrecionalidad transformaría la norma habilitante que posee un supuesto de hecho incompleto, al que se le añaden condiciones o requisitos, en una norma que actúa de igual forma que aquellas que atribuyen potestades regladas, esto es, ante la concurrencia de un supuesto de hecho se otorga una consecuencia jurídica automáticamente⁸.

Obligación de dar cuenta de su funcionalidad al fin y conformidad a la ley

En atención a que la discrecionalidad corresponde a una potestad otorgada por el ordenamiento para la satisfacción de un interés general definido por este, es que toda decisión adoptada en el ámbito de elección discrecional, debe estar motivada; y debe ser justificada objetivamente⁹.

Una decisión que no está motivada es *per sé* arbitraria al encontrar su fundamentación en el sólo parecer individual del sujeto que la adoptó lo que es intolerable en un sistema democrático. En la misma línea, la exigencia de motivación cobra mayor relevancia cuando se trata de decisiones discrecionales, pues es la forma en que se da a conocer a los particulares los motivos que llevaron a la Administración a tomar la decisión y esclarecen la forma en que se pretende dar satisfacción al interés público.

Por su parte, la exigencia de justificación objetiva se funda en el hecho que la discrecionalidad es un *modus operandi*, así que debe justificar su utilidad a la finalidad buscada. En el ámbito de

⁸ *Ibidem*, p. 187.

⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás, *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 2002, p. 87.

la discrecionalidad cobra importancia conocer la forma en que se constituye “la voluntad” (decisión) administrativa, debiendo expresar claramente el proceso lógico seguido, no se puede establecer *a priori* cual es el punto hasta donde debe llegar la justificación de la decisión¹⁰, pero se entiende que a mayor libertad de elección, mayor es la exigencia de fundamentación que pesa sobre la Administración.

B) TIPOS DE DISCRECIONALIDAD

Abordado un concepto de discrecionalidad, comprensivo de sus elementos esenciales, queda en evidencia que se trata de una institución compleja, lo que se refleja en la amplitud de manifestaciones de aplicación de esta forma de operar por parte de la Administración pues, así como hay una mayor o menor densidad programática, también hay una diferencia cuantitativa en la discrecionalidad con que la Administración actúa. Siguiendo la imagen propuesta por Ronald Dworkin, se puede decir que la discrecionalidad, es como el agujero en una roquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea¹¹, pues se trata de un concepto relativo, que depende de cierta norma de autoridad que ordena la toma de la decisión. Atendido el objetivo del estudio, se acudió a la distinción entre discrecionalidad fuerte e instrumental¹², distinción que atiende a si el ordenamiento, al otorgar un ámbito de discrecionalidad tenía la intención de atribuir al sujeto un poder de decisión o bien la

¹⁰ *Ibidem*, p. 90.

¹¹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Gustavino, Barcelona, Ariel, 1989, p. 84.

¹² DESDENTADO DAROCA, Eva, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Madrid, Civitas, 1997, p. 23. Esta clasificación es elaborada en base a la distinción elaborada por Ronald Dworkin entre *discrecionalidad fuerte* y los dos tipos de *discrecionalidad débil*. DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, pp. 83-86.

potestad es discrecional como una forma de operar para la concreción de los criterios establecidos por el ordenamiento.

La distinción sirve para detectar con mayor precisión las manifestaciones de este fenómeno a lo largo del procedimiento licitatorio.

La discrecionalidad fuerte se presenta cuando el sujeto dispone de un poder de decisión otorgado por el ordenamiento, conforme a criterios que no figuran en la norma, con un margen amplio, limitado al respeto a los estándares de racionalidad, justicia y eficacia.

Se presenta en aquellas situaciones en que el titular de una potestad realiza elecciones dentro de un ámbito de decisión propio conferido por el ordenamiento jurídico para completar el supuesto legal, y corresponde a los casos en que la Administración adopta decisiones de la forma más conveniente para la satisfacción del interés público.

Por su parte la discrecionalidad puede considerarse como instrumental cuando el ordenamiento otorga a la Administración un margen de apreciación en atención a que el supuesto normativo no permite una aplicación mecánica, sino que se hace necesaria una operación de discernimiento, para fijar subcriterios que atiendan al criterio más amplio en base a argumentos de valoración.

Así, el titular de una potestad realiza elecciones como algo necesario para el ejercicio de su potestad, pero sin disponer de un ámbito de decisión propio, sino que el ámbito de maniobra surge como consecuencia de las vaguedades o imperfecciones del supuesto que lo habilita para actuar.

No se puede hacer una distinción tajante entre ambos tipos de discrecionalidad, pues la existencia de criterios no excluye la actuación discrecional¹³, por lo que la diferencia entre estas dos

¹³ Siguiendo a Desdentado “(...) como dice el propio Dworkin, la discrecionalidad es como “el agujero de una roquilla”: el agujero podrá ser mayor o menor según el marco de constricciones existentes, de tal forma que el que

clases no es cualitativa, sino cuantitativa, pues entre discrecionalidad fuerte e instrumental puede haber un ámbito mayor o menor de discrecionalidad, pero esencialmente son dos manifestaciones de un mismo fenómeno.

Esta diferencia cuantitativa tiene un efecto relevante, pues ambos tipos de discrecionalidad no pueden ser controlados de forma equivalente, esto por cuanto la Administración dispone con carácter final de la discrecionalidad fuerte por lo que los tribunales no pueden sustituir la decisión tomada en este ámbito por la suya propia; por otra parte en el ejercicio de una discrecionalidad instrumental el ejercicio de la potestad corresponde con carácter final a los tribunales, pues en un Estado de Derecho es a este órgano al que se le entrega la potestad de decidir cuál es la interpretación y aplicación correcta de las normas, esto se debe a la forma en que ambos poderes resuelven las problemáticas que se les plantean, pues la Administración resuelve desde una posición de parte ya que interpreta y aplica las normas con un objetivo: la satisfacción de una necesidad pública; por otro lado los tribunales actúan *supra partes* en total imparcialidad y esta es la razón por la cual en un Estado de Derecho se les entrega la función de interpretar y aplicar el Derecho con carácter final¹⁴.

IV. MANIFESTACIONES DE LA DISCRECIONALIDAD EN EL PROCESO LICITATORIO

Previo a la revisión de las manifestaciones es pertinente determinar que es la licitación. Este mecanismo se encuentra definido en el artículo 7º letra a) de la LBCA como “el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Adminis-

el agujero sea más reducido no suprime la discrecionalidad, sino que tan solo determina que aparezca en menor grado.” DESDENTADO DAROCA, Eva, *op. cit.*, p. 51.

¹⁴ *Ibidem*, p. 80.

tracción realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.”

Tiene como característica esencial que, como procedimiento, tiene un objetivo: dar con la “oferta más conveniente”, idea que es recogida por el TCP¹⁵ en los siguientes términos: “la licitación pública constituye un procedimiento, en que se desarrollan una serie o sucesión de actos, tanto de la entidad licitante, como de los oferentes que tienen como propósito, concluir en un acto terminal y en consecuencia, todas estas actuaciones, responden a un orden preestablecido, publicación de las bases de licitación, recepción de las ofertas, apertura de las ofertas, evaluación de éstas, hasta la dictación del acto terminal que es la adjudicación o declaración de deserción, conforme a la lógica del procedimiento y que se debe ejecutar dentro de tiempos predeterminados”.

Determinados los conceptos de discrecionalidad y licitación, así como sus alcances, el estudio aborda las decisiones que son adoptadas por la Administración en el proceso de contratación administrativa y en específico, en el procedimiento licitatorio desde el diseño del proceso de licitación hasta su conclusión, ya sea al declararlo como desierto, o bien al adjudicar y consiguientemente desestimar ofertas restantes, para determinar si las decisiones pueden ser subsumidas en el concepto de discrecionalidad y los efectos de esta calificación.

A) DISCRECIONALIDAD PARA OPTAR POR LA CONTRATACIÓN O NO

El objetivo de la Administración pública de satisfacer el interés general, puede conseguirse no solo mediante actos administrativos (actuaciones típicamente unilaterales) sino que también mediante

¹⁵ STCP “Clínica Colonial S.A. con Fondo Nacional de salud (FONASA)” de 21 de agosto de 2014, rol 116-2013.

la colaboración con particulares dando origen a la contratación administrativa.

En atención a que la Administración puede celebrar, en principio, los contratos, acuerdos, pactos y convenciones que tenga por convenientes para la prosecución del fin específico de interés general al que se debe, y siempre que ellos no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración¹⁶, la primera manifestación de discrecionalidad de la que goza la Administración en el ámbito de la contratación pública está dada por la capacidad que tiene para elegir satisfacer una necesidad pública por la vía de un contrato administrativo, por sobre otras alternativas como puede ser el accionar directo de la Administración.

La forma en que la Administración va a dar cumplimiento a su finalidad cobra relevancia, dado que las necesidades sociales son cada vez más diversas y requieren de una rápida respuesta al estar en constante cambio. Esto ha producido una “retirada” del accionar directo de la Administración, dando paso al desarrollo de mecanismos de gestión innovativos como la contratación, por tanto, se trata de una decisión de la forma más eficiente de satisfacer una necesidad pública que da cuenta de una potestad discrecional que debe ser calificada como fuerte, al ser un ámbito decisional propio con un componente esencialmente político.

B) DISCRECIONALIDAD EN LA ELABORACIÓN DE LAS BASES DE LICITACIÓN

Una importante manifestación de discrecionalidad administrativa se encuentra en la labor de dotar a las bases de licitación de contenido, esto en vista que, si bien la potestad de la Administración se encuentra sujeta al principio de juridicidad, no es eficiente que

¹⁶ MORAGA KLENNER, Claudio, *La actividad formal de la administración del estado*, En PANTOJA BAUZA, Rolando (coord.), *Tratado de Derecho Administrativo*, t. VII, Santiago, Legal Publishing, 2010, p. 287.

el contenido de los contratos públicos esté determinado por vía legislativa, siendo necesario que la Administración incluya modalidades, condiciones, y las cláusulas que considere convenientes para dar con la opción más conveniente para satisfacer una necesidad pública, respetando siempre la juridicidad.

La Administración debe determinar los requisitos que deben cumplir las ofertas para ser aceptadas; determinar las especificaciones del bien y/o servicio que se requiere contratar y que impliquen una idoneidad para la satisfacción de la necesidad pública; las etapas, plazos y modalidades del procedimiento y los plazos de adjudicación y firma del contrato, así como la duración del mismo; determinar los criterios objetivos en base a los cuales se realizará la evaluación de las ofertas y la forma en que se designarán los responsables de evaluar las ofertas.

En la etapa de elaboración de las bases de licitación la Administración actúa con una potestad discrecional fuerte, puesto que el ordenamiento ha entregado un ámbito de elección propio, un núcleo de poder decisonal¹⁷ para determinar la forma idónea de dar con la oferta que satisfaga de mejor forma la necesidad pública.

El rol que verdaderamente está cumpliendo la Administración al determinar el contenido de las bases es el de ponderar pues hay una programación finalística por parte del ordenamiento, lo que implica que a la hora de resolver se deben determinar las cir-

¹⁷ “Ellos nos indicará que el sujeto además de tener que actuar con iniciativa y tener que realizar elecciones o adoptar decisiones conforme a criterios que no figuran en el ordenamiento, tiene atribuido por éste un núcleo de poder decisonal” DESDENTADO DAROCA, Eva, *op. cit.*, p.53.

cunstances que deben concurrir para que un principio preceda a otro¹⁸, generando una norma de precedencia condicionada¹⁹.

Esto lleva a una de las consecuencias de la ponderación cual es la creación de una regla²⁰ así la ponderación tiene una dimensión creativa, siendo por tanto un acto fuente en sentido estricto y supone que quien la ejerce posee un poder decisorio, ya que emite un juicio valorativo del cual se genera una regla, las bases de licitación.

No excluye el ejercicio de una actividad de ponderación el que el ordenamiento haya establecido “*prioridades prima facie*” que determinen la carga de argumentación sobre algunos principios en favor de otros²¹ de modo que no es impedimento para considerarse como un ejercicio de ponderación la elaboración de las bases el que el ordenamiento establezca la necesidad de atender a ciertos principios en la creación de las mismas.

La ponderación crea una regla, que en este caso se trata de las bases de licitación conteniéndose en ellas la preferencia condicionada entre los principios en juego (decisiones políticas), pasando a reglar el procedimiento ya no desde una perspectiva finalística, sino que, al aumentar la densidad programática, se pasa a una re-

¹⁸ Aquí es relevante lo planteado por Arroyo Jiménez “... *no es tanto que los principios, por poseer su enunciado normativo ciertas propiedades estructurales, sean normas que deban ser ponderadas, cuanto que las normas que se ponderan reciben el nombre de principio*”. ARROYO JIMÉNEZ, Luis, *Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo*, Disponible en <http://www.indret.com/pdf/621_es.pdf>, p. 7. [fecha de visita 21 de junio de 2020]

¹⁹ “Hay por tanto un reconocimiento a la administración de una *habilitación para adoptar decisiones a través de la ponderación de los principios que gobiernan la materia de que se trate*” *Ibidem*, p. 28.

²⁰ Esto tiene como corolario que las reglas ya poseen una relación de preferencia condicionada en ellas y son por tanto resultado de un proceso de ponderación. *Ibidem*, p.8.

²¹ *Ibidem*, p. 13. El autor utiliza este tipo de técnica como una forma en que se puede racionalizar la forma en que se toma la decisión ponderativa.

gulación condicionada, lo que implica que la Administración en este punto no deberá actuar ponderando, sino que subsumiendo²² y este ejercicio de subsunción generalmente no da lugar a un ejercicio de ponderación, sin que esto signifique que sean excluyentes, pudiendo por tanto ser necesario ponderar previamente para luego poder subsumir.

C) DECLARAR DESIERTA LA LICITACIÓN

El artículo 9° de la LBCA en la parte final de su inciso primero regula la declaración de una licitación como desierta en los siguientes términos “(...) Declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas, o bien, cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses.” El TCP²³ se refiere a las causales para declarar desierta una licitación “... la declaración de deserción de la propuesta, supone la existencia de dos situaciones, la primera cuando no se presenten ofertas y la segunda, la no conveniencia para los intereses de la entidad licitante. En el primer caso, es una situación aparentemente objetiva, no se presentaron ofertas y en el segundo, si existieron ofertas, pero éstas no cumplieron con las expectativas, planes u objetivos que se tuvieron en vista al efectuarse el llamado a licitación, lo que necesariamente, importa un juicio de valor de las ofertas por parte de la entidad licitante, que siempre debe expresarse fundadamente (...)”. De igual forma el

²² “Un proceso de acercamiento progresivo de los hechos a la norma y de la norma a los hechos hasta que, al decidir, se produce un acoplamiento del relato fáctico relevante a la norma óptimamente preparada o construida para él”. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *Metodología del derecho Administrativo, Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 131.

²³ STCP “Sociedad de Arquitectura Arquiferreira Ltda. con Servicio de Salud Araucanía Sur Regional” de 19 de junio de 2014, rol 180-2012 en el considerando vigésimo.

TCP²⁴ establece los requisitos para hacer aplicable las causales del artículo noveno de la LBCA la que “(...) implica el cumplimiento de dos elementos copulativos, el primero referido a necesidad de expresar en la propia resolución las razones en que se apoya la decisión y el segundo, referido a la necesidad de que las razones que se señalan en la resolución, sean eficaces para arribar a la decisión adoptada.” En este caso hay una exigencia de fundamentación en vista que en un proceso de compra pública hay diversos intereses en juego, así como es necesario que las decisiones que adopte la Administración estén correctamente fundadas²⁵.

Para un correcto análisis de la institución es relevante analizar las causales por separado.

Situación en que no se presentan ofertas

El TCP ha establecido que el alcance de esta causal no solo se refiere a la situación en que no se haya presentado ninguna oferta al proceso, sino que también al caso en que todas aquellas que se presentaron fueron declaradas como inadmisibles²⁶.

²⁴ STCP “Constructora Soto y Briceño Ltda. Con Dirección de bienestar de la Armada” de 22 de noviembre de 2013, rol 15-2012.

²⁵ La exigencia de fundamentación de la decisión de declarar la licitación como desierta la recoge el tribunal en la STCP “Universidad Metropolitana de Ciencias de la educación (UMCE) con Gobierno Regional de Los Lagos” de 8 de julio de 2014, rol 195-2012 en su considerando décimo cuarto.

²⁶ “*la expresión que emplea el artículo 9, “declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas”, debe ser interpretada en relación con las normas contenidas en los artículos 7 y 10 de la misma Ley N°19.886, referidos en el considerando décimo octavo precedente, no sólo como la inexistencia de oferentes y consecuentemente de ofertas en el procedimiento licitatorio, sino también, con la no existencia de ofertas declaradas admisibles y en consecuencia, en condiciones de ser evaluadas y en definitiva ser aptas para ser adjudicadas.*” (STCP “Sociedad de Arquitectura Arquiferreira Ltda. con Servicio de Salud Araucanía Sur Regional” de 19 de junio de 2014, rol 180-2012, considerando vigésimo tercero).

La potestad para declarar desierta la licitación por esta causa está reglada en vista de que la operación que debe hacer la Administración consiste simplemente en verificar que no se ha presentado ofertas al llamado, sin que se genere un ámbito de decisión discrecional para esta.

La otra situación que regula el artículo 9º de la LBCA

Se refiere al caso de que “no resulten convenientes a sus intereses” la que, a diferencia de la situación anterior, otorga un ámbito de discrecionalidad a la Administración, puesto que deberá calificar en base al criterio de conveniencia el supuesto de hecho²⁷.

Esta decisión que debe tomar la Administración no presenta una densidad normativa tal que permita desembocar en una respuesta unívoca dada por el sistema, sino que, corresponde a la propia Administración definir si, es oportuno y, sobre todo, conveniente no continuar con el proceso licitatorio dado que no será adecuado para satisfacer la necesidad pública, por lo que la Administración acciona discrecionalmente realizando elecciones como algo necesario para el ejercicio de su potestad, pero sin disponer de un ámbito de decisión propio, sino que el ámbito de maniobra surge como consecuencia de las vaguedades o imperfecciones del supuesto que lo habilita para actuar. En todo caso el que la decisión sea adoptada en un ámbito de discrecionalidad no implica,

Un ejemplo de este caso lo encontramos en STCP “Reich de Comercio Exterior Limitada con Servicio de Salud Metropolitano Central” de 8 de octubre de 2014, rol 16-2013.

²⁷ Un ejemplo de esta causal se encuentra en STCP Loma Verde Ingeniería y Construcción Limitada con I. Municipalidad de Huasco de 30 de junio de 2016, rol 262-2015, que en su considerando 23 trata sobre la ponderación de oportunidad y conveniencia que debe realizar la Administración al declarar la licitación como desierta cuando no es conveniente a sus intereses.

como ya hemos revisado, que esta no deba contar con la fundamentación adecuada, la que es controlable por parte del TCP²⁸.

D) EVALUACIÓN

Una manifestación relevante de discrecionalidad en la contratación pública es aquella que se da en la atribución de puntaje en la

²⁸ Ejemplos de control de la decisión por parte del tribunal se pueden encontrar en:

STCP Medical International Laboratorios Corporation S.A. con Central de Abastecimiento del Sistema nacional del Servicio de Salud (CENABAST)” de 15 de diciembre de 2015, rol 22-2014 El voto de mayoría considera que la justificación la decisión de la Administración es acorde al artículo noveno de la ley 19.886 por cuanto señala que “*no es conveniente a los intereses del S.N.S.S. toda vez que el precio unitario de la mejor oferta es un 2,91% más caro que el precio ponderado en el Mercado Público*”, lo que es acorde con lo señalado en las bases que establecen que se podrán desestimar las ofertas y declara el proceso desierto cuando la ofertas no sean conveniente para el Servicio de Salud. Lo interesante es la existencia de un voto disidente que está reconocer a demandante el derecho a accionar por indemnización de perjuicios ante tribunal competente, esto en cuanto dicha resolución debió ser fundada conforme lo exige el artículo 9 de la ley 19.886, en circunstancias que lo que realizó la demandante al señalar que el precio era más alto que el del ponderado, no corresponde a una fundamentación, sino que solo está motivando la decisión.

STCP “Constructora Sur y Cía. Con I. Municipalidad de Chiguayante” de 29 de mayo de 2015, rol 164-2013 El fundamento fáctico para declarar desierta la licitación no es tal, por lo que el decreto que así lo califica debe ser declarado como ilegal y arbitrario.

STCP “Sociedad “Pincu y Gutiérrez Limitada” con Instituto de Salud Pública” de 26 de febrero de 2015, rol 20-2014 se sostiene que la causal invocada por la demandada basada en el artículo 9 carece de sustento, por lo que debe ser declarada como ilegal. En la misma línea no surge ninguna causal objetiva que permita declarar desierta la demanda en base a que la oferta presentada no sea conveniente a los intereses del ISP.

evaluación, la que podrá ser más o menos discrecional en base a la mayor o menor especificidad en la elaboración de los criterios de evaluación, componente que determina la densidad normativa que debe atenderse en la toma de decisión. En esta materia, es relevante el artículo 37 LBCA que en su parte pertinente establece “La evaluación de las ofertas se efectuará a través de un análisis económico y técnico de los beneficios y los costos presentes y futuros del bien y servicio ofrecido en cada una de las ofertas. Para efectos del anterior análisis, la Entidad Licitante deberá remitirse a los criterios de evaluación definidos en las Bases [...] La Entidad Licitante asignará puntajes de acuerdo a los criterios que se establecen en las respectivas Bases.”

En este punto la calificación de un hecho para atribuirle el puntaje correspondiente es manifestación de una labor de decisión discrecional, al poseer la Administración un margen de apreciación en atención a que el supuesto normativo no permite una aplicación mecánica, debiendo aplicarse un proceso de acercamiento de los criterios de las bases a la realidad, siendo necesaria una operación de discernimiento, para fijar subcriterios. En este caso es evidente que la elaboración de las bases genera reglas que determinan una mayor programación normativa fijando criterios y subcriterios de evaluación, pero sin que esto agote el ámbito que propiamente le corresponde a la Administración para calificar, por lo que en este ámbito la Administración no tiene discrecionalidad, sino que actúa con discrecionalidad para, a través de la licitación, dar con la oferta más conveniente y satisfacer la necesidad pública.

E) DESESTIMAR UNA OFERTA²⁹/ ADJUDICAR OFERTA

Se analizan conjuntamente la adjudicación de una oferta y la desestimación de las restantes, puesto que comprenden las dos caras de un mismo fenómeno.

Luego de que las ofertas sortean las distintas etapas del procedimiento y se someten a evaluación, la Administración cuenta con la información necesaria para determinar cuál de las ofertas válidamente presentadas al procedimiento es aquella que reúne la mejor combinación entre costos y beneficios y es por tanto la más conveniente para dar satisfacción a la necesidad pública.

Si bien las bases actúan como una importante limitación a la discrecionalidad impuesta por la propia Administración, al establecer una serie de criterios que debe observar para dar con la oferta que satisface de mejor manera la necesidad pública y el desarrollo mismo del procedimiento aumenta la densidad programática, reduciendo el ámbito de elección, en la decisión adjudicatoria se puede reconocer un núcleo de discrecionalidad irreductible.

Esto, puesto que la elaboración de las bases trata de concreta los requisitos de elección, pero sin poder acabar con el ámbito propio de elección e incluso con el avance del procedimiento licitatorio, y luego del proceso de evaluación el resultado es una calificación de las diversas ofertas sin que esto derive unívocamente en una adjudicación.

Así y dada la inexistencia de potestades completamente discrecionales, corresponde a la Administración la adopción de una decisión adjudicataria actuando discrecionalmente, pero con una discrecionalidad instrumental, derivado precisamente del aumento de la densidad programática que determinan las bases de licitación y las decisiones previamente adoptadas en el procedimiento licitatorio, por lo que no posee un ámbito de elección propio, sino que en el ejercicio de la potestad se hace necesario un cierto juicio

²⁹ La oferta desestimada es aquella que es admisible, pero no resulta adjudicada.

o elección que va más allá de la mecánica aplicación del resultado de la atribución de puntaje en la evaluación.

El que se actúe con discrecionalidad instrumental tiene como efecto una capacidad de control por parte del juez mucho más acabado, dado que tiene parámetros que le permiten reconstruir un *iter decisonal*, pudiendo por tanto reconstruir la forma en que se evaluaron las ofertas, pero es decidior el que el propio tribunal no tenga la capacidad de adjudicar la oferta³⁰.

V. CONCLUSIONES

La discrecionalidad administrativa es un fenómeno complejo esencial para el correcto desempeño de la función pública de la Administración, su complejidad tiene como una de sus manifestaciones la existencia de grados, por lo que las decisiones con densidad programática cuantitativamente diferente pueden ser calificadas como manifestaciones de este fenómeno.

En específico este estudio permitió determinar que decisiones tomadas en el *iter* del proceso licitatorio deben ser calificadas como manifestaciones de decisiones discrecionales, pero de distinto tipo pues quedó demostrado que el ámbito de discrecionalidad en las etapas tempranas del procedimiento es más amplio y de un tipo cuantitativamente distinto de las potestades discrecionales en las etapas finales.

En las etapas iniciales, correspondientes a la decisión misma de acudir a la contratación pública, y por consiguiente a un mecanismo de selección como la licitación pública y en la elaboración de las bases de licitación, hay discrecionalidad fuerte al serle otorgada por el ordenamiento un ámbito de elección intrín-

³⁰ A modo de ejemplo STCP “Constructora CASAA Limitada con I. Municipalidad de Villa Alegre” de 12 de junio de 2015, rol 288-2013; STCP “Sociedad Constructora C.G.S. con I. Municipalidad de Villa Alemana” de 3 de febrero de 2015, rol 122-2013.

secamente política entre medios para obtener la satisfacción de la necesidad pública.

Esta potestad, más allá del ámbito de elección que implica, es una habilitación para la concreción del Derecho a través de un ejercicio de ponderación el que tiene como consecuencia la creación de una regla, lo que genera que el tipo de discrecionalidad con que actúa la Administración en el resto del procedimiento deba ser calificado como instrumental.

Así en las decisiones relativas a la declaración de deserción del procedimiento por “no resultar las ofertas convenientes a sus intereses”, en la evaluación y al adjudicar / desestimar ofertas, la Administración actúa con discrecionalidad instrumental, al poseer un margen de apreciación debido a la necesidad de una operación de discernimiento para hacer operativo el supuesto normativo contenido en las bases, debiendo fijar subcriterios que atiendan al criterio más amplio en base a argumentos de valoración.

Este ámbito de discrecionalidad instrumental de la Administración surge como consecuencia de las vaguedades o imperfecciones del supuesto que lo habilita para actuar lo que deriva en que, incluso en la etapa de adjudicación se encuentre un ámbito de decisión irreductiblemente discrecional en los términos de la definición establecida.

De esta forma el punto de inflexión en la clasificación de la potestad con que actúa la Administración viene dada por la elaboración de las bases, puesto que una vez definidos los criterios para la oferta más conveniente aumenta la densidad programática, provocando que la Administración ya no goce de un ámbito amplio de decisión, sino que se vea limitado su campo de acción debiendo solo completar el supuesto de hecho de la norma habilitante y atribuir las consiguientes consecuencias jurídicas.

Calificar de esta forma el accionar discrecional de la Administración en este ámbito tiene una consecuencia relevante para el control, puesto que la discrecionalidad instrumental es revisable por los tribunales ya que la interpretación y concreción de estos conceptos esta entregada en último término a éstos.

