



## Discrecionalidad y ponderación en la creación y uso de parámetros de adjudicación en el proceso licitatorio

### Discretionality and weighting in the creation and use of the award parameter in the bidding process

Felipe Arriagada Zeta<sup>1</sup>  <https://orcid.org/0000-0001-6579-9835>

<sup>1</sup> Faz Abogados, Quintero, Chile.

 fazabogados@gmail.com



#### Resumen:

Se aborda la relación de las bases de licitación como decisiones y los ámbitos de discrecionalidad que posee la Administración, a través de una revisión del proceso decisional implicado en la creación y uso de parámetros de adjudicación en el procedimiento licitatorio. Se elabora un concepto de discrecionalidad comprensivo de todos sus elementos, para luego abordar las manifestaciones de discrecionalidad en la elaboración y posterior aplicación de las bases de licitación, estudiando el proceso decisional y determinando que las bases tienen un doble carácter en relación a la discrecionalidad. Por un lado, son manifestación de discrecionalidad fuerte al ponderarse principios para crear la regla que implican las bases de licitación; y por otro, son una limitación a la discrecionalidad, por cuanto aumentan la densidad programática y determinan que la Administración actúe con discrecionalidad instrumental al aplicar las bases

**Palabras clave:** contratación pública; bases de licitación; discrecionalidad jurídica.

#### Abstract:

The relationship of the bidding bases as decisions and the areas of discretion that the Administration possesses is addressed, through a review of the decision-making process involved in the creation and use of award parameters in the bidding procedure. A comprehensive concept of discretion is elaborated of all its elements, to then address the manifestations of administrative discretion in the preparation and subsequent application of the bidding conditions, thus studying the decision-making process and determining that the bases have a double character in relation to administrative discretion. On the one hand, they are a manifestation of strong administrative discretion when considering principles to create the rule that the bidding implies; and on the other hand, they are a limitation to administrative discretion, since they increase the programmatic density and determines that the Administration acts with instrumental administrative discretion when applying the bidding rules.

**Keywords:** public procurement; bidding rules; legal discretion

Fecha de recepción: 04 de junio de 2020 | Fecha de aceptación: 07 de mayo de 2021

## Introducción

La discrecionalidad es esencial para el correcto funcionamiento de la Administración, pues esta no podría cumplir su fin de servir al interés general si su accionar estuviese completamente predeterminado por la ley, siendo necesaria la posibilidad de considerar y valorar criterios extrajurídicos en la toma de decisiones.

Tradicionalmente la doctrina se ha enfocado en analizar la forma de controlar las decisiones adoptadas por la Administración en ámbitos de discrecionalidad, pero el Derecho puede mucho más que accionar *a posteriori* solo controlando, pues debe actuar como una guía para que el poder legítimamente entregado a la Administración sea utilizado correctamente en pro del servicio público, y para esto es importante interiorizarse en el proceso de toma de decisión.

Una herramienta esencial de la que se vale el Derecho es el procedimiento administrativo, puesto que este tiene la capacidad de encauzar el poder de la Administración hacia las mejores decisiones sin coartar los ámbitos de discrecionalidad que precisamente están creados para optimizar el resultado.

Específicamente, la decisión relativa a la selección y adjudicación conducente a la celebración de un contrato público, que es objeto de este estudio, por ser de una naturaleza compleja se sujeta a un procedimiento: la licitación, que se manifiesta en diversos actos administrativos unilaterales por parte de la Administración durante la etapa precontractual para dar con la oferta más conveniente. En este punto el procedimiento no es solo una formalidad, sino que implica una exigencia de actuar conforme a criterios de eficiencia, eficacia y transparencia.

La licitación se encuentra definida en la Ley N° 19.886 (LBCA, 2003) como "...el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración 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" (art. 7, a).

Para el ámbito de la contratación pública, se establece la licitación pública como el medio principal para la formación de la voluntad. Así lo establece el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 (2001), que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.757: "Los contratos administrativos se celebran previa propuesta pública, en conformidad a la ley" (art. 9, inc. 1). Esta idea es reforzada por la LBCA (2003) que la establece como regla general (en

estricto rigor, es supletoria del convenio marco; véase Decreto N° 250 [RLBCA], 2004, art 8, inc.1, pero este de todas maneras es previamente licitado por la Administración; LBCA, 2004, art. 30, d)

Este estudio se enfoca en el proceso decisonal relativo al establecimiento y al uso de parámetros de adjudicación en el procedimiento de contratación pública, pues cabe la pregunta respecto a la relación entre las bases de licitación, como decisiones, y los ámbitos de discrecionalidad que posee la Administración. Para lograr una respuesta a esta interrogante, primero se aclara la idea de discrecionalidad, para luego revisar como esta se manifiesta y relaciona con las bases de licitación.

## **1. Discrecionalidad administrativa**

En atención a la frecuencia con que el concepto de discrecionalidad se presta para equívocos, y dada su importancia para la finalidad de este trabajo, lo primero es abordar el concepto de discrecionalidad y el alcance de los elementos de la definición.

La discrecionalidad como concepto básico, es una forma de operar por parte de la Administración caracterizada por tres elementos: en primer lugar, supone la toma de decisiones dentro un margen de elección dejado por el ordenamiento; en segundo, la elección debe estar fundada en elementos valorativos, los que pueden ser discutidos por un sujeto racional; y finalmente, el tercer elemento es que los fundamentos de la decisión son criterios valorativos extrajurídicos (Desdentado Daroca, 1999, p. 70).

Así, se puede conceptualizar a la discrecionalidad 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 obligada a dar cuenta de su funcionalidad al fin y conformidad con la ley. A continuación, se analiza cada uno de los elementos de la definición.

### **1.1. Potestad conferida por el ordenamiento que otorga a la Administración un ámbito de elección**

Se debe 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, existiendo distintos grados de regulación, siendo las potestades discrecionales precisamente aquellas en que se determina una menor presencia

normativa. Incluso en estos casos, se hallan a lo menos cuatro elementos reglados (García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2015, p. 494.; en el mismo sentido de establecer que no hay potestades cien por ciento discrecionales: Weil, 1994, p. 142). 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 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 otorgada por el ordenamiento jurídico teniendo un objetivo específico establecido precisamente por esa norma, y considerando también la finalidad pública que implica.

Siguiendo la explicación de Dworkin (1989, p. 84), respecto a la discrecionalidad se puede decir que es como el agujero en una rosquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea. Se trata pues de un concepto relativo, que depende de cierta norma de autoridad que ordena la toma de la decisión. Así, la discrecionalidad no sería un elemento externo al ordenamiento jurídico sino que sería el propio ordenamiento el que concede el ámbito de decisión a la Administración (Rojas Calderón, 2014, p. 59), 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.

## **1.2. 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 por tanto atender elementos de valoración extrajurídicos de oportunidad y conveniencia cuya justificación va más allá de la habilitación por parte del sistema de normas. En todo caso, debe cumplir con un estándar de racionalidad que permita sustentar la decisión en argumentos de valor, peso y ponderación frente a otros sujetos que podrán válidamente diferir en la decisión, pero no podrían 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 satisfacción de un interés que no es configurado libremente por la Administración,

sino que está determinado por el ordenamiento jurídico: la satisfacción del interés general (Desdentado Daroca, 1999, p. 61).

### **1.3. Completar un supuesto de hecho incompleto a través de indiferente 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 habilitante (Bacigalupo Saggese, 1997, p. 181), 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 habilitante. 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 Maurer (2011, p. 167) quien reconoce que la discrecionalidad opera cuando la ley no anuda al supuesto de hecho una consecuencia jurídica (en el mismo sentido Fernández Rodríguez, 2002, p. 253). El problema de considerar que la discrecionalidad consiste en 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 a la obligación constitucional de actuar *conforme a criterios*, la cual se deriva del principio de igualdad y el de interdicción de la arbitrariedad (Bacigalupo Saggese 1997, p. 192).

Así, la aplicación de una norma que habilita a la Administración para adoptar una decisión discrecional opera en dos etapas sucesivas: una primera, en que discrecionalmente se perfecciona o completa el supuesto de hecho de la norma habilitante (lo que es una tarea materialmente normativa pues consiste 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 (Bacigalupo Saggese, 1997, p. 187), esto es, ante la concurrencia de un supuesto de hecho se otorga una consecuencia jurídica automáticamente. Concordamos con Montt Oyarzún (2010), quien afirma lo siguiente: "...que la discrecionalidad no sea reductible a la legalidad, no significa que el Derecho Administrativo deba abandonar su vocación domesticadora del

Discrecionalidad y ponderación en la creación y uso de parámetros de adjudicación en el proceso...

poder [...] el Derecho debe seguir preocupado por desterrar el capricho y la arbitrariedad en el ejercicio del poder" (párr. 27).

#### **1.4. 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 objetivamente (Fernández Rodríguez, 2002, p. 87).

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 Estado de Derecho. 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 se esclarece la forma en que se pretende dar satisfacción al interés público.

Por su parte, la exigencia de justificación objetiva se funda en el hecho de que la discrecionalidad es un *modus operandi*, por lo que debe justificar su utilidad a la finalidad buscada. En el ámbito de la discrecionalidad cobra importancia conocer la forma en que se constituye "la voluntad" (decisión) administrativa, debiendo expresarse claramente el proceso lógico seguido. De manera que no se puede establecer *a priori* cuál es el punto hasta donde debe llegar la justificación de la decisión (Fernández Rodríguez, 2002, p. 90), pero se entiende que a mayor libertad de elección, mayor es la exigencia de fundamentación que pesa sobre la Administración.

## **2. Tipos de discrecionalidad**

Abordado un concepto de discrecionalidad, comprensivo de sus elementos esenciales, queda en evidencia que se trata de una institución compleja, la que admite distintos tipos o especies que son de gran utilidad para comprender la institución en toda su dimensión. Para los fines de este estudio, se acude a la distinción entre discrecionalidad fuerte e instrumental (Desdentado Daroca, 1997, p. 23; esta clasificación es elaborada en base a la distinción de Dworkin, 1909, p. 93, entre discrecionalidad fuerte y los dos tipos de discrecionalidad débil). Esta distinción 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 potestad es discrecional

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

La distinción es útil para detectar las manifestaciones de esta 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.

Corresponde a los casos en que la Administración adopta decisiones de la forma más conveniente para la satisfacción del interés público, y 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.

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. Más bien, 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 discrecional (Desdentado Daroca, 1999, p. 51), por lo que la diferencia entre estas dos clases no es cualitativa, sino cuantitativa. De modo que, entre discrecionalidad fuerte e instrumental, puede haber un ámbito mayor o menor de discrecionalidad, pero esencialmente son dos manifestaciones del mismo fenómeno.

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 situaciones que

Discrecionalidad y ponderación en la creación y uso de parámetros de adjudicación en el proceso...

se plantean ante ellos, puesto que la Administración resuelve desde una posición de parte ya que interpreta y aplica las normas con la finalidad de lograr la satisfacción de una finalidad pública; por otro lado, los Tribunales actúan *supra partes* con total imparcialidad y este es el motivo por el que en un Estado de Derecho se entrega a los tribunales la función de interpretar y aplicar el Derecho con carácter final (Desdentado Daroca, 1999, p. 80).

De este análisis de la discrecionalidad se desprende que no se trata de decisiones ajenas al ordenamiento y que se encuentran sujetas a control por parte de los tribunales, por lo que se debe abandonar la idea tradicional de combatir la discrecionalidad, considerando como ámbitos reglados las decisiones tomadas en ámbitos discrecionales con el fin de sujetarlas a control judicial, pues atenta contra la propia naturaleza de las potestades de la Administración.

### 3. Las bases de licitación

Luego de haber abordado el concepto de discrecionalidad y atender a una de las clasificaciones de esta, es momento de revisar el concepto de bases de licitación para luego poder abordar cómo se manifiesta la discrecionalidad.

Las bases contienen los requisitos a los que se sujetarán los oferentes en el procedimiento de selección, por lo que estas cumplen un rol central, al punto de sostenerse que "son ley para el proceso licitatorio". El RLBCA (2004, art. 2, no. 3) define bases de licitación como "Documentos aprobados por la autoridad competente que contienen el conjunto de requisitos, condiciones y especificaciones, establecidos por la Entidad Licitante, que describen los bienes y servicios a contratar y regulan el Proceso de Compras y el contrato definitivo. Incluyen las Bases Administrativas y Bases Técnicas"<sup>1</sup>.

Las bases de licitación son una excelente garantía para el particular, dado que se concreta la idea de oportunidad y mérito que la Administración tiene al momento de buscar un

---

<sup>1</sup> Las bases de licitación se componen de dos partes. Las bases administrativas son definidas en el RLBCA (2004) como: "Documentos aprobados por la autoridad competente que contienen, de manera general y/o particular, las etapas, plazos, mecanismos de consulta y/o aclaraciones, criterios de evaluación, mecanismos de adjudicación, modalidades de evaluación, cláusulas del contrato definitivo, y demás aspectos administrativos del Proceso de Compras" (arts. 2, no. 4). Es decir, mediante esta sección se regula el procedimiento de selección de la oferta más conveniente. Por su parte, las bases técnicas son definidas en el RLBCA (2004) como: "Documentos aprobados por la autoridad competente que contienen de manera general y/o particular las especificaciones, descripciones, requisitos y demás características del bien o servicio a contratar" (art. 2, no. 5). Esta sección de los pliegos establece los estándares (técnicos, de calidad, etc.) exigibles para que la oferta sea adjudicada.

co-contratante para satisfacer una necesidad pública. Así lo ha entendido el Tribunal de Contratación Pública en la Sentencia *Gonzalo Mercadal y Compañía Limitada con I. Municipalidad de Casablanca* (2013), que establece que

...el acto administrativo de la Adjudicación de una licitación pública, [...] debe ser fundado, esto es, deberán explicitarse en el mismo, las razones, antecedentes y fundamentos de hecho y de derecho que le sirvieron de sustento para adoptar la decisión y más aún, de acuerdo con las señaladas normas legales y reglamentarias, deberán especificarse los criterios de evaluación definidos en las bases de la licitación que permitieron que la oferta del adjudicatario fuere calificada como la más conveniente (cons. 16).

Lo que viene a satisfacer el principio de transparencia, además de asegurar la legítima igualdad en el proceso competitivo para contratar con el Estado. A su vez se establece un estándar más alto de razonabilidad en la opción adoptada por la Administración, en vista que deberá incluir en la justificación de su elección un razonamiento que contemple las bases de licitación.

#### **4. Relación entre las potestades discrecionales y las bases de licitación**

Bajo el entendido que la Administración opera con potestades discrecionales para optar entre diversos medios para alcanzar el fin de satisfacer una necesidad pública, es pertinente dilucidar cómo se presenta esta discrecionalidad en el establecimiento de parámetros de adjudicación en el procedimiento licitatorio. En esta labor nos será de gran utilidad la distinción entre discrecionalidad fuerte y discrecionalidad instrumental, puesto que las manifestaciones de discrecionalidad a lo largo del procedimiento licitatorio van variando en la medida que la Administración aumenta la densidad programática con que se adopta la decisión.

Una importante manifestación de discrecionalidad administrativa se encuentra en la labor de dotar a las bases de licitación de contenido, por cuanto: a) son manifestación de una potestad otorgada por el ordenamiento, b) se completa un supuesto de hecho incompleto en la norma "combinación más ventajosa" entre los costos y los beneficios, c) aquel se completa a través de criterios valorativos de oportunidad y conveniencia, cómo contratar, bajo qué condiciones y qué debe cumplir el bien o servicio para entender que es eficaz para satisfacer la necesidad pública, y, d) este proceso de elección está sujeto al ordenamiento y en especial a los principios de este, por lo que no puede en ningún caso tolerarse la arbitrariedad.

Así, si bien la potestad de la Administración se encuentra sujeta al principio de juridicidad, no es eficiente que 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 a fin de satisfacer una necesidad pública, respetando siempre la juridicidad.

Una manifestación clara de las bases de licitación como fruto de una decisión discrecional se encuentra en la institución del diálogo competitivo, institución que en el ordenamiento chileno cuenta con una manifestación en el artículo 6 bis de la Ley N° 20.410, que modifica la ley de concesiones de obras públicas (véase Moraga Klenner, 2010, p. 391). Esta opera en casos de contratación compleja, como una consulta a los actores relevantes del mercado, cuando la Administración debe satisfacer una necesidad pública pero se desconoce el cómo (criterios de oportunidad y conveniencia) obtener la solución más ventajosa. Esta institución demuestra que en la elaboración de las bases se utilizan criterios de oportunidad y conveniencia por parte de la Administración para completar el supuesto de hecho de las normas, que fija una finalidad, pero no los criterios que deben ser contemplados para efectivamente alcanzar la mejor solución.

Se podría pensar que la densidad normativa aumenta al considerar el art. 22 del RLBCA (2004), que establece el contenido mínimo que debe tener toda base, disminuyendo el ámbito discrecional. Pero una revisión de los criterios que este artículo establece permite determinar que deja un ámbito considerable a los criterios de oportunidad, propios de la Administración. Para analizar esta situación a continuación se revisan algunos de los contenidos mínimos que deben tener las bases de licitación, de acuerdo al artículo 22 del RLBCA (2004):

*1) Los requisitos y condiciones que deben cumplir los Oferentes para que sus ofertas sean aceptadas.*

Implica que la Administración debe determinar en abstracto las condiciones que impliquen una idoneidad para contratar en vista de que haya garantía de satisfacción de la necesidad.

*2) Las especificaciones de los bienes y/o servicios que se quieren contratar, las cuales deberán ser genéricas, sin hacer referencia a marcas específicas.*

*3) Las etapas y plazos de la licitación, los plazos y modalidades de aclaración de las bases, la entrega y la apertura de las ofertas, la evaluación de las ofertas, la adjudicación y la firma del Contrato de Suministro y Servicio respectivo y el plazo de duración de dicho contrato.*

Se debe determinar qué es aquello que satisface la necesidad que faculta a la Administración a actuar, y la determinación de las etapas del proceso que permita alcanzar la mejor opción obedece a criterios de oportunidad y conveniencia.

*7) Los criterios objetivos que serán considerados para decidir la adjudicación, atendido la naturaleza de los bienes y servicios que se licitan, la idoneidad y calificación de los Oferentes y cualquier otro antecedente que sea relevante para efectos de la Adjudicación.*

*En el caso de la prestación de servicios habituales, que deban proveerse a través de licitaciones o contrataciones periódicas, deberá siempre considerarse el criterio relativo a las mejores condiciones de empleo y remuneraciones.*

Es decir, la Administración debe elegir aquellos factores que a la hora de evaluar una oferta permitan seleccionar aquella que sea la más conveniente, debiendo jerarquizar los criterios para asignar puntaje.

*8) En las licitaciones menores a 1000 UTM y superiores a 100, definir si se requerirá la suscripción de contrato o si éste se formalizará mediante la emisión de la orden de compra por el comprador y aceptación por parte del proveedor, de conformidad con lo establecido en el artículo 63 del presente reglamento.*

Esto implica un análisis de conveniencia, en vista de qué es lo más eficiente para la satisfacción de la necesidad pública.

*10) La forma de designación de las comisiones evaluadoras, que se constituirán de conformidad con lo establecido en el artículo 37 de este reglamento.*

La forma en que estará conformada y quienes la conformarán debe ser determinada por la Administración. La ley establece algunos requisitos (elemento reglado en este caso), como son que debe ser de a lo menos tres integrantes, que los miembros que no son funcionarios públicos deben ser de un número menor a aquellos que sí lo son, debiendo fundarse su incorporación (que generalmente se deberá a la especificidad de la contratación).

Pero, a su vez, las bases de licitación son limitaciones a la discrecionalidad de la Administración a la hora de contratar, en cuanto al iniciarse el procedimiento licitatorio preconfiguran aquello que debe ser considerado como "la oferta más conveniente" de modo que ésta, al tomar la decisión de adjudicar a un oferente, no puede obviar los propios parámetros tanto de procedimiento como de calidad/técnicos que ha establecido. La jurisprudencia ha establecido, además, que la justificación no es meramente formal sino que debe ser razona-

Discrecionalidad y ponderación en la creación y uso de parámetros de adjudicación en el proceso...

da dando cuenta de la ponderación de los parámetros. Así lo ha determinado el Tribunal de Contratación Pública en la sentencia *Santillana del Pacífico S.A Ediciones con I. Municipalidad de Vallenar* (2016). En este caso, durante el análisis de la fundamentación del acto adjudicatario, se determinó que el decreto de adjudicación se limita a señalar como fundamentación el proceso de evaluación, pero no se puede determinar de su análisis cuáles fueron las razones para determinar que se tratara de la oferta más conveniente. En un sentido similar, en la sentencia *Banco del Estado de Chile con I. Municipalidad de Quillón* (2016) se resolvió que el concejo municipal no puede rechazar sin mayor argumentación la propuesta de adjudicación realizada por la comisión de evaluación, ya que esto vulnera el sistema de contratación pública. Y también en sentencia *Atos IT Solutions and Services S.A. con Servicios de Salud del Libertador General Bernardo O'Higgins* (2014), caso en que no se fundamenta la forma en que se determinó el monto de la oferta económica de la adjudicataria, puesto que los estándares que hay fijados le son obligatorios en vista del principio de estricta sujeción a las bases y, en caso de vulnerarlo, su decisión debe ser anulada; lo que acarrea que no sea efectiva para el cumplimiento de la finalidad de satisfacción de una necesidad pública.

Las bases elaboradas por la propia Administración, como limitación a la decisión discrecional, son una excelente garantía para el particular dado que se concreta la idea de oportunidad y mérito que la Administración tiene al momento de buscar un co-contratante para satisfacer una necesidad pública. Esto viene satisfacer el principio de transparencia, además de asegurar la legítima igualdad en el proceso competitivo para contratar con el Estado, así como también se establece un estándar más alto de razonabilidad en la opción adoptada por la Administración en vista de que deberá incluir en la justificación de su elección un razonamiento que contemple las bases de licitación.

Este análisis de la manifestación de discrecionalidad en el procedimiento licitatorio a propósito de las bases de licitación, es relevante, atendiendo al nivel en que se ha llevado tradicionalmente la discusión en esta materia. Es decir, desde la perspectiva de cómo controlar la discrecionalidad, pero más allá de ello, cabe analizar el proceso decisional que se plasma en las bases y cómo éste se relaciona con las potestades discrecionales que posee la Administración en el ámbito de la contratación pública.

## **5. Lógica del proceso decisional y discrecionalidad**

El Derecho y en específico el Derecho Administrativo no solo está compuesto por reglas con una programación condicional, con una mecánica de subsunción, sino que también dirige la

actividad administrativa a través de principios. Éstos, por su naturaleza, contienen una exigencia de mayor desarrollo “en la medida de lo posible”, a través de una programación finalística o teleológica que implica juicios ponderativos en el desarrollo ordinario de la actividad administrativa. Según Rodríguez de Santiago (2016), hay que distinguir la forma en que se dirige la actividad administrativa y, así, podemos distinguir *programas condicionales*, que se traducen en la subsunción como la forma de accionar que debe seguir la Administración; y *programas finales o teleológicos*, que se traducen en mandatos de optimización que implican que el accionar de la Administración se dará en la ponderación.

En la actividad programada condicionalmente, el “órgano administrativo decide mediante la subsunción del relato fáctico fijado bajo el supuesto de hecho de la regla (programa condicional) aplicable y la subsiguiente atribución al caso de la consecuencia jurídica allí prevista” (Rodríguez de Santiago, 2016, p. 129). Esto es independiente de que la potestad sea reglada o discrecional.

Bajo este paradigma del Derecho administrativo, lo relevante es cómo se están adoptando las decisiones, por lo que la discrecionalidad debe ser comprendida no solo como una elección en un ámbito entregado por el ordenamiento, sino como una habilitación para la concreción de Derecho (Arroyo Jiménez, 2009, p. 27). En consecuencia, la discrecionalidad que se entrega a la Administración en el ámbito de la contratación pública es una habilitación para que sea ésta la que realice un ejercicio de ponderación de los principios en juego (los principios son mandatos de optimización, es decir, algo que debe ser en la medida de lo posible; véase Rodríguez de Santiago, 2000, p. 56).

Como se vio en los acápites anteriores, las bases de licitación tienen un doble carácter respecto de la discrecionalidad, por un lado, son manifestación de una decisión discrecional y, por otro, actúan como un importante límite autoimpuesto por la propia Administración a la hora de seleccionar la “combinación más ventajosa”.

El efecto que produce la elaboración de las bases, en lo que a este estudio interesa, es el aumento de la densidad programática en la toma de decisión puesto que, dentro del procedimiento de contratación, la libertad de elección que tendrá la Administración será menor en vistas a que deberá sujetarse a los parámetros previamente fijados en las bases; y, siguiendo la imagen de Dworkin, el agujero de la rosquilla es más pequeño.

De este modo, en la etapa de elaboración de las bases de licitación, la Administración actúa con una potestad discrecional que podemos calificar de fuerte, puesto que el ordenamiento le ha entregado un ámbito de elección propio, un núcleo de poder decisional respec-

to de medios y fines: "Ello 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, 1999, p. 53). En dicha virtud, el supuesto de hecho puede ser completado a través de criterios que no figuran en el ordenamiento, es decir, valiéndose de criterios extrajurídicos de oportunidad y conveniencia, y que tienen un componente intrínsecamente político: "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, 1999, p. 78).

En la elaboración de las bases se entrega una discrecionalidad fuerte, porque el rol que verdaderamente está cumpliendo la Administración en dicho ejercicio es el de ponderar, pues hay una programación finalística por parte del ordenamiento: se debe hallar la combinación más ventajosa, lo que implica que a la hora de resolver se deben determinar las circunstancias que deben concurrir para que un principio preceda a otro, de modo que lo que se hace al ponderar es generar una norma de precedencia condicionada (Arroyo Jiménez, 2009, p. 7: "...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 principios"). 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" (Arroyo Jiménez, 2009, p. 28).

Esto lleva a una de las consecuencias de la ponderación, cual es una forma de resolver un conflicto entre principios a través de la creación de una regla<sup>2</sup>. Así, la ponderación tiene una dimensión creativa, siendo por tanto un acto fuente en sentido estricto (Arroyo Jiménez, 2009, p. 8), 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.

En este punto es necesario hacerse cargo de la crítica que podría plantearse, referente a la programación que tiene que atender la Administración al elaborar las bases. 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 otros (Arroyo Jiménez, 2009, p. 13; este autor utiliza este tipo de técnica como una forma en que se puede racionalizar la forma en que se toma la decisión ponderativa). De modo que no es impedimento para considerar como un ejercicio de ponderación la elabora-

---

<sup>2</sup> 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.

ción de las bases, el que el ordenamiento jurídico establezca la necesidad de atender a ciertos principios en la creación de las mismas, como podrán ser las exigencias del artículo 22 RLBCA (2004) que ya se revisaron.

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, pasando a regular el procedimiento ya no desde una perspectiva finalística, sino que, al aumentar la densidad programática se pasa a una regulación condicionada. Ello implica que la Administración en este punto no deberá actuar ponderando, sino que subsumiendo.

El accionar a través de la subsunción no quiere decir que se trate de una forma mecánica de actuar, sino que es “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, 2016, p. 131; este ejercicio de subsunción generalmente no da lugar a un ejercicio de ponderación, pero estos ejercicios no son excluyentes, pudiendo por tanto ser necesario ponderar previamente para luego poder subsumir). Esto explica por qué la Administración tiene una discrecionalidad instrumental en las etapas posteriores a la elaboración de las bases, puesto que ya no goza de un ámbito amplio de decisión, sino que se ve limitado su campo de acción, debiendo sólo completar el supuesto de hecho de la norma habilitante y atribuir las consiguientes consecuencias jurídicas.

Por otro lado, son limitaciones a la discrecionalidad de la Administración a la hora de seleccionar, por cuanto al iniciarse el proceso licitatorio se convierten en proyectos de procedimiento y resultado, los que permiten al Tribunal de la Contratación Pública contrastar lo realizado por la Administración en este procedimiento con aquello que fue proyectado en las bases<sup>3</sup>.

Pero se debe reconocer que al tomar esta decisión no cuenta con el mismo nivel de discrecionalidad que tiene al elaborar las bases, sino que producto precisamente de su accionar, cuenta con una manifestación de discrecionalidad menor, la discrecionalidad instrumental. Esto implica que la Administración actúa discrecionalmente, pero esto es consecuencia de que no se ha concretado del todo el criterio de actuación, por tanto “el sujeto aunque ‘opera’ discrecionalmente, no ‘tiene’ discrecionalidad” (Desdentado Daroca, 1999, p. 52). Esto es porque el ordenamiento jurídico no ha pretendido atribuirle un poder de deci-

---

<sup>3</sup> La labor del Tribunal de Contratación Pública consiste principalmente en contrastar el accionar adoptado en el procedimiento licitatorio con el proyecto contenido en las bases, determinando así la pertinencia o no de los fundamentos de la demanda.

Discrecionalidad y ponderación en la creación y uso de parámetros de adjudicación en el proceso...

sión propio, aunque para el ejercicio de su potestad tiene que ejercitar cierto juicio o elección que va más allá de la mecánica aplicación de la regla establecida.

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 está entregada en último término a éstos.

## Conclusiones

Dada la finalidad de servicio público de la Administración, la forma en que utiliza las potestades, y en especial los ámbitos de discrecionalidad que le son entregados, son relevantes para el Derecho. Lo planteado es también válido para el ámbito de la contratación pública, en la que se ha recurrido al procedimiento como la forma idónea para guiar la potestad detenida por la Administración hacia una correcta adopción de decisiones, siendo el mecanismo de la licitación pública el más relevante de los procedimientos adoptados.

Como se demostró en el estudio, las bases de licitación tienen un doble carácter respecto de la discrecionalidad. Por un lado, son manifestación de una decisión discrecional y, por el otro, actúan como un importante límite autoimpuesto por la propia Administración a la hora de seleccionar la "combinación más ventajosa".

En la elaboración de las bases la Administración actúa con una discrecionalidad fuerte, al serle otorgado por el ordenamiento un ámbito de elección intrínsecamente política entre los 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 de principios, creando consiguientemente una norma que se plasma en las bases de licitación.

Este ejercicio de ponderación, que tiene como consecuencia la creación de una regla, cambia la forma en que se regula la potestad, pasando de una perspectiva finalística a una programación condicionada que implica un ejercicio de subsunción. Esto, desde el punto de vista de la discrecionalidad, es un aumento de la densidad programática: las bases de licitación reducen el "agujero de la rosquilla", implicando que en el desarrollo del procedimiento de selección la Administración actúe con una discrecionalidad instrumental. Esto último significa que, aunque 'opera' discrecionalmente, ella no 'tiene' discrecionalidad", ya que el ordenamiento jurídico no ha pretendido atribuirle un poder de decisión propio, aunque para el

ejercicio de su potestad tiene que ejercitar cierto juicio o elección que va más allá de la mecánica aplicación de la regla establecida.

El punto que el tipo de discrecionalidad con que opera la Administración varíe a lo largo del procedimiento tiene consecuencias en la forma de control del ejercicio de la potestad. Dado que la Administración dispone con carácter final de la *discrecionalidad fuerte*, 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 estos órganos a los que se entrega la potestad de decidir cuál es la interpretación y aplicación correcta de las normas.

## Referencias Bibliográficas

- Arroyo Jiménez, L. (2009). Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo. *InDret*, (2), 1-32. <https://bit.ly/3MQBb6y>
- Atos IT Solutions and Services S.A. con Servicios de Salud del Libertador General Bernardo O'Higgins, Rol N° 137-2013 D (Tribunal de Contratación Pública 31 de diciembre de 2014). <https://bit.ly/3UbwbMt>
- Bacigalupo Saggese, M. (1997). *La discrecionalidad administrativa estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Marcial Pons.
- Banco del Estado de Chile con I. Municipalidad de Quillón, Rol N° 267-2015 D (Tribunal de Contratación Pública 21 de enero de 2016). <https://bit.ly/3U8QZ7g>
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1, DFL 1-19653. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de bases generales de la administración del Estado. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de noviembre de 2001. <https://bcn.cl/2f96v>
- Decreto N° 250. Aprueba Reglamento de la Ley N°19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 24 de septiembre de 2004. <https://bcn.cl/2f6fl>
- Desdentado Daroca, E. (1997). Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia). Civitas.
- Desdentado Daroca, E. (1999). *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*. Aranzadi.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (M. Gustavino, Trad.). Ariel.
- Fernández Rodríguez, T. R. (2002). *De la arbitrariedad de la administración*. Civitas.

Discrecionalidad y ponderación en la creación y uso de parámetros de adjudicación en el proceso...

García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2015). *Curso de derecho administrativo* (Vol. 1). Civitas.

Gonzalo Mercadal y Compañía Limitada con I. Municipalidad de Casablanca, Rol N° 263-2011 D (Tribunal de Contratación Pública 24 de diciembre de 2013). <https://bit.ly/3sITd1k>

Ley N° 19.886. Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 30 de julio de 2003. <https://bcn.cl/2f72u>

Maurer, H. (2011). *Derecho administrativo parte general* (G. Doménech Pascual Trad.). Marcial Pons.

Montt Oyarzún, S. (2010). Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurisdicadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales [Trabajo presentado en el proceso de oposición para el cargo de profesor de Derecho Administrativo]. Universidad de Chile. <https://bit.ly/3TAodfK>

Moraga Klenner, C. (2010). *La actividad formal de la Administración del Estado* (Vol. 7). Legal Publishing.

Rodríguez de Santiago, J. M. (2000). *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Marcial Pons.

Rodríguez de Santiago, J. M. (2016). *Metodología del derecho Administrativo: Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Marcial Pons.

Rojas Calderón, C. (2014). *Las potestades administrativas en el derecho chileno*. Legal Publishing.

Santillana del Pacífico S.A Ediciones con I. Municipalidad de Vallenar, Rol N° 287-2014 D (Tribunal de Contratación Pública 9 de marzo de 2016). <https://bit.ly/3t3rVmR>

Weil, P. (1994). *Derecho administrativo*. (L. Rodríguez Zúñiga, Trad.). Civitas.

Para citar este artículo bajo Norma APA 7a ed.

Arriagada Zeta, F. (2022). Discrecionalidad y ponderación en la creación y uso de parámetros de adjudicación en el proceso licitatorio. *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, 29, e4232. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-4232>



Copyright del artículo: ©2022 Felipe Arriagada



Este es un documento de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.