

**Daniela  
Reveco  
Álvarez**

daniela.reveco@gmail.com

**Lily Pérez  
Oltramari**

lilyperezoltra@yahoo.com

Recibido: 15.08.21

Aceptado: 14.03.22

## **El control sobre la potestad discrecional contenida en el artículo 8° de la Ley N° 19.886**

### **Discretionary authority's control, as prescribed in Article 8, Law No. 19.886**

**Resumen:** La presente investigación tiene como objeto demostrar la existencia de la potestad discrecional en materia de contratación pública, precisamente la establecida en el artículo 8° de la Ley 19.886, investigación realizada mediante el análisis de la doctrina, jurisprudencia de los tribunales de contratación pública, de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones, y cómo se ha controlado por estos órganos jurisdiccionales, especialmente cuando los fundamentos que sustenta la contratación directa no se ajustan a los principios de juridicidad y motivación.

**Palabras clave:** derecho administrativo; contratación pública; tratos directos; motivación; potestades discrecionales.

**Abstract:** This investigation aims to demonstrate the existence of discretionary authority in public contracting matters—the one established in article 8 of Law 19.886. We analyze the doctrine and jurisprudence of the public contracting courts, the Supreme Court, and the Court of Appeals and how these jurisdictional organs have controlled it, especially when the fundamentals that sustain direct agreements do not comply with the principles of legality and motivation.

**Keywords:** Administrative Law; public contracts; direct agreements; motivation; discretionary authority.

La discrecionalidad administrativa en materia de contratación pública no ha sido un tema de gran desarrollo en doctrina ni en la jurisprudencia judicial y administrativa

Es frecuente observar que los conflictos generados a partir de la discrecionalidad surgen de temas laborales o relativos a la función pública, y, sobre todo, en materia sancionatoria, sin embargo, el ámbito de contratación pública no está exenta de pugnas con los particulares, razón por la cual nos pareció relevante efectuar un análisis respecto de la existencia de la discrecionalidad en esta materia y el control que se ejerce sobre su ejercicio.

El objetivo de la presente investigación es exponer la existencia de una potestad discrecional contenida en el artículo 8° de la Ley N° 19.886, que permite o faculta a la Administración, para elegir, entre las modalidades de licitación privada o trato directo, cuando se verifican las circunstancias de hecho que la misma norma prescribe. Así, al establecer como alternativas, igualmente válidas jurídicamente, la licitación privada y el trato directo, y establecer una cierta equivalencia entre los dos procedimientos, el órgano contratante se encuentra en la obligación de adoptar la decisión de manera racional y expresar los motivos que tuvo presente al momento de optar entre las opciones otorgadas por el legislador, lo que es de fundamental relevancia ante un eventual control de juridicidad por los tribunales de justicia.

Debemos considerar que la existencia de la discrecionalidad en materia administrativa es necesaria

para una eficiente satisfacción de necesidades públicas; sin embargo, resulta obligatorio que el ejercicio de las potestades discrecionales establecidas por la Constitución y la ley, por parte de los órganos de la Administración, se enmarque dentro del principio de juridicidad, exento de toda arbitrariedad y destinado al cumplimiento del fin que dispuso la respectiva norma.

Por su parte, se debe tener presente que la dictación de la Ley N° 19.886, conforme a su mensaje, buscó lograr un eficiente uso en los recursos fiscales, con una mayor transparencia en el actuar de los órganos de la Administración, resultando fundamental, según estimamos, que dicho cuerpo legal haya previsto y considerado potestades discrecionales, las cuales, deben ser siempre ejercidas de manera fundada y dirigidas a la finalidad que consideró dicho cuerpo legal.

De acuerdo con ello, esta investigación comenzará con una breve descripción del principio de juridicidad. Luego, se expondrá una vinculación entre la actuación administrativa y la discrecionalidad, y los fundamentos para que exista la discrecionalidad, se analizará la necesidad de la razonabilidad y fundamentación del acto discrecional, la motivación en el ejercicio de las potestades discrecionales, la discrecionalidad en la contratación pública y en la Ley N° 19.886, el control de las potestades discrecionales y particularmente sobre la potestad discrecional del artículo 8° de la Ley N° 19.886, revisando la principal jurisprudencia judicial y administrativa sobre la materia.

## 1. Principio de juridicidad

Antes de iniciar el análisis de la discrecionalidad administrativa en materia de compras públicas, y particularmente sobre la facultad de contratar mediante licitación privada o trato directo, resulta necesario efectuar ciertas consideraciones.

Los artículos 6. ° y 7. ° de la Constitución Política de la República consagran el denominado principio de juridicidad, el cual obliga a los órganos de la Administración a someter su actuación a la Constitución Política y a la ley, lo que implica que solo estas pueden

crear entes u organismos públicos y determinar sus atribuciones y competencia, todo ello con la finalidad de satisfacer necesidades públicas.

La Administración debe sujetarse en su actuar al derecho, y debe ser este mismo quien establezca las acciones que los órganos administrativos deben realizar, cómo deben realizarlas, cuándo, por qué y para qué, lo que significa que es el ordenamiento jurídico quien dota a un órgano público de potestades públicas denominadas “[p]oderes jurídicos que el legislador construye para la mejor satisfacción de las necesidades públicas, atribuyéndoles precisa y expresamente a determinado órgano de un sujeto jurídico” (Soto Kloss, 2010, p. 132), quienes deben ejercerlas en conformidad y dentro de los límites que, como ya se indicó, establezca la Constitución

y la ley.

Lo expuesto anteriormente constituye el primer antecedente en materia de potestades públicas, debiendo agregarse que toda potestad administrativa ha sido “otorgada en consideración a un fin, a una función; de ahí que su segundo momento, el ejercicio de la misma, queda abierto a un examen que va más allá de la pura ley previa” (Huepe, 2018, Prólogo, XII), y es la misma finalidad de la potestad la que justifica su propia existencia, entendiendo que existen en el ordenamiento jurídico chileno potestades públicas “de los órganos administrativos, las que se configuran como poderes exorbitantes frente a los derechos de los particulares, pero fundamentados en los intereses públicos que tutelan” (Ferrada, 2007, p. 78).

## 2. Actuación administrativa y discrecionalidad

La consagración constitucional o legal de potestades públicas constituye el antecedente para el actuar de los órganos de la Administración, debiendo entenderse por tanto que “[l]a habilitación, programación y determinación de la acción administrativa en los diferentes sectores o ámbitos de la realidad social ha de tener lugar siempre mediante las correspondientes operaciones legislativas de atribución de las consiguientes potestades materiales” (Parejo, 2012, p. 264).

Tal como señala el profesor Ferrada, “[l]as potestades administrativas son de distinta intensidad y tienen contenido diverso, aunque todas ellas están encaminadas a satisfacer los intereses públicos puestos bajo la tutela de la organización administrativa por el ordenamiento jurídico” (Ferrada, 2007, p. 78).

El margen o ámbito con que cuentan los órganos de la Administración para accionar y ejercer sus

potestades públicas no es rígido en el ordenamiento jurídico, “es el legislador el que delimita las potestades de la Administración con distintos grados de concreción, conforme al principio de reserva legal” (Saavedra, 2011, p. 13), o dicho de otra manera,

La diversa forma de la atribución y la distinta textura y densidad de aquella regulación y, con ella, de la programación jurídica de la AP determina que la acción de ésta opere siempre en una específica tensión entre libertad y vinculación. Consecuentemente, existen zonas de la acción administrativa en las que la AP opera con grados diversos de libertad, que en algunos supuestos llegan a ser apreciables (Parejo, 2012, p. 265).

En este contexto es que puede distinguirse entre potestades regladas y potestades discrecionales, considerándose las primeras como aquellas en que

la Administración sólo debe aplicar a un supuesto de hecho la consecuencia jurídica predeterminada por la ley, ya que la norma ha determinado agotadora y exhaustivamente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad” (Saavedra, 2011, p. 13),

y las segundas corresponden a las que “la ley entrega a la Administración la posibilidad de elegir entre distintas opciones admisibles, todas las cuales serán tenidas como válidas frente al ordenamiento jurídico” (Saavedra, 2011, p. 13).

Resulta claro que en el ejercicio de potestades discrecionales existe un margen de libertad o apreciación distinto al contenido en las potestades regladas. Lo expone con claridad el profesor Soto Kloss en la siguiente cita: “La discrecionalidad es libertad de apreciación para decidir, frente a determinados hechos objetivos —que la ley ha descrito o previsto como necesidad pública—, la adopción de la mejor medida a fin de satisfacer una determinada necesidad pública” (Soto Kloss, 2010, p. 378). Esta libertad con que cuentan los órganos de la Administración en su actuar debe estar siempre enmarcado en el principio de juridicidad, señalado precedentemente,

(...) esa libertad no puede ser concebida como una facultad de autodeterminación absoluta, fuera de toda ley, ya que por una parte, de suyo la libertad supone una ley previa que permita elegir entre varias posibilidades y decidir según lo que se adecue a ella o no; y por la otra, no puede olvidarse que ningún órgano del Estado puede actuar, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, sino en la medida que haya sido previa y expresamente habilitado por la Constitución o la ley (Soto Kloss, 2010, p. 378).

Por su parte, Luciano Parejo agrega en relación a la potestad reglada que, “[e]n el ejercicio de este tipo de potestad y competencia sólo hay una única solución correcta, derivable de la aplicación de la mencionada técnica jurídica” (Parejo, 2012, p. 266), con lo que resulta afecta al control judicial en todos sus ámbitos, a diferencia de lo que ocurre con la potestad discrecional,

que “no anticipa o programa, en todos o al menos en algunos de sus aspectos, el resultado de su ejercicio, de suerte que remite (en grado variable) la toma de la decisión pertinente al juicio o a la voluntad de la propia AP” (Parejo, 2012, p. 266), indicando, además, que “[l]a entrega de la decisión a la AP supone el reconocimiento a ésta de una cierta (mayor o menor, según los casos) libertad, cuyo ejercicio sólo parcialmente es fiscalizable —en cuanto al fondo— desde criterios estrictamente jurídicos” (Parejo, 2012, p. 266).

La aseveración antes indicada, en torno a que las potestades discrecionales no podrían ser del todo controlables jurisdiccionalmente, obedece al hecho de que existen aspectos de mérito u oportunidad, cuya resolución la ley ha entregado a la Administración. Tal como ha indicado el profesor Arancibia Mattar, la discrecionalidad administrativa es:

Una facultad atribuida por ley a un órgano de la Administración del Estado, para que éste, frente a una determinada situación que motive su actuar, pueda adoptar libremente, y dentro de los márgenes que le fija el ordenamiento jurídico, la decisión que estime más razonable, conveniente, oportuna, eficaz y proporcionada de acuerdo a los antecedentes que la justifican, evitando así incurrir en un acto u omisión arbitrario (Arancibia, 1996, pp. 104-105).

En el mismo sentido, Luciano Parejo ha sostenido que “mediante la potestad discrecional el legislador atribuye al órgano administrativo la facultad de apreciar en cada supuesto lo mejor para el interés público con libertad de elección entre alternativas justas, decidiendo por criterios de oportunidad, económicos o sociales” (Parejo, 2012, p. 267), razón por la cual estimamos que no podría existir un completo control judicial en el ámbito de las potestades discrecionales, por cuanto constituiría, a nuestro juicio, una vulneración del principio de separación de poderes y una intervención directa en un ámbito que el legislador entregó a la Administración, por lo que se estima procedente una revisión jurídica del ejercicio de la potestad discrecional, mas no un cuestionamiento del mérito de la decisión.

### 3. Fundamentos para que exista la discrecionalidad

Compartimos la noción de Fabián Huepe en el sentido de que la discrecionalidad debe observarse “como una realidad que está ahí, necesaria para el cumplimiento de los fines de la Administración” (Huepe, 2018, p. 159) y “como técnica de atribución de potestades en el Estado constitucional moderno, constituye una necesidad para que la Administración realice sus cometidos y funciones, conforme a los fines de bien común e intereses generales que le impone la Constitución Política” (Saavedra, 2011, p. 42).

Los principios de eficiencia y eficacia a que deben dar cumplimiento los órganos de la Administración, consagrados en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, obligan a contar con una regulación más ágil y flexible, que permita a los órganos públicos adecuarse a las múltiples y variadas necesidades que deben satisfacer. Resulta imposible contar con un ordenamiento jurídico que contemple todas y cada una de las hipótesis que puedan presentarse en la realidad jurídica y menos aún consagrar solo potestades regladas.

Asimismo,

[l]a creciente dictación de normas legales y reglamentarias de carácter técnico, especialmente en el área económica (Derecho Administrativo Económico), cuya característica es su alta flexibilidad y dinamismo, hacen imposible su cristalización en normas legales y reglamentarias rígidas, lo que desde luego lleva al aumento de la potestad

discrecional (Huepe, 2018, p. 161),

por lo que la discrecionalidad constituye un elemento fundamental en el ejercicio de potestades y en la satisfacción de las necesidades públicas.

Por otro lado, si consideramos que

La ley es una norma abstracta por naturaleza, su vocación de generalidad le impide prever todas las posibles circunstancias concurrentes en un supuesto específico. Como consecuencia de ello, la atribución de potestades a la Administración contempla ámbitos o espacios para que aquella pueda concretar la programación contenida en la norma respectiva, a través de la integración de criterios o elementos que sólo dicha autoridad, atendida su posición, puede efectuar (Gómez, 2020, p. 200).

De esta manera, resulta fundamental la consagración de potestades discrecionales a fin de otorgar una mayor agilidad y eficiencia en la satisfacción de necesidades públicas, y consideramos que no debería existir reticencia por parte de la doctrina a la libertad que otorgan las potestades discrecionales a la Administración, por cuanto, como se indicó, contribuyen a la gestión del propio Estado. Sin perjuicio de ello, donde sí creemos que puede estar presente la crítica y la mayor preocupación, es en el deber de los órganos de la Administración de ejercer legítimamente dichas potestades, de manera razonable y fundada, como se expondrá a continuación.

## 4. Razonabilidad y fundamentación del acto discrecional

El derecho exige por parte de los órganos de la Administración un actuar razonable y racional. Las decisiones que se adoptan exigen “un esfuerzo permanente de justificación de dichas decisiones que muestre su carácter razonable y plausible y pueda acreditar por ello la imprescindible legitimidad de ejercicio de sus autores” (Huepe, 2018, p. 188).

La discrecionalidad de la Administración no excluye en ningún caso los conceptos antes indicados. Lo anterior se traduce en que, al optar por una u otra opción legalmente válida, y efectuar dicha elección con un cierto grado de libertad, los órganos de la Administración se encuentran ante la obligación de exponer los fundamentos que le permitieron adoptar la decisión en cuestión, la cual

no basta que sea solo racional (esto es, correcta desde su lógica interna, su lógica formal), sino que además debe ser razonable (esto es, correcta desde su lógica externa, su lógica material), es decir, justificada interna y externamente y por lo tanto, correcta formal y materialmente (Huepe, 2018, p. 202).

Por lo tanto, para don Eduardo Soto Kloss, es lo racional o

la razón, en consecuencia, la norma reguladora de actuar del órgano administrativo dotado de discrecionalidad por la ley para decidir de un modo u otro; pero para obtener del modo más óptimo — de acuerdo con las circunstancias de hecho— la satisfacción de una determinada necesidad pública (Soto Kloss, 2010, p. 378).

Así, siguiendo la línea del mismo autor, postura que compartimos,

la discrecionalidad exige el uso de un arbitrio razonable, y en donde éste no se dé, esto es en donde no concorra, habrá <arbitrariedad>, ausencia de razonabilidad y, por ende, acto nulo, viciado, contrario a Derecho, por desproporcionado, inidóneo, ineficiente, inoportuno (Soto Kloss, 2010, p. 379).

A pesar de que algunos autores han criticado la aplicación del concepto de arbitrariedad en planos ajenos a lo político, lo cierto es que la doctrina sí relaciona en sentido opuesto los conceptos de razonabilidad y arbitrariedad al indicar que

el concepto de arbitrariedad se conecta, primariamente con la razonabilidad en el sentido de afirmar que la arbitrariedad es lo contrario a la razón, de tal manera que, si lo conforme a la razón es lo racional y razonable, entonces lo contrario a la razón es lo arbitrario, esto es, lo irracional y lo irrazonable, porque también lo irracional y o irrazonable son especies del género arbitrariedad (Huepe, 2018, p. 213).

La doctrina también ha vinculado el concepto de discrecionalidad y arbitrariedad, al indicar que esta última “es la vulneración del uso razonable con que los elementos discrecionales de un poder jurídico han de ser ejercidos o actualizados, vulneración que origina un acto arbitrario, o una omisión arbitraria” (Huepe, 2018, p. 214), al igual que la jurisprudencia administrativa, según consta en dictamen N° 38.859 de 2006, mediante el cual, la Contraloría General de la República (CGR) sostiene que el principio de juridicidad exige que “los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan al mero capricho de la autoridad, pues en tal caso, resultarían arbitrarios y, por ende, ilegítimos. (Aplica dictamen N° 42.268, de 2004)”.

## 5. La motivación en el ejercicio de las potestades discrecionales

Ya hemos precisado que toda actuación administrativa debe ser razonable y racional, enmarcada en el principio de juridicidad y destinada al cumplimiento de la finalidad que establece la propia Constitución o la ley, la que se reflejará o manifestará mediante la dictación de un acto administrativo.

No existe duda de que toda actuación y acto administrativo por parte de la Administración va a tener motivos: “Es evidente que todo a/a debe obedecer en cuanto obra humana que es a ciertos motivos, justificaciones o fundamentos, a un móvil o a un por qué (sic) que le habrá de servir de causa” (Aróstica, 1986, p. 501). Sin embargo, ¿es exigible para sus órganos expresar dichos motivos?

La motivación, tal como indica el profesor Aróstica, consiste básicamente en expresar los motivos que sirvieron de fundamento para la Administración al momento de adoptar una decisión, y esta actividad, al ser “una actividad condicionada por el derecho, y por ende subordinada y condicionada por él, cada vez que un agente u órgano público dinamice una potestad, está obligado a justificarla, es decir a fundamentarla y a motivar su decisión” (Aróstica, 1986, p. 501).

El inciso segundo del artículo 11 de la Ley N° 19.880 establece:

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.

Aparentemente, la norma solo establece la obligación de los órganos de la Administración de expresar los

fundamentos de sus actos cuando se vean afectados los derechos de particulares o se resuelvan recursos administrativos.

Sin embargo, a partir del artículo 16 del mismo cuerpo legal que “El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él”; y el artículo 13, inciso segundo de la Ley N° 18.575 indica que “[...] a función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueve el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella”, es posible desprender que, existe una obligación de manifestar los motivos de todas las decisiones que adoptan los organismos públicos.

La exposición de los fundamentos constituye el elemento central que permitirá ejercer un control real de la actuación administrativa en resguardo del principio de juridicidad y de los derechos de los particulares, y verificar además, si los motivos que tuvo en consideración la Administración se adecuan a la finalidad de la potestad.

Sobre esta materia, la Contraloría General de la República, en dictamen N° 23.518 de 2016, ha precisado que

la exigencia de fundamentación de los actos administrativos se vincula con el recto ejercicio de las potestades otorgadas a la Administración activa, toda vez que permite cautelar que éstas se ejerzan de acuerdo a los principios de juridicidad —el que lleva implícito el de racionalidad—, evitando todo abuso o exceso, de acuerdo con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 2.° de la ley N° 18.575 —Orgánica Constitucional de

Bases Generales de la Administración del Estado—, y de igualdad y no discriminación arbitraria —contenido en el artículo 19, N° 2, de la Carta Fundamental— como, asimismo, velar porque tales facultades se ejerzan en concordancia con el objetivo considerado por el ordenamiento jurídico al conferir las.

A nuestro juicio, y tal como ya expresamos, todas las decisiones de la Administración deben exteriorizar sus fundamentos, y en aquellos casos en que los órganos ejerzan una potestad discrecional, el deber de motivación es indudable, tal como lo confirma la Contraloría General de la República en dictamen N° 38.859 de 2006 al señalar que “la autoridad debe fundamentar todas las decisiones que adopte, máxime si son discrecionales”.

Cuando indicamos que todo órgano de la Administración se encuentra obligado a expresar los fundamentos que motivan su actuar, entendemos que se incluye también la manifestación de la finalidad del respectivo acto. El único mecanismo para analizar si efectivamente la actuación por parte de la Administración es justa, es mediante la manifestación de los motivos y la finalidad en el acto administrativo correspondiente, pudiendo de esta manera controlarse por los organismos competentes “que dicho acto no sea realizado por un mero capricho o desviado de su fin” (Nutriplus S.A.

con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019). Sobre la materia, la CGR ha indicado que,

En este sentido, es menester señalar, que la dictación de actos administrativos que corresponden al ejercicio de potestades discrecionales -como el que se analiza-, exigen un especial y cuidadoso cumplimiento de la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración de motivar sus actos, lo que tiene por objeto asegurar que ellos no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las respectivas atribuciones, esto es, que dichos actos cuenten con un fundamento racional y se encuentren plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal vigente (Dictamen N° 36.029, 2005).

A modo ejemplar, resulta útil destacar que en materia de contratación administrativa, el año 2015, se incorporó en el propio reglamento de la Ley N° 19.886 un inciso en su artículo 10, que establece expresamente que “la contratación indebidamente fundada en una o más de las causales indicadas en la presente norma, generará las responsabilidades administrativas que, de acuerdo a la legislación vigente, pudieren corresponder”, lo que constituye, a nuestro juicio, una manifestación de la obligatoriedad de motivar los actos administrativos, expresando sus fundamentos y finalidad.

## 6. Discrecionalidad en la contratación pública

Luciano Parejo señala que la discrecionalidad siempre o generalmente opera sobre supuestos de hecho otorgados por la norma, existiendo para la Administración facultades en el ámbito volitivo (Parejo, 2012, p. 272).

Respecto de la discrecionalidad en el ámbito de la contratación administrativa resulta necesario iniciar el análisis con el artículo 9. ° de la Ley N° 18.575 “Orgánica

Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”, que dispone que la licitación pública constituye la regla general en materia de contratación administrativa. Sin perjuicio de ello, la misma disposición legal establece la posibilidad de contratar mediante el procedimiento de licitación privada, previa resolución fundada que lo disponga o por trato directo, en aquellos casos que “por la naturaleza de la negociación corresponda acudir” a él

(Artículo 9, inciso final, Ley 18.575).

Sobre el particular, la Contraloría General de la República ha entendido, según consta en dictámenes N° 4.800 de 2017 y N° 4.276 de 2019, que la licitación pública constituye la regla general, salvo que existan situaciones excepcionales que ameriten recurrir a los procedimientos de licitación privada o trato directo, señalando de manera expresa que:

debe ser el propio servicio quien califique y acredite la concurrencia de las circunstancias que configuran dichas causales autorizando la procedencia de estas formas de contratación por medio de una resolución fundada. Además, dado el carácter excepcional de estas modalidades, se requiere una demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia.

A partir de la lectura del mencionado artículo 9.º de la Ley N° 18.575, entendemos que existe discrecionalidad para la Administración en la decisión de contratar por un mecanismo distinto a la licitación pública. Sobre ello, es posible observar que los supuestos de hecho que deberían estar definidos por la ley para que la Administración ejerza su facultad discrecional —para contratar mediante licitación privada o trato directo— están ausentes, es la Administración quien debe determinar, prácticamente con plena libertad, las situaciones respecto de las cuales sería aplicable alguno de dichos mecanismos, en aquellos casos en que no existe una normativa específica, como ocurre con la contratación relativa a bienes inmuebles<sup>1</sup>.

La norma se limita a exigir, en el caso de la licitación privada, que se efectúe “previa resolución fundada que lo disponga”, sin disponer expresamente las causales respecto de las cuales procedería dicho mecanismo de contratación, y solo se limita a indicar que debe efectuarse por resolución fundada, lo que resulta evidente, por cuanto la resolución es el medio por el cual la Administración decide, debiendo siempre ser fundada; y en el caso del trato directo, otorga a la Administración la facultad de dar contenido a dicho concepto de manera autónoma al indicar “por la naturaleza de la negociación”.

Estimamos que en la norma antes citada se presenta un exceso de libertad para la Administración, teniendo presente que en todas aquellas contrataciones que efectúan los órganos de la Administración que no son regidas por la Ley N° 19.886, como, por ejemplo, una enajenación de bien inmueble, tendrían un margen bastante amplio para el análisis y la determinación de aquellas situaciones respecto de las cuales procedería aplicar los procedimientos de licitación privada o trato directo.

Sobre ello, consideramos que al no establecer los hechos que determinan el ejercicio de la potestad, se podría generar una dificultad al momento de controlar el ejercicio de la potestad entregada a la Administración, limitándose dicho control a examinar eventuales vicios de forma, desviación de fin o cumplimiento de principios, mas no un análisis respecto de la exactitud de los hechos que motivaron una licitación privada o trato directo o de su calificación jurídica, por cuanto, como se señaló, la norma no los prevé.

---

<sup>1</sup> En la mayoría de los casos, el artículo 9.º de la Ley N° 18.575 opera como una regla general, para posteriormente aplicar la normativa específica. A modo de ejemplo, en materia de suministro de bienes y contratación de servicios, la regla general está establecida por el mencionado artículo 9º, sin embargo, es la Ley N° 19.886 y su reglamento, los que, en definitiva, establecerán las situaciones de hecho respecto de las cuales la Administración se encuentra habilitada para contratar vía licitación pública, privada o trato directo.

Por otro lado, existen contrataciones, como la adquisición o enajenación de bienes inmuebles, que no cuentan con normativa específica, y por lo tanto, el artículo 9.º ya indicado, deja de ser una regla general y pasa a constituir la normativa aplicable. En estos casos, cuando la norma omite establecer las circunstancias de hecho respecto a las cuales se puede optar por una u otra modalidad de contratación, es donde estimamos que la Administración goza de una “libertad amplia”.

Una situación distinta ocurre con la Ley N° 19.886 que rige los contratos que celebren los órganos de la Administración del Estado para el suministro de bienes y servicios, por cuanto, si bien aplica el mismo principio establecido en el inciso primero del artículo 9.º de la

Ley N° 18.575, esto es, que la licitación pública es la regla general en materia de contratación pública, sí establece expresamente las situaciones fácticas en que la Administración se encuentra habilitada para recurrir a los procedimientos de licitación privada o trato directo.

## 7. Discrecionalidad en la contratación bajo la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios

Como ya fue enunciado, la discrecionalidad que se presenta en el artículo 8.º de la Ley N° 19.886 tiene un contenido diverso a la prevista en el artículo 9.º de la Ley N° 18.575.

El artículo 8.º de la Ley N° 19.886 inicia su redacción de la siguiente manera: “Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan...”, estableciendo, por tanto, de manera taxativa los casos en que resulta procedente la licitación privada o trato directo y habilitando con ello a la Administración para optar por cualquiera de estos dos procedimientos, si se verifica alguna de las situaciones que la norma dispone.

Conforme indican los casos de las letras b), c), d), e), f) y h) del ya indicado artículo 8.º, verificadas las circunstancias de hecho que se describen en dichas disposiciones, la Administración se encuentra amparada legalmente para optar entre las dos opciones jurídicamente válidas, estas son la licitación privada o el trato directo.

No resulta baladí hacer presente, como ya hemos analizado en extenso, que el ejercicio de la potestad de la Administración establecida en el artículo 8.º de la Ley 19.886 —que estimamos es discrecional por permitir optar, ante las mismas situaciones de hecho, por la

licitación privada o trato directo— debe materializarse a través de un acto administrativo que exprese los fundamentos de su decisión así como también su finalidad, no pudiendo constituir en ningún caso “un llamado a la arbitrariedad ni a la desviada interpretación de las mismas” (Flores, 2020, p. 121).

Otro aspecto que estimamos merece ser enunciado es el hecho de que el artículo 8.º ya indicado contempla, en alguno de sus literales, conceptos jurídicos indeterminados que permiten a la Administración un mayor margen de apreciación, como ocurre a modo ejemplar, con sus letras c) y f), que utilizan conceptos como emergencia, urgencia o imprevisto como también seguridad e interés nacional, respectivamente.

Existen distintas posturas respecto de si se presenta discrecionalidad en los conceptos jurídicos indeterminados, como la de Luciano Parejo que indica:

[]los conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo, urgencia, buena fe, falta de probidad, necesidades del servicio, causa de utilidad pública o interés social, proposición más ventajosa, etc.) son verdaderos conceptos jurídicos, que definen (igual que los determinados) un preciso supuesto legal, sin perjuicio de dar lugar —por su abstracción y falta de

concreción — a una específica dificultad en la aplicación al caso y, por tanto, una cierta facultad de apreciación interpretativa, mientras que la verdadera y estricta discrecionalidad sólo se produce en términos de libre arbitrio de actuación o decisión (discrecionalidad volitiva) y nunca de mera libertad interpretativa de un supuesto legal (discrecionalidad cognitiva)”.

En sentido contrario, el Tribunal Constitucional peruano indica:

(...) la discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho toda vez que atañe los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad, lo que incide en tres (03) grados o tipos de discrecionalidad. En efecto, (i) la discrecionalidad puede ser mayor cuando el margen de decisión no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno, quedando como marco la normativa general como lo son las Constituciones; (ii) la discrecionalidad intermedia donde el margen de decisión se encuentra

condicionado con un concepto jurídico indeterminado pero que puede ser colmado por una lectura integral de otros cuerpos normativos; y, finalmente, (iii) la discrecionalidad menor es aquella en donde el margen se encuentra claramente constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la norma (Gallo, 2018, p. 266).

Sin embargo, lo cierto es que los conceptos jurídicos indeterminados que considera el artículo 8. ° de la Ley N° 19.886 otorgan a la Administración un margen de apreciación mayor, controlable por cierto, al momento de decidir entre el procedimiento de licitación privada o trato directo, y son los órganos públicos quienes deben otorgar contenido a las hipótesis indicadas por la ley, a través de la fundamentación del respectivo acto administrativo, por lo que deben en primer lugar analizar si se verifican las circunstancias que dan lugar al concepto jurídico indeterminado y, luego, ejercer su potestad discrecional eligiendo entre la licitación privada o el trato directo.

## 8. Control de las potestades discrecionales

### 8.1. Generalidades

En términos simples, podemos indicar que el control de una potestad discrecional constituye el mecanismo por el cual un órgano externo, sea Contraloría General de la República o tribunales de justicia, verifica o fiscaliza que la actuación de un órgano de la Administración, en el ejercicio de una potestad discrecional, cumple con el principio de juridicidad y razonabilidad exigidos por la Constitución y la ley.

Lo cierto es que toda potestad es controlable. La diferencia entre los distintos autores se refiere a los elementos que permiten el control, a modo de ejemplo,

García Enterría sostiene que se controla a través de los elementos reglados de la discrecionalidad (existencia de la potestad, extensión concreta, fin, competencia), control de los hechos determinantes, control a través de los conceptos jurídicos indeterminados, control por los principios generales de Derecho. A su vez, el actual Contralor General de la República expone (Bermúdez, 1996, p. 278) que el control se ejerce de los elementos reglados, de los hechos determinantes, del fin de la potestad y de los principios generales del derecho.

Como indica Fabián Huepe, el control de un acto administrativo discrecional se inicia con una revisión de los elementos de todo acto administrativo, es decir,

competencia, motivos, objeto, fin y forma, debiendo agregarse que

para el control de la discrecionalidad misma, deben analizarse de manera especial principalmente los motivos del acto (aunque también de cierta manera el objeto y fin que están relacionados) en cuanto a si los fundamentos, razones o argumentos indicados en los motivos del acto administrativo y que le sirvieron de justificación (y que normalmente se conocen en la motivación del acto) respetaron el principio de razonabilidad, o pasaron el test o regla de razonabilidad, en cuanto a si estos motivos o razones fueron consistentes, coherentes y proporcionadas con la decisión final (Huepe, 2018, p. 258).

Resulta necesario agregar también la postura de Luciano Parejo respecto de las técnicas de control de la discrecionalidad, quien indica que

La peculiaridad principal de estas técnicas consiste precisamente en su límite, en la medida en que su virtualidad real es la de cernir los elementos en realidad no discrecionales incrustados en la potestad-competencia discrecional y asegurar el respeto del umbral legítimo de la estricta discrecionalidad (núcleo de la misma); de ahí que no habiliten a los Tribunales para sustituir, por una propia, las decisiones administrativas de este último carácter (Parejo, 2012, p. 273).

Agrega el mismo autor que el control ejercido sobre las potestades discrecionales, radicaría en los elementos reglados (potestad, competencia, procedimiento y fin), los hechos determinantes y en el control basado en los principios generales del derecho.

Ahora bien, en materia de control de potestades administrativas, resulta necesario exponer que

concordamos con la postura de Luciano Parejo, debiendo hacer presente que el control de los hechos determinantes implica que debe existir una revisión de la existencia de ellos y de su relación con el supuesto legal, así como también un análisis respecto de la razonabilidad de la decisión adoptada.

Sobre este punto, en doctrina se discute si el control de razonabilidad debe ser positivo o negativo, el primero de ellos “muy conectado y de la mano con la tesis de la sustitución de la decisión administrativa por la decisión judicial, pero además termina conectándose irremediabilmente con aspectos de mérito, oportunidad o conveniencia del acto administrativo” (Huepe, 2018, p. 261), y el segundo hace referencia al “marco jurídico externo dentro del cual puede moverse con libertad el ejercicio de la discrecionalidad, de tal forma que solo se sancionará y corregirá la decisión que traspase o infrinja ese marco jurídico externo” (Huepe, 2018, p. 261). En cuanto a este tema, debemos indicar que somos de la opinión de que el control que debe realizarse respecto de las potestades discrecionales es negativo, debiendo efectuarse el análisis de la razonabilidad respecto si la decisión adoptada “fue razonable”, dentro del marco jurídico entregado por la ley, no correspondiendo una sustitución, por parte del órgano que controla, de la decisión adoptada por la Administración<sup>2</sup>.

## 8.2. Técnicas de control aplicadas por la jurisprudencia judicial y administrativa

Sobre la materia, la Corte Suprema en causa Rol N° 38.914 de 2017, ha entendido:

Que la exigencia de motivación de los actos administrativos se relaciona directamente con el ejercicio de las potestades con las que está revestida la Administración. En efecto, en doctrina se distingue entre el ejercicio de facultades regladas y facultades

---

<sup>2</sup> La opinión expresada se funda en la concepción de que el control negativo busca revisar si la decisión adoptada es razonable sin evaluar, como ocurre en el caso del control positivo, si es efectivamente la “más razonable” o la “más proporcionada”.

discrecionales; en las primeras toda la actuación previa al nacimiento de un determinado acto administrativo se encuentra prevista y determinada en la ley, razón por la cual la autoridad debe ceñirse estrictamente a ella, tanto al verificar los supuestos de hecho como en el procedimiento que determina la decisión, que está igualmente regulada en relación a la situación fáctica que la origina. En cambio, en el ejercicio de las facultades discrecionales, si bien concurren etapas regladas y supuestos de hecho precisos, la Administración goza de cierto ámbito de libertad al momento de adoptar la decisión (Cygsa Chile S.A. con Dirección General de Obras Públicas, Consejo de Defensa del Estado, 2017, c. 8. °).

Agrega en el considerando noveno que existe discrepancia respecto del control de las potestades discrecionales, indicando que:

(...) es efectivo que no procede que los órganos jurisdiccionales sustituyan la decisión de la Administración realizando una nueva ponderación de los antecedentes que determinan la decisión; sin embargo, se debe ser enfático en señalar que aquello no excluye el control jurisdiccional respecto de los actos administrativos que tienen su origen en el ejercicio de una facultad de carácter discrecional por parte de la administración, toda vez que aquellos, como todo acto administrativo, deben cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza. Tal materia, puede y debe ser controlada por la judicatura en tanto exista un conflicto que ha sido puesto en su conocimiento, toda vez que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad (Cygsa Chile S.A. con Dirección General de Obras Públicas, Consejo de Defensa del Estado, 2017, c. 9. °).

En sentido similar, la Corte Suprema en causa Rol N° 18.835 de 2018 ha precisado:

que, si bien la división doctrinaria entre actos reglados y discrecionales es correcta, lo cierto es que en la realidad no existen actos puramente discrecionales, como tampoco estrictamente reglados; sino que hay actos en que el grado de discrecionalidad otorgado por la ley a la autoridad es mayor o menor. En este aspecto, se debe enfatizar que aun cuando en apariencia se otorgue un alto grado de discrecionalidad a la Administración, siempre existen aspectos que son reglados, cuya transgresión provoca la nulidad (Cygsa Chile S.A. con Dirección General de Obras Públicas, Consejo de Defensa del Estado, 2017, c. 12. °).

En el mismo considerando agrega que:

Interesa destacar que en los actos en que la Administración goza de mayor grado de discrecionalidad, no es ésta la que se controla por parte de los tribunales, sino que es el aspecto no discrecional el que se somete a escrutinio judicial. Justamente esa es la razón por la que se exige que el acto administrativo sea motivado, puesto que es la herramienta entregada para que el juez verifique la existencia de los hechos y su calificación jurídica, aspectos no discrecionales de todo acto administrativo. Así, por ejemplo, cuando la ley exige la presencia de determinados motivos y la Administración invoca uno que no existe, o cuando la ley no exige un motivo determinado, pero se invoca uno inexistente, el acto es ilegal, puesto que, como se ha señalado por la doctrina, la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad.

Asimismo resulta útil indicar que la Corte Suprema en la misma causa sostiene que

igualmente los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para realizar un control de los actos que tienen su origen en el ejercicio de facultades discrecionales, en tanto se debe verificar que exista norma que en forma expresa entregue a la Administración una amplia facultad para decidir y que los presupuestos de hecho que determinan el ejercicio

de tal facultad existan, como asimismo que el fin que ha sido previsto por el ordenamiento jurídico al otorgar la facultad jurisdiccional, se cumpla.

De esta manera, podemos concluir que la Corte Suprema en las sentencias citadas indica, al igual que los autores indicados en este numeral, que las potestades discrecionales son objeto de control jurisdiccional, contando ellas siempre con un ámbito reglado el que debe ser precisamente controlado, agregando, finalmente, que el control no implica la sustitución de la decisión de la Administración.

### 8.3. Control de la potestad discrecional del artículo 8.º de la Ley N° 19.886

Como primer aspecto debemos considerar que existen tres órganos que podrían ejercer un control sobre la Administración en relación con la potestad prevista en el artículo 8.º de la Ley N° 19.886. Estos son los tribunales ordinarios de justicia, la Contraloría General de la República y el Tribunal de Contratación Pública.

#### 8.3.1. Control ejercido por la Corte Suprema

La Corte Suprema en causa Rol N° 18.454-2019, dictada el 13 de mayo de 2020, en relación con el ejercicio de la potestad de la Administración de contratar mediante trato directo por la causal prevista en el artículo 8.º letra c) de la Ley N° 19.886, confirmó el carácter de discrecional de dicha potestad al indicar que

no puede soslayarse que en el caso de marras se está en presencia de una facultad discrecional que es entregada por el legislador a la Administración, quien tiene la potestad de determinar, tras realizar un examen de conveniencia y de mérito, la contratación directa en la forma dispuesta en el artículo 8 letra c) de la Ley N° 19.886 y en el artículo 10 N° 3 de su Reglamento (Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019, c. 13.º).

La Corte Suprema continúa el análisis en la misma

línea que hemos venido exponiendo al indicar que:

Discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. En efecto, en doctrina se distingue entre el ejercicio de facultades regladas y facultades discrecionales. En el ejercicio de las facultades discrecionales, la Administración goza de cierto ámbito de libertad al momento de adoptar la decisión. Interesa destacar que, en este último caso, indudablemente existen etapas regladas, toda vez que debe existir norma expresa que entregue a un órgano determinado la libertad para decidir, ante precisos supuestos de hecho (Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019, c. 13.º).

Resulta útil precisar que esta jurisprudencia argumenta de manera acorde con la doctrina que se ha expuesto en el presente trabajo al indicar en su considerando décimo tercero que

Tanto el ejercicio de la potestad reglada como la discrecional, está sujeta a los límites que determina su control por parte de la judicatura, desde que todo acto administrativo debe cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza. En efecto, la facultad discrecional sólo puede ser ejercida con fines públicos, pues de lo contrario se incurre en la denominada desviación de fin o poder (Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019, c. 13.º).

Añade que corresponde que el tribunal realice un control de razonabilidad de la decisión “toda vez que no es admisible que una autoridad ejerza la facultad acudiendo al solo capricho.” ((Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019, Corte Suprema, Causa Rol N° 18.454-2019, sentencia de 13 de mayo de 2020).

En esta causa, la Corte Suprema comienza el control efectuando en primer lugar un análisis respecto de ciertos

elementos reglados de la potestad, particularmente de la competencia de la autoridad que emite el acto administrativo y de la “causa legal que justifique la contratación directa como mecanismo de contratación” ((Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019, c. 10. °), y concluye en su considerando noveno que la decisión fue adoptada por la autoridad competente y basada en una disposición legal y reglamentaria. Continúa su examen con el elemento relevante, que constituye justamente el ejercicio de la discrecionalidad relativo a “las circunstancias de hecho que configuran la causa legal habilitante para la procedencia del trato directo” ((Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019, c. 10. °), efectuando un examen de razonabilidad, y termina afirmando que la decisión adoptada por la Administración no fue arbitraria, sino que explicitó las razones que motivaron su actuar, indicando que “el control judicial se agota al constatar que la recurrida se ha limitado a ejercer una facultad discrecional sin que se divise arbitrariedad en su ejercicio” ((Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019, c. 14. °).

Habiendo efectuado una revisión de la jurisprudencia de la Corte Suprema, nos pudimos percatar de que no existe un número importante de causas relacionadas con la materia de estudio.

### *8.3.2. Control ejercido por el Tribunal de Contratación*

Sin perjuicio de ello, además de la sentencia de la Corte Suprema ya expuesta, resulta útil analizar la causa Rol N° 14.471 de 2016 de la Corte de Apelaciones de Santiago, relativa a un recurso de protección interpuesto por una sociedad anónima, en contra de un jefe de servicio, por haber sido excluida de un procedimiento de contratación bajo la modalidad de trato directo.

En este caso, en el considerando noveno, se expone que la decisión del jefe de servicio,

en orden a excluir a la recurrente del proceso de Trato Directo, se funda en aquellas facultades discrecionales que emanan, precisamente, de esta excepcional

forma de contratación directa o trato directo y que lo habilita para designar directamente las empresas con las cuales va a contratar, siempre y cuando exista una resolución previa que autorice fundadamente esta forma de contratación, por encontrarse en una situación de emergencia, urgencia o imprevisto y se cuente con a lo menos, tres presupuestos. En todo caso, los antecedentes pretéritos de la empresa recurrente hacía razonable tenerlos en consideración al momento de ejercer la autoridad esta facultad discrecional. Así las cosas, el actuar de la recurrida no puede ser calificado de arbitrario.

La novedad de esta sentencia es que la Corte de Apelaciones en su considerando duodécimo precisa “a mayor abundamiento” que

resulta necesario hacer presente que para el caso sub judice el legislador ha previsto en el artículo 24 de la Ley N°19.886 las acciones de impugnación contra los actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por dicha ley, la que debe ser ejercida ante el Tribunal de Contratación Pública, en un procedimiento contencioso, razón por la cual, la acción constitucional de protección no puede ser la vía idónea para conocer de este tipo de materias.

De acuerdo con el considerando citado, la Corte de Apelaciones de Santiago concluye que el tribunal competente para conocer sobre este tema es el Tribunal de Contratación Pública, por lo que resulta necesario exponer a continuación cómo ha resuelto estas controversias dicho tribunal.

Tal como indicó la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N° 14.471 de 2016, conforme al inciso primero del artículo 24 de la Ley N° 19.886, el Tribunal de Contratación Pública “será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos

administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley”, y agrega su inciso segundo que: “La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive”.

El propio Tribunal de Contratación Pública, según consta en la Cuenta Pública del año 2018, ha reconocido una limitación en su competencia para conocer sobre las contrataciones bajo la modalidad de trato directo, al señalar el entonces presidente del Tribunal que son “(...) las limitaciones propias de nuestra competencia que no nos permiten conocer de la ejecución del contrato o de la adquisición vía contratación directa (...)” (Tribunal de Contratación Pública, Cuenta Pública 2018).

En el mismo sentido, según consta en Causa Rol 115-2019, el Tribunal de Contratación Pública ha indicado:

Que, teniendo en consideración, que el trato o contratación directa no se encuentra comprendido dentro de las materias de conocimiento de este Tribunal, al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 24 señalado precedentemente, se declara que este Tribunal no es competente para conocer de la demanda de fojas 1 y siguientes (Coan Chile Spa con Junaeb, 2019, Rol de ingreso N° 115-2019 Tribunal Contratación Pública).

Teniendo en cuenta dicha interpretación, y la limitación en materia de competencia que ha aplicado el Tribunal de Contratación Pública, se puede afirmar que no existe jurisprudencia relevante en materia de trato directo y, particularmente, de potestades discrecionales en este ámbito. El tribunal toca aspectos de discrecionalidad respecto de las potestades de la Administración para declarar desierta una licitación o en el contexto de la evaluación de las comisiones evaluadoras, y refleja en

ciertas sentencias una confusión acerca del contenido de la discrecionalidad, equiparándola incluso con la arbitrariedad, según consta en las siguientes citas:

(...) la exigencia de fundamentación de los actos administrativos se relaciona con el recto ejercicio de las potestades otorgadas a la Administración; ya que permiten garantizar que las mismas se ejerzan de acuerdo a los principios de juridicidad el que lleva implícito el de racionalidad, evitando todo abuso o exceso o discrecionalidad (Paisajismo Cordillera S.A. con I. M. de Maipú, 2018, c. 36).

Conforme a lo indicado, cabe preguntarse ¿qué ocurre con el particular que pretende reclamar respecto del ejercicio de la potestad discrecional del artículo 8.º de la Ley N° 19.886 como ocurrió en la causa Rol N° 14.471 de 2016 de la Corte de Apelaciones de Santiago? ¿Cuál es el organismo competente para conocer respecto de la ilegalidad o arbitrariedad en el ejercicio de una potestad discrecional en el marco de un trato directo?

Teniendo presente lo expuesto por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa ya citada, en cuanto indica que el tribunal competente es el Tribunal de Contratación Pública, apreciación con la que concordamos, nos parece adecuado y pertinente efectuar una crítica a la supuesta falta de competencia que alude el propio Tribunal de Contratación Pública.

Según consta en la historia de la Ley N° 19.886, la creación del Tribunal de Contratación Pública no fue considerada en el mensaje, sino que tal organismo fue incorporado en el segundo trámite reglamentario<sup>3</sup>, precisando que “el proyecto crea un tribunal especial con competencia para el conocimiento y juzgamiento de los conflictos que pueden derivar de la aplicación, interpretación y cumplimiento de los actos jurídicos que se generarán con motivo de esta ley”.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Segundo trámite constitucional: Senado, Oficio de Corte Suprema. Fecha 17 de junio, 2002. Oficio en Sesión 7. Legislatura 347.

<sup>4</sup> Segundo trámite constitucional: Senado, Oficio de Corte Suprema. Fecha 17 de junio, 2002. Oficio en Sesión 7. Legislatura 347.

En el oficio de la Corte Suprema citado anteriormente, el profesor Mario Garrido Montt hace presente la competencia bien determinada del Tribunal, que abarca la aprobación de las bases hasta la adjudicación, a partir de lo discutido en el Primer Informe de Comisión de Constitución respecto de la creación de este Tribunal, en que se indica que la creación del propio sistema de compras requiere la existencia de

[una] instancia judicial específica, concordante con las decisiones de carácter internacional adoptadas por el país, ya que en la casi totalidad de los acuerdos comerciales internacionales se establecen tribunales especiales, independientes de la administración ordinaria de justicia, para resolver las disputas relacionadas con la contratación pública”<sup>5</sup>.

A pesar de ello, estimamos que el espíritu de la ley nunca fue excluir de la competencia del Tribunal de Contratación Pública las contrataciones bajo la modalidad de trato directo, sino que la intención era que el conocimiento de dicho tribunal abarque todos aquellos conflictos que se generen por la aplicación de la ley, y dicha restricción, desde la aprobación de las bases hasta la adjudicación, dice relación con un aspecto más temporal y no sustantivo.

Sobre el particular, consta en el mismo Informe de Comisión de Constitución, que se discutió, incluso, sobre la creación de los tribunales contencioso administrativos, y atendido que ello merecía un mayor tiempo de análisis, se creó este Tribunal, con el objeto de que sea un organismo el que conozca sobre los conflictos que se generan a partir de la aplicación de la Ley N° 19.886.

Nuestra postura acerca de que la competencia del Tribunal de Contratación Pública abarca también los tratos directos es sostenida por la Corte Suprema, según consta en sentencia de fecha 13 de mayo de 2020 de causa Rol N° 18.454-2019, en la que señala

que a la contratación pública se le aplican los principios de todo procedimiento, como son los de escrituración, gratuidad, celeridad, que sea conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, no formalización, abstención, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad, y es el principio de impugnabilidad previsto en los artículos 4 y 15 de la Ley N° 19.880, que debe servir de orientación en la interpretación de las reglas de competencia establecidas en los incisos 1.° y 2.° del artículo 24 de la Ley N° 19.886.

En la citada sentencia, la Corte Suprema interpreta que, sin perjuicio de que la contratación mediante trato directo no se encuentra incluida expresamente dentro de la competencia de ese tribunal, se puede desprender que este sí podría resolver acciones de impugnación que se susciten con motivo de dicha contratación, destacando que, aun así, esta es materia que le corresponde aclarar al legislador, según consta a continuación:

Noveno: Así las cosas, considerando que el legislador no ha excluido de manera expresa la modalidad de trato directo dentro de la competencia del Tribunal de Contratación Pública; lo dispuesto en los artículos 5 y 7 de la Ley N° 19.886; el principio de impugnabilidad contemplado en los artículos 4 y 15 de la Ley N° 19.880; y que el artículo 52 del Reglamento de la Ley N° 19.886 hace aplicables a la contratación directa las normas de la licitación pública y de la licitación privada, en principio cabría reconsiderar la jurisprudencia del señalado Tribunal, sin perjuicio de reconocer que la materia en última instancia debe ser resuelta por el Legislador, toda vez que las reglas de competencia no sólo deben ser establecidas por la ley, sino que además han de ser claras, precisas y determinadas, a fin de no desbordar los límites impuestos por los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República (Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019, c. 9.°).

<sup>5</sup> Senado. Fecha 18 de noviembre, 2002. Informe de Comisión de Constitución en Sesión 20. Legislatura 348.

Atendida la intención del legislador al crear el Tribunal de Contratación Pública, estimamos que no resulta aceptable que sea este propio organismo quien deje en indefensión a los particulares cuando se sienten vulnerados en sus derechos y, aún más, que a la fecha este conflicto de competencia no haya sido solucionado por el legislador. No resulta irrelevante el hecho de excluir del conocimiento del Tribunal de Contratación Pública aquellos conflictos generados por contrataciones emanadas de tratos directos, por cuanto se genera una distinción infundada entre el particular cuyo contrato emana de una licitación versus el que proviene de un trato directo, con la consecuente indefensión del primero y una mayor carga para él, por lo que este debe recurrir a instancias administrativas, reclamar ante la Contraloría General de la República o ventilar la controversia ante los Tribunales Ordinarios, en contraposición al particular que participó de una licitación, pública o privada, quien cuenta con un tribunal especial que resolverá de manera más ágil.

Cabe agregar que el presidente de la república presentó un Mensaje con fecha 30 de marzo de 2021 (conforme consta en el boletín 14137-05) con el que inicia un proyecto de ley que moderniza la ley N° 19.886 y otras leyes para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del estado.

El proyecto indicado, entre otros aspectos, pretende modificar el actual artículo 24 de la Ley N° 19.886, ampliando la competencia del Tribunal de Contratación Pública; y establece lo siguiente:

Artículo 24.- El Tribunal de Contratación Pública será competente para conocer:

1. De la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos de contratación con organismos del Estado afectos al régimen señalado en los incisos tercero y cuarto del artículo 1°.

2. De la acción de impugnación interpuesta contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos durante la ejecución de un contrato administrativo con los organismos del Estado afectos al régimen señalado en los incisos tercero y cuarto del artículo 1°.

3. De la acción de impugnación contra cualquier acto ilegal o arbitrario cometido por la Dirección de Compras y Contratación Pública, en los procedimientos y acciones relativas al Registro de Proveedores, contemplado en el artículo 16.

4. Del requerimiento de impugnación señalado en el artículo 30 quater, contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos de contratación con organismos de la Administración del Estado, solicitado por la Dirección de Compras y Contratación Pública.

5. De la acción de nulidad contra los contratos celebrados por los órganos de la Administración del Estado, con infracción de las normas del Título VII de la presente ley.

La mencionada modificación de la Ley N° 19.886, la cual, a marzo de 2022, se encuentra en el segundo trámite constitucional en el Senado, vendría a corregir la falta de competencia del Tribunal, por cuanto, en su numeral 1 establece que su conocimiento se extiende a todo tipo de contratación, sin efectuar distinción o exclusión en cuanto a la modalidad de ella. En consideración a lo expuesto, una vez publicado como ley el proyecto en cuestión, estimamos que no deberían surgir los conflictos de competencia expuestos en este título en situaciones futuras, no pudiendo el Tribunal de Contratación Pública excusarse de conocer los conflictos que se generen en los procedimientos de contratación, independientemente de la modalidad adoptada.

### *8.3.3. Control ejercido por la Contraloría General de la República*

Finalmente, cabe analizar la vía que actualmente muchos particulares utilizan, y que corresponde a

las denuncias o solicitudes que se presentan ante la Contraloría General de la República.

Este organismo, en ciertos casos, ha manifestado su deber de abstención frente a la competencia que corresponde al Tribunal de Contratación Pública, según consta en Dictamen N° 43.048 de 10 de agosto de 2009:

(...) cabe concluir —en conformidad a lo manifestado en los dictámenes N°s 55.887, de 2004 y 30.231, de 2009, de esta Entidad de Control—, que la referida ley N° 19.886 contempla un procedimiento especial de reclamación en contra de las cuestiones que se susciten durante la tramitación de las licitaciones y la adjudicación de los contratos, estableciendo además un órgano jurisdiccional encargado de conocer y resolver dichas impugnaciones, sin que resulten procedentes, por ende, otros trámites o instancias que los previstos al efecto en la normativa pertinente.

Sin embargo, en otras situaciones, pese a ser materias de competencia del Tribunal de Contratación Pública, el organismo contralor igualmente emite un pronunciamiento frente a la denuncia de particulares, tal como consta en dictamen N° 24.503 de 2018:

(...) dado que de los antecedentes tenidos a la vista no se aprecia que el error en que incurrió el licitante importe que dichas circunstancias se hayan verificado en la situación específicamente analizada, y que tampoco se observa que lo reclamado pudiera incidir en los resultados de este concurso -ya que de las actas de evaluación consta que la oferta adjudicada obtuvo el mejor puntaje en los factores técnico y económico-, no procede acoger la reclamación del interesado.

Asimismo, la Contraloría General de la República ha emitido pronunciamientos en asuntos o controversias relativos a contrataciones mediante trato directo, según se expone en dictamen N° 35.861 de 2016 sobre la denuncia de un particular frente a una supuesta irregularidad en la contratación de recolección de residuos:

“(…) la jurisprudencia administrativa de este Organismo Contralor contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 23.220, de 2011; 69.865, de 2012, y 62.834, de 2014, ha concluido que cualquiera que sea la causal en que se sustente un eventual trato directo, al momento de invocarla, no basta la sola referencia a las disposiciones legales y reglamentarias que lo fundamenten, sino que, dado su carácter excepcional, se requiere una demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia, debiendo acreditarse de manera suficiente la concurrencia simultánea de todos los elementos que configuran las hipótesis contempladas en la normativa cuya aplicación se pretende”.

Respecto de la discrecionalidad, del análisis efectuado de la jurisprudencia emanada de la Contraloría General de la República, hemos podido concluir que el organismo contralor no ha manifestado de manera expresa que las Leyes N° 18.575 o N° 19.886 hayan otorgado una potestad discrecional en favor de la Administración, para determinar la modalidad de contratación, particularmente acerca de la licitación privada o trato directo.

La discrecionalidad en la contratación administrativa no ha sido un tema desarrollado en profundidad por la Contraloría General de la República, como sí ocurre en el ámbito de la función pública o en materia sancionatoria.

La CGR expresa el concepto de “discrecionalidad” en relación con la Ley N° 19.886, al referirse a las potestades de los órganos de la Administración para exigir requisitos técnicos (Dictamen N° 65.731, 2013) o al indicar que

la decisión que adopta la Administración determinando quiénes serán sus invitados a participar en el procedimiento concursal, constituye el ejercicio de una facultad discrecional que, por su naturaleza, debe ejercerse en cumplimiento de las atribuciones de la autoridad, en prosecución de los fines del servicio y de la normativa aplicable, de manera razonada (Dictamen N° 24.385, 2018).

mas no sobre la naturaleza de la potestad de elegir una modalidad de contratación. Por otra parte, hemos observado que en ciertos dictámenes existe una confusión sobre el concepto de discrecionalidad, al igual como ocurre con el Tribunal de Contratación Pública, como puede observarse en las siguientes citas:

(...) la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 33.622, de 2008, y 42.588, 2013, ha precisado que la antedicha prerrogativa de la Administración no puede ejercerse con discrecionalidad absoluta ni arbitrariamente, sino obedeciendo a una causa sustantiva, que ha de expresarse en el correspondiente acto administrativo, acorde con los principios de certeza, seguridad jurídica, y protección de la confianza legítima de los sujetos que participan en procedimientos licitatorios (Dictamen N° 76.920, 2015).

(...) no puede ejercerse con discrecionalidad absoluta ni arbitrariamente, por cuya razón la disposición en comento demanda que se exprese y deje constancia del fundamento que motiva la medida en que recae (Dictamen N° 33.622, 2008).

De los extractos anteriores, podemos indicar que la CGR al señalar que “no puede ejercerse con discrecionalidad absoluta ni arbitrariamente” está realizando una especie de igualdad entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, asumiendo que en lo que denomina “discrecionalidad absoluta” no existiría fundamentación, lo que se aleja de todo lo que hemos expuesto en el presente trabajo, en cuanto a que el ejercicio de toda potestad discrecional exige siempre un razonamiento y la expresión de los motivos que tuvo presente la Administración al momento de adoptar su decisión; y, por otra parte, tal como señala parte de la doctrina, a la cual adherimos, no existe un ejercicio de potestades discrecionales absoluto, por cuanto toda potestad discrecional cuenta con un aspecto reglado.

Ahora bien, la Contraloría General de la República indica de manera reiterativa que la licitación pública

constituye la regla general, y en aquellos casos en que se verifique alguna de las situaciones descritas en el artículo 8.º de la Ley N° 19.886 y artículo 10 de su reglamento complementario, la Administración se encuentra habilitada para contratar mediante los procedimientos de licitación privada o trato directo, como consta en dictamen N° 72.367 de 2014:

“(…)la licitación pública es la regla general para que las referidas entidades convengan el suministro a título oneroso de bienes o servicios, admitiendo, excepcionalmente, la posibilidad de llevarlos a cabo mediante licitación privada o trato directo, en la medida que concurra alguna de las situaciones contempladas en el artículo 8º de la citada ley N° 19.886, o en el artículo 10 de su reglamento, contenido en el decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda (aplica dictamen N° 17.016, de 2013)”.

Respecto de las modalidades de contratación, particularmente de la licitación privada y trato directo, ha enfatizado en la obligatoriedad de la Administración de fundamentar las resoluciones que sustentan la decisión al momento de elegir un determinado procedimiento, y que cuenten con un argumento racional admitido por el ordenamiento jurídico y se encuentren plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal vigente, conforme puede observarse en las líneas que siguen:

Al respecto, este Organismo Contralor ha concluido, a través de los dictámenes N°s 23.220, de 2011; 69.865, de 2012 y 62.834, de 2014, que cualquiera que sea la causal en que se sustente un eventual trato directo, no basta la sola referencia a las disposiciones legales y reglamentarias que lo fundamenten, sino que, dado su carácter excepcional, se requiere al momento de invocarla, una demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia, debiendo acreditarse de manera suficiente la concurrencia simultánea de todos los elementos que configuran las hipótesis contempladas en la normativa cuya aplicación se pretende (Dictamen N° 42.470, 2015).

A nuestro juicio, la Contraloría ha destacado la obligación de los órganos de la Administración de fundamentar sus actos administrativos, resultando procedente analizar a continuación cuál es el efecto de los pronunciamientos de la CGR, y si este mecanismo utilizado por los particulares, a través de denuncias o presentaciones, resguardan verdaderamente sus derechos.

En dictamen N° 8.591 de 2019 se impugna por un particular la asignación por trato directo efectuado por el Ejército de Chile, por no estar justificada la causal utilizada. El organismo contralor concluye que no se acreditaron los hechos que fundaron la causal, por lo que

dado que no se ha demostrado la concurrencia de todos los elementos que configuran la causal de trato directo invocada, es menester concluir que aquel por el que se reclama no se ajustó a derecho, por lo que el Ejército de Chile deberá adoptar las medidas tendientes a que la situación en comento no se reitere en lo sucesivo.

En el mismo sentido, en dictamen N° 85.879 de 2016, la I. Municipalidad de La Cisterna no expuso los argumentos de hecho que permitirían fundar una causal de trato directo, por lo que la CGR indicó que “esa municipalidad deberá adoptar las medidas que resulten pertinentes a efectos de que, en lo sucesivo, sus resoluciones indiquen de manera clara y precisa los antecedentes de hecho y de derecho en que se fundan”.

Sobre el mismo tema, en dictamen N° 80.806 de 2013, frente a una denuncia por la falta de acreditación en la causal de trato directo utilizada por el Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente, la CGR observa la falta de fundamentación del trato directo, además de otras omisiones por parte del organismo fiscalizado, haciendo presente que

cualquiera sea la causal que se invoque para un trato directo, no basta para fundamentarlo la sola referencia a disposiciones legales y reglamentarias, sino que, dado el carácter excepcional de esta modalidad, se requiere la demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia, debiendo acreditarse de manera suficiente la concurrencia simultánea de todos los elementos que configuran las hipótesis contempladas en la normativa cuya aplicación se pretende,

por lo que ordena la instrucción de sumario administrativo.

Conforme a la jurisprudencia citada, es posible concluir que la Contraloría General de la República, frente a la falta de fundamentación en las contrataciones vía trato directo, en algunos casos instruye al órgano de la Administración para que, en lo sucesivo, motive sus actos, y en las situaciones consideradas de mayor gravedad, ordena la aplicación de sumarios administrativos, todo ello sin perjuicio de las representaciones que efectúa en el control *ex ante* de los actos administrativos.

## **9. Conclusión**

En virtud del principio de juridicidad, el legislador establece en favor de los organismos públicos potestades administrativas para la satisfacción de necesidades públicas. Estas potestades pueden tener la calidad de regladas o discrecionales, según el margen de

libertad que otorguen a los órganos en cuyo favor sean establecidas.

Respecto de las regladas, basta con verificar la circunstancia de hecho consagrada en la norma

constitucional o legal y aplicar el resultado que ella prevé, a diferencia de lo que ocurre con las discrecionales, que otorgan a la Administración la posibilidad de elegir, frente a opciones igualmente válidas jurídicamente, según aspectos de mérito, conveniencia u oportunidad.

Estas potestades discrecionales no otorgan en ningún caso una libertad al margen del ya indicado principio de juridicidad, sino que, la Administración se encuentra con el deber de fundamentar y expresar los motivos que tuvo presente al momento de ejercer la potestad y adoptar una decisión.

Respecto del control de las potestades discrecionales, es posible indicar que siempre son controlables, teniendo presente que cuentan con un ámbito reglado que permitirá a los tribunales ejercer una fiscalización de su ejercicio, llegando incluso a aplicar el denominado test de racionalidad, a fin de determinar si su ejercicio fue o no arbitrario. Y es posible reconocer que existen distintas posturas respecto de si el control puede derivar o no en la sustitución del acto emanado por la Administración.

En materia de contratación pública, podemos concluir que existen potestades discrecionales establecidas en favor de la Administración, tanto en el artículo 9.º de la Ley N° 18.575 como también en el artículo 8.º de la Ley N° 19.886, las que siempre deben ejercerse como ya se indicó, de manera fundada, expresando los motivos y la finalidad para la que fueron consagradas.

Respecto del control de ellas, observamos que existe una intervención por parte de los tribunales ordinarios de justicia, del Tribunal de Contratación Pública y de la Contraloría General de la República, pudiendo afirmarse lo siguiente:

La Corte Suprema ha indicado que toda potestad discrecional está afecta al control jurisdiccional, debiendo el órgano de la Administración expresar los motivos y fundamentar su ejercicio, a fin de que no sea ella arbitraria ni ilegal, no resultando procedente la sustitución de la decisión de la Administración por parte de la jurisdicción.

La Corte Suprema y Corte de Apelaciones han concluido que el Tribunal de Contratación Pública goza de competencia para conocer de los conflictos que se generen en todo tipo de contratación regida por la Ley N° 19.886.

El Tribunal de Contratación Pública ha limitado su propia competencia, absteniéndose de conocer sobre las acciones que deriven de la modalidad de trato directo. Como se indicó, dicha limitación no debería verificarse en futuros conflictos, una vez que sea publicada como ley, el proyecto que moderniza la Ley N° 19.886, el que, entre otros puntos, amplía la competencia del mencionado tribunal.

La Contraloría General de la República en ciertos casos reconoce la competencia del Tribunal de Contratación Pública y en otros se pronuncia directamente sobre la denuncia o presentación efectuada por particulares relativa a tratos directos regidos por la Ley N° 19.886.

De la exposición sucinta de lo observado en la jurisprudencia judicial y administrativa, es que podemos concluir que no existe claridad para los particulares que se vean afectados por un ejercicio ilegal o arbitrario de la potestad discrecional establecida en el artículo 8.º de la Ley N° 19.886 sobre el procedimiento que deben adoptar cuando se vean afectados en sus derechos.

Estimamos que el tribunal competente para conocer sobre la materia es el Tribunal de Contratación Pública, pero ha sido este propio organismo quien ha manifestado su falta de competencia.

A fin de otorgar a los particulares certeza acerca del mecanismo para ejercer las acciones que resulten procedentes, es que consideramos que es imprescindible que la modificación de la Ley N° 19.886 se materialice en el corto plazo, a fin de que no exista duda alguna respecto de la competencia del Tribunal de Contratación Pública frente a las contrataciones vía trato directo, y que se establezcan, además, herramientas suficientes para esta entidad, a fin de entregar a todos los privados

que se vean afectados en sus derechos la seguridad de conformidad con la Constitución y la ley.  
que sus pretensiones serán escuchadas y resueltas en

## Referencias

- Arancibia Mattar, J. (1996). Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del recurso de protección. *Revista de Derecho Público, Universidad de Chile*, (60), 99-124.
- Aróstica Maldonado, I. (1986). La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (10), 499-520. <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/184>.
- Bermúdez Soto, J. (1996). El control de la discrecionalidad administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (17), 275-284. <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/343>.
- Casais Zelis, M. (2019). Montesquieu C/Tutela Judicial Efectivas/Discrecionalidad Administrativa. *Academia.edu* 1-17. [https://www.academia.edu/39480496/\\_MONTESQUIEU\\_C\\_TUTELA\\_JUDICIAL\\_EFECTIVA\\_S\\_DISCRECIONALIDAD\\_ADMINISTRATIVA\\_email\\_work\\_card=title](https://www.academia.edu/39480496/_MONTESQUIEU_C_TUTELA_JUDICIAL_EFECTIVA_S_DISCRECIONALIDAD_ADMINISTRATIVA_email_work_card=title).
- Cordero Vega, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª ed. corregida). Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters.
- Dromi, R. (2010). *Licitación Pública* (4ª ed.). Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- Ferrada Bórquez, J.C. (2007). Las Potestades y Privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno. *Revista de derecho (Valdivia)*, 20(2). 69-94. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000200004>.
- Flores Rivas, J.C. (2019). Revisión de los contratos administrativos: el adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (53), 67-98. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512019005000403>.
- Flores Rivas, J.C. (2020). ¿Es la licitación pública la regla de general aplicación en contratación administrativa? *Revista De Derecho Administrativo Económico*, (31), 93-124. DOI: <https://doi.org/10.7764/redae.31.4>
- Gallo, W.; Nátaly, R.; Sanabria, A.; Brito, X.; Abcarius, L. (Coords.) (2018). *Derecho Administrativo para el Siglo XXI, Hacia el Garantismo (sic) Normativo y la Transparencia Institucional*. Ciudad de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerias, Brasil: Editora Fórum Ltda. file:///C:/Users/usuario/Downloads/DERECHO\_ADMINISTRATIVO\_PARA\_EL\_SIGLO\_XXI.pdf.
- Gómez González, R.F. (2020). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. *Revista Ius et Praxis*, (2), 193 - 218.
- Huepe Artigas, F. (2018). *Discrecionalidad Administrativa y Razonabilidad*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Oelckers Camus, O. (1977). El Principio de Legalidad como supuesto de la Potestad Administrativa. *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, (1), 111-151. <http://rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/10/5>.
- Parejo Alfonso, L. (2012). *Lecciones de Derecho Administrativo* (5ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch. file:///C:/Users/usuario/Documents/Magister/Tesis/Lecciones\_de\_Derecho\_Administrativo-Luci.pdf.
- Piery Arrau, P. (1984). El Control de la Discrecionalidad Administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (8). <http://rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/121>.
- Saavedra Fernández, R. (2011). *Discrecionalidad Administrativa*. Santiago: Legal Publishing Chile.

Soto Kloss, E. (2010). *Derecho Administrativo: Temas Fundamentales* (2ª ed. actualizada). Santiago de Chile: Abeledo Perrot.

Tribunal de Contratación Pública. (2018). *Cuenta del Tribunal de Contratación Pública*. 09 de agosto de 2018. <https://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/cuenta-publica/>.

## Normativa

Constitución Política de la República de Chile de 1980 (Chile).

Ley N° 18.575, establece Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial, 5 diciembre 1986.

Ley N° 19.653, Sobre Probidad Administrativa. Diario Oficial, 14 diciembre 1999.

Ley N° 19.886, Establece Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Diario Oficial, 30 julio 2003.

DS N° 250, de 24 de septiembre de 2004, del Ministerio de Hacienda, que Aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886. Diario Oficial, 24 septiembre 2004.

DS N° 821, del 21 de enero de 2020, del Ministerio de Hacienda, que Modifica el Decreto Supremo N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que Aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Diario Oficial, 21 de enero de 2020.

## Jurisprudencia judicial y administrativa citada

Boletín 14137-05 de 29 de marzo de 2021, que moderniza la ley N°19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado.

Cega Suministra Spa con Subsecretaría de Redes Asistenciales (2020): Tribunal Contratación Pública, 29 de julio 2020 (Acción de impugnación), Rol N° 193-2020.

Coan Chile Spa con Junaeb (2019): Tribunal Contratación Pública, 20 de mayo 2019 (Acción de impugnación), Rol N° 115-2019.

Constructora Sur y Cía. Ltda. con I. Municipalidad de Chiguayante (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de diciembre de 2015 (Resolución incidente especial de incompetencia absoluta), Rol I.C. N° 8180-2015. [https://app-vlex-com.uandes.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content\\_type:2+source:1991/vid%3A642978133./WW/vid/642978133](https://app-vlex-com.uandes.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:1991/vid%3A642978133./WW/vid/642978133).

Cygsa Chile S.A. con Dirección General de Obras Públicas, Consejo de Defensa del Estado (2017): Corte Suprema, 20 de febrero de 2018 (Queja), Rol N° 38.914-2017.

- Dictamen 36.029 (2005): Contraloría General de la República, 3 de agosto de 2005, en [www.contraloria.cl](http://www.contraloria.cl).
- Dictamen N° 33.622 (2008): Contraloría General de la República, 21 de julio de 2008, en [www.contraloria.cl](http://www.contraloria.cl).
- Dictamen N° 68.345 (2009): Contraloría General de la República, 09 de diciembre de 2009, en [www.contraloria.cl](http://www.contraloria.cl).
- Dictamen N° 43.048 (2009): Contraloría General de la República, 10 de agosto de 2009, en [www.contraloria.cl](http://www.contraloria.cl).
- Dictamen N° 65.731 (2013): Contraloría General de la República, 11 de octubre de 2013, en [www.contraloria.cl](http://www.contraloria.cl).
- Dictamen N° 42.470 (2015): Contraloría General de la República, 28 de mayo de 2015, en [www.contraloria.cl](http://www.contraloria.cl).
- Dictamen N° 24.385 (2018): Contraloría General de la República, 28 de septiembre de 2018, en [www.contraloria.cl](http://www.contraloria.cl).
- Empresas Aguas de Chile Spa con Intendencia Región del Ñuble (2019): Tribunal Contratación Pública, 21 de febrero 2019 (Acción de impugnación), Rol N° 51-2019.
- Investigación Especial N° 953 de 2016, emitida por la Contraloría General de la República. <https://www.camara.cl/datosexternos/views/verdoc.aspx?prmTIPO=OFICIOFISCALIZACIONRESPUESTA&prmID=62166&prmDestino=0&prmNumero=035003>.
- Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas (2019): Corte Suprema, 13 de mayo de 2020 (Recurso de Apelación), Rol N° 18.454-2019.
- Paisajismo Cordillera S.A. con Ilustre Municipalidad de Maipú (2018): Tribunal Contratación Pública, 26 de diciembre de 2018 (Acción de impugnación), Rol N° 40-2018.
- Pey Tumanoff Roxana contra Mario Fernández Baeza Vicepresidente de la República y Otro (2017): Corte Suprema, 19 de junio 2017 (Recurso de Apelación), Rol N° 3598-2017.
- Sociedad Comercial Millennium Limitada con Dirección de Compras de Carabineros de Chile (2019): Tribunal Contratación Pública, 08 de octubre de 2019 (Acción de impugnación), Rol N° 225-2019.
- The Pegasus Group Company S.A. con Estado Mayor Conjunto (2019): Tribunal Contratación Pública, 11 de enero de 2019 (Acción de impugnación), Rol N° 1-2019.