

# **El órgano director en el procedimiento administrativo**

**Ernesto Jinesta L.**

## **Introducción**

Nuestra Ley General de la Administración Pública de 1978, tiene una evidente laguna normativa en lo relativo al órgano director del procedimiento administrativo. Esa legislación carece de un tratamiento sistemático, coherente y exhaustivo de ese instituto lo que ha provocado una gran incertidumbre aplicativa e interpretativa por parte de los operadores jurídicos cotidianos del procedimiento administrativo.

Solo a partir de un análisis inductivo de una serie de normas jurídico-positivas y de pronunciamientos de la Sala Constitucional y de la Procuraduría General de la República (PGR), resulta posible reconstruir la noción, los alcances, las características y las competencias del órgano director del procedimiento administrativo. La presente, es una primera aproximación al instituto con el propósito evidente de clarificarlo y delimitar sus contornos.

### **1.- Diferencias entre órgano director o instructor y órgano decisor**

En nuestra práctica jurídica es usual la distinción o deslinde entre el órgano instructor o director del procedimiento, que lo instruye y conforma el expediente administrativo a efecto de averiguar la verdad real de los hechos y el decisor que adopta el acto administrativo que concluye normalmente el procedimiento con vista en la prueba recabada y tramitada por el instructor. La diferencia no carece, como lo veremos infra, de sustento normativo, puesto que, algunos artículos de la LGAP hacen mención explícita al órgano director del procedimiento. Específicamente, el artículo 60, párrafo 2º, de la LGAP dispone que la competencia podrá estar limitada “(...) *por la naturaleza de la función que corresponda a un órgano dentro del procedimiento administrativo en que participa*”, texto normativo a partir del cual se vislumbra una diferencia entre las competencias de instrucción y de decisión.

El desdoblamiento de las dos categorías tiene fundamento en el carácter predominantemente escrito del procedimiento administrativo y en el volumen y nivel de competencias y responsabilidades del órgano decisor, quien, normalmente esta imposibilitado, temporalmente, para instruir un procedimiento administrativo.

Obviamente, en nuestro criterio nada impide que el órgano decisor pueda, también, eventualmente instruir y fungir como órgano director si la naturaleza de sus funciones o responsabilidades y carga de trabajo no se lo impiden, puesto que, se aplicaría la máxima según la cual el que puede lo más puede lo menos. De modo que, salvo razones de oportunidad, conveniencia y volumen de trabajo nada descarta la coincidencia de las dos funciones en el órgano competente para dictar el acto final. Lo que si no sería admisible es que el órgano director incompetente para dictar el acto final lo haga, al producirse una incompetencia manifiesta que provocaría una nulidad absoluta por infringir el ordinal 129 de la LGAP. Quienes utilizan como argumento para defender la identidad física entre el órgano director y el decisor, han invocado el artículo 352, párrafo 1º, de la LGAP, en cuanto dispone que el órgano director resolverá el recurso de revocatoria. Sin embargo, la norma tiene una correcta inteligencia para los supuestos excepcionales en que media identidad física entre el órgano director y el decisor, adicionalmente, debe tomarse en consideración que existen actos de trámite de efectos propios, esto es, que suspenden indefinidamente o hacen imposible la continuación del procedimiento al poner término, indirectamente, al fondo del asunto (artículo 345, párrafo 3º, de la LGAP) que son recurribles o bien algunas resoluciones interlocutorias que por disposición expresa están sujetas a los recursos ordinarios (v. gr. La reducción o anticipación de los plazos destinados a la Administración, ex artículo 265, párrafo 2º, de la LGAP), de modo que en tales circunstancias tiene pleno sentido que el órgano director conozca de tales medios de impugnación. Adicionalmente, los artículos 344, párrafo 1º, y 345, párrafo 1º, establecen que también son susceptibles de impugnarse a través de los recursos ordinarios –dentro de los cuales se encuentra el de revocatoria- algunos actos de trámite, tales como el que inicia el procedimiento, el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba en el procedimiento ordinario, el rechazo ad portas de la petición y la denegatoria de la audiencia de conclusiones en el procedimiento sumario. Es claro que en todos estos supuestos, quien debe conocer del recurso de revocatoria es el órgano director o instructor, por cuanto es el que instruye o tramita el expediente administrativo y se encarga de dictar todas las providencias y autos necesarios para impulsar el procedimiento, razón por la cual no tendría ningún sentido que el órgano decisor lo haga.

Resulta claro que discrepamos de quienes han sostenido que debe existir una coincidencia ineludible entre el órgano director y el decisor del procedimiento administrativo, dado que, tal postura ignora la vertebración jerárquica y la distribución o división de trabajo interna, propia de una organización administrativa. En todo caso, la identidad física del órgano

director o instructor y decisor sería lo deseable en el marco de un procedimiento administrativo, prevalentemente, oral que dista mucho del modelo predominantemente escrito consagrado por el legislador del 78 en el Libro Segundo de la LGAP. De otra parte, no cabe enjuiciar y valorar los procedimientos administrativos con los parámetros aplicables a los procesos jurisdiccionales a cargo del Poder Judicial so pena de judicializarlos. Debe tomarse en consideración que el Poder Judicial tiene por función material la jurisdiccional (juzgar y ejecutar lo juzgado) hetero-compositiva que se ejerce a través de órganos imparciales e independientes, en tanto que las administraciones públicas y sus órganos, además de conocer y resolver los procedimientos administrativos, ejercen cotidianamente una función administrativa activa, consultiva o de fiscalización de cuya atención y cumplimiento no pueden abstraerse los órganos con competencias de decisión para estar instruyendo y sustanciando los procedimientos a tiempo completo, de ahí la necesidad y justificación del binomio órgano director-órgano decisor.

## **2.- Competencias de instrucción u ordenación del órgano director**

El órgano instructor o director tiene facultades o competencias de ordenación e instrucción y no de carácter decisorio. Consecuentemente le corresponde dirigir la instrucción del procedimiento e impulsarlo, esto es, resolver interlocutoriamente y preparar los autos para el dictado del acto final por parte del órgano decisor. Así lo confirma el ordinal 221 de la LGAP, al disponer lo siguiente:

*“En el procedimiento administrativo se deberán verificar los hechos que sirven de motivo al acto final en la forma más fiel y completa posible, para lo cual el **órgano que lo dirige** deberá adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún en contra de la voluntad de éstas últimas” (la cursiva y la negrita no son del original).*

Tales competencias meramente de instrucción son ratificadas, por su emplazamiento sistemático en el Libro II de la LGAP –relativo al procedimiento administrativo-, por los artículos 227, 230, 248, 249, 267, 282, 300, 301, 304, 314, 315, 316, 318, 323, 326, 332, 333, 349 y 352.

Sobre el particular, la Sala Constitucional en el Voto 1142-99 de las 19:12 hrs. de 17 de febrero de 1999 estimó lo siguiente:

*“II.- No es el órgano director del procedimiento el que ha de dictar el acto final pues su finalidad es, al tenor de lo dispuesto en el artículo 221 de la Ley General de la Administración Pública, verificar la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final, esto es, instruir el proceso únicamente, no resolver el fondo del asunto. En este sentido, quienes instruyen no pueden luego resolver y dictar el acto final (...)”*

### **3.- Designación del órgano director**

Se requiere que el órgano decisor, antes de incoar el procedimiento administrativo, designe, de forma expresa o razonablemente implícita o tácita (artículos 137 y 138 de la LGAP), al órgano director o instructor del procedimiento, con lo cual debe tratarse de un funcionario o servidor público adscrito, que haya sido designado regularmente y entrado en posesión del cargo, puesto que, de lo contrario no podría ser designado por la ley como “órgano” director.

No obstante, existen supuestos en que el ordenamiento jurídico señala que debe tratarse de una designación explícita y por un órgano determinado, así en tratándose del procedimiento ordinario de revisión de oficio de los actos declaratorios de derechos el artículo 173, párrafo 2°, de la LGAP (modificado por la Ley No. 7871 del 29 de abril de 1999) señala que *“(...) En los actos del Poder Ejecutivo, el Ministro del ramo designará al órgano director del procedimiento administrativo (...)”*. De modo que tratándose de la anulación de los actos favorables -para el administrado- de la Administración Central le corresponde al Jerarca designar al órgano director y no simplemente al órgano competente para decidir por acto final, esa circunstancia llevó a la Procuraduría General de la República a concluir en el dictamen C-186-96 de 8 de noviembre de 1996 -anterior a la reforma del artículo 173 de la LGAP por la Ley No. 7871 del 21 de abril de 1999- que *“(...) en los demás procedimientos administrativos, esto es, cuando no se trata de la aplicación del artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública (...) procede que el nombramiento del órgano director sea verificado por el órgano que dictará el acto final. De ahí que, salvo disposición expresa en contrario que así lo exija, no necesaria y exclusivamente deberá hacerlo el jerarca de la institución”*. En el dictamen C-034-99 del 5 de febrero de 1999, el órgano técnico consultivo señaló lo siguiente: *“Es preciso, que el órgano competente para dictar el acto final proceda a tomar la decisión de iniciar el procedimiento y designar al órgano director encargado de tramitar el desarrollo del*

*mismo, invistiéndolo de manera formal de las facultades necesarias para que posea la competencia y capacidad jurídica requeridas para dar validez a sus actuaciones”.*

Por su parte, el artículo 33, inciso c), de la LGAP dispone que al Secretario del Consejo de Gobierno le corresponde *“Dirigir los procedimientos administrativos pendientes ante el Consejo”*. La Ley de Migración y Extranjería No. 8487 de 22 de noviembre de 2005, en su artículo 212 establece que el área legal del Ministerio de Gobernación y Policía fungirá como el órgano director en los procedimientos de expulsión.

Cabe agregar que, ocasionalmente, el ordenamiento jurídico administrativo establece prohibiciones para que determinado funcionario sea investido de la condición de órgano director del procedimiento. Así, el artículo 34, inciso b), de la Ley General de Control Interno, No. 8292 del 31 de julio del 2002, le prohíbe expresamente al auditor interno, subauditor interno y demás funcionarios de la auditoría interna *“Formar parte de un órgano director de un procedimiento administrativo”*.

La PGR en el dictamen No. C-140-96 del 26 de agosto de 1996 enfatizó que el nombramiento del órgano director es discrecional, salvo las hipótesis en que la ley lo prescribe de modo expreso, así señaló lo siguiente:

*“(…) no existe una regla específica contenida en la Ley General de la Administración Pública en el sentido de determinar, a priori, sobre que órgano específico recaerá la obligación de tramitar el procedimiento. Sobre éste postulado, cabe únicamente indicar la disposición expresa en el sentido de que los órganos colegiados deben delegar la tramitación de los asuntos propios de su competencia al Secretario de los mismos (artículo 90, inciso e) de la Ley General. En el caso del Consejo de Gobierno, ver artículo 33 inciso c) ibidem). De tal suerte que, en este aspecto, nos encontremos en el campo del ejercicio de una decisión discrecional a cargo del superior jerárquico de los funcionarios que serán investigados, de tal suerte que a aquél le corresponderá determinar cuál específico departamento o sección al interno del órgano deberá tramitar el procedimiento*

*administrativo. Esta decisión, a su vez, tiene como marco de referencia los conceptos generales de eficiencia y razonabilidad de toda competencia discrecional (artículo 15 ibid), y tomando en cuenta la mejor satisfacción del interés público que la supone (artículo 10 ibid), que, en el caso que nos ocupa, puede entenderse como determinar el órgano que pueda garantizar la tramitación de un procedimiento administrativo respetuoso de los derechos de los funcionarios investigados. Por ello, la decisión puede recaer tanto en la Asesoría Jurídica como en cualquier otro departamento o sección, ello a criterio del superior jerárquico encargado de imponer la sanción pertinente.”*

#### **4.- Designación de un asesor externo como órgano director**

La práctica administrativa de contratar y designar *ad-hoc* como órgano director o instructor de un procedimiento administrativo a un asesor jurídico externo, podría resultar, a todas luces, sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico y, por ende, absolutamente nula por cuanto se contraría el criterio de la adscripción, siendo que se produciría una suerte de delegación externa y no inter-orgánica que es la usual, natural y legalmente admisible.

La Procuraduría General de la República, de su parte, en los dictámenes C-173-95 del 7 de agosto de 1995 y C-217-98 del 16 de octubre de 1998, ha sostenido que la regla general es que el nombramiento del órgano director debe recaer en un funcionario del respectivo ente u órgano o, al menos, de una administración pública. Ese órgano técnico-consultivo, ha admitido que en circunstancias excepcionales y calificadas un ente público puede designar, por acto motivado y razonado, como órgano director a una persona ajena al órgano o ente, siendo que en tales circunstancias debe actuar como un funcionario público, aceptar el cargo y estar debidamente juramentado, concibiéndosele como una especie de vicario administrativo.

En efecto, en el dictamen No. C-173-95 del 7 de agosto de 1995, la Procuraduría General de la República sostiene lo siguiente:

*“(…) por regla general, tal como lo indica expresamente el artículo 111 de la Ley General*

*de la Administración Pública, los sujetos que integran el órgano director del procedimiento deben ser servidores públicos en los términos del citado artículo (...)*

*(...) en casos excepcionales, cuando la realización del fin público lo amerite, podrán nombrarse funcionarios ajenos a la Administración con el fin de que integren el órgano director del procedimiento. Lo anterior deberá encontrarse debidamente justificado a criterio de la Administración (...) mediante Acuerdo firme (...) en el que se indiquen las razones por las que se considera que la Administración no cuenta con personal idóneo, o bien, que de constituirse el órgano con los funcionarios existentes, el fin público que se persigue no podría alcanzarse.*

*Ese razonamiento encuentra fundamento en la teoría de la vicariedad en el ejercicio de la función administrativa (...)*

*(...) el fundamento jurídico de la situación peculiar del vicario administrativo hemos de buscarlo, alternativamente, en una norma general o en un acto singular, que operan, a su vez, como técnicas de transferencia del ejercicio de una función administrativa. Es claro, que sin el acto de habilitación, la actividad del particular no sería lícita (...)*

*En conclusión, la Municipalidad en el caso excepcional de requerir integrar el órgano director con funcionarios ajenos en principio a la Administración, deberá seguir los procedimientos legales establecidos para la contratación de profesionales (...) deberá contarse con la subpartida presupuestaria que ampare el egreso (...)*

*El nombramiento deberá efectuarlo el Concejo Municipal mediante Acuerdo debidamente razonado y aquéllos en quienes recaiga la designación deberán aceptar el cargo y ser debidamente juramentados.”*

La Sala Constitucional, por su parte, ha estimado que el nombramiento de un órgano director externo, no quebranta el debido proceso, de modo que la conveniencia o no de su designación debe discutirse en la propia vía administrativa o jurisdiccional al tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria (Votos Nos 8273-06 de las 15:42 hrs. de 13 de junio de 2006 y 3581-07 de las 9:11 hrs. de 16 de marzo de 2007).

En nuestro criterio, la designación de un sujeto externo como órgano director, resulta admisible, únicamente, cuando el ordenamiento jurídico lo habilita expresamente –tal y como lo sugiere finalmente el dictamen No. C-173-95 de la Procuraduría General de la República- que son las hipótesis de la contratación administrativa de servicios profesionales por vía de licitación pública, por registro o restringida (artículo 64 de la Ley de Contratación Administrativa) o utilizando el régimen ordinario de nombramiento de funcionarios –concurso- para contratar los profesionales que requieran los entes públicos para la atención de diligencias administrativas o relacionadas con el servicio que brindan (artículo 67 ibidem). Consecuentemente, en nuestro criterio, la habilitación del particular como órgano director, no puede ser unilateral, sino convencional, esto es, en virtud de una adjudicación, con lo cual de previo a la designación y aceptación debe existir un acto que acuerde someter el asunto a un procedimiento de contratación y la referida adjudicación.

El órgano director externo, tendrá, entonces, una vez designado de forma regular, el ejercicio de una serie de competencias y potestades administrativas, con lo cual no cabe duda de su condición de vicario, razón por la cual es responsable administrativa y disciplinariamente por cualquier falta que cometa y, obviamente, compromete con sus actos y conducta la responsabilidad administrativa del respectivo ente público.

### **5.- Designación de un órgano colegiado como director**

En lo relativo al tema de designar como órgano director a uno de carácter colegiado, ninguna disposición legal lo impide, por el contrario es una garantía de mayor acierto –por el contraste de opiniones inherentes a un órgano pluripersonal-, siempre que se constituya y funcione regularmente de acuerdo con las reglas del quórum para evitar cualquier eventual indefensión. El párrafo 2° del artículo 314 de la LGAP admite que el órgano director sea colegiado, al establecer que la comparecencia oral y privada del procedimiento ordinario para la recepción de prueba puede ser dirigida por el Presidente de éste o el miembro designado al efecto.

En este supuesto el órgano colegiado no puede delegar la instrucción y dirección del procedimiento por impedirlo el artículo 90, inciso b), de la LGAP al disponer que *“No podrán delegarse potestades delegadas”* o prohibir la subdelegación. Ahora bien, distinta resulta la hipótesis en que el órgano colegiado tiene la competencia decisoria, y le encarga al Secretario la instrucción o dirección del procedimiento en virtud de lo estatuido en el citado numeral 90, inciso e), al preceptuar que *“El órgano colegiado no podrá delegar sus funciones, sino únicamente la instrucción de las mismas, en el Secretario”*.

Un claro ejemplo de órgano director colegiado dispuesto por ley lo constituye la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión Nacional del Consumidor al indicar el artículo 56 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (No. 7472 del 20 de diciembre de 1994) que *“(…) La Unidad técnica de apoyo debe realizar la instrucción del asunto. Una vez concluida, debe trasladar el expediente a la Comisión para que resuelva (…)”*. El Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Decreto Ejecutivo No.25234-MEIC), en su artículo 68 –en igual sentido el 88, párrafo 2º, ibidem- es más explícito al indicar que *“Fracasadas las medidas de conciliación o si las partes no se presentan a ella, o bien inmediatamente en aquellos casos en que aquélla no proceda, el Director de la Unidad Técnica y –a su discreción- uno o dos funcionarios más que así designe, se constituirán inmediatamente en órgano director del procedimiento, y procederán a darle trámite (…)”*.

## **6.- Competencias legales del órgano director**

Es preciso resaltar que el mayor volumen de actuaciones, dadas sus competencias de instrucción, en un procedimiento administrativo le corresponden al órgano director, así a partir del análisis del Libro II de la LGAP, se pueden extraer las siguientes:

1) Representar a la Administración Pública en el procedimiento administrativo (artículo 282, párrafo 3º, de la LGAP)

2) Adoptar todas las medidas probatorias pertinentes y necesarias, aunque no hayan sido propuestas por las partes o en contra de su voluntad, para verificar la verdad real y el motivo del acto final, para lo cual tendrá las mismas facultades y deberes que una autoridad judicial (artículos 221 y 300 LGAP).

3) Resolver todas las cuestiones previas surgidas en el curso del procedimiento, aunque sean competencia de otros órganos, debiéndolas

consultar inmediatamente después de surgida la cuestión (artículo 227 LGAP).

4) Citar a las partes o a cualquier tercero para que declare o realice cualquier acto necesario para el desenvolvimiento normal del procedimiento o para su decisión final (artículo 248, párrafo 1º, LGAP)

5) Firmar la citación (artículo 249, párrafo 2º, LGAP).

6) Prorrogar los plazos que haya concedido hasta en una mitad más si la parte demuestra los motivos que lo aconsejen como conveniente o necesario, no ha mediado culpa de ésta y no existe lesión de los intereses o derechos de la contraparte o de terceros (artículo 258, párrafo 1º, LGAP).

7) Reducir o anticipar los plazos o términos destinados a la administración (artículo 265, párrafo 1º, LGAP).

8) Habilitar a los funcionarios públicos para actuar en día y hora inhábil, cuando la demora puede causar graves perjuicios a la Administración o al interesado o hacer ilusoria la eficacia del acto administrativo (artículo 267, párrafo 3º, LGAP).

9) Conservar los objetos presentados susceptibles de desaparición dejando constancia en un acta (artículo 270, párrafo 6º, LGAP).

10) Imponer una multa de 500 a 1000 colones al citado a confesión que no comparezca sin justa causa (artículo 301, párrafo 4º, LGAP).

11) Intervenir en la evacuación de prueba confesional o testimonial para que la materia de cada pregunta quede agotada después de cada respuesta (artículo 304, párrafo 4º, LGAP).

12) Dirigir la comparecencia oral y privada (artículo 314, párrafo 1º, LGAP).

13) Firmar el acta levantada de la comparecencia (artículo 313, párrafo 2º, LGAP)

14) Evacuar, de ser posible, la prueba ofrecida por la parte interesada que se ausentó de la comparecencia o audiencia (artículo 315, párrafo 2º, de la LGAP).

15) Posponer la comparecencia si encuentra defectos graves en la convocatoria o cualquier otra razón que la haga imposible (artículo 316 LGAP).

16) Ordenar y tramitar la prueba, determinando el orden, términos y plazos de la forma que estime más oportuna, en el procedimiento sumario (artículo 323 LGAP).

17) Optar por convertir en ordinario un procedimiento sumario si lo justifican razones de complejidad e importancia de la materia a tratar, para lo que debe conceder audiencia a las partes y obtener aprobación del superior jerárquico (artículo 326, párrafos 1º y 2º, de la LGAP).

18) Adoptar medidas cautelares atípicas de carácter positivo o innovativo, de oficio o a instancia de parte (artículo 332, párrafo 1º, de la LGAP).

19) Dictar una resolución provisional respecto de los asuntos que estime separables y estén listos para ser decididos (artículo 333, párrafo 1º, de la LGAP).

20) Recibir los recursos ordinarios interpuestos contra el acto final (artículo 349, párrafo 1º, de la LGAP).

21) Conocer y resolver el recurso de revocatoria contra los actos de trámite de efectos propios (artículos 345, párrafo 3º, y 352, párrafo 1º, LGAP) y las resoluciones interlocutorias que por disposición expresa de ley tengan ese recurso (artículo 265, párrafo 2º, LGAP).

22) Respecto del recurso de apelación emplazar a las partes ante el superior, remitir el expediente y acompañar un informe sobre las razones de ese recurso (artículo 349, párrafo 2º, LGAP).

Es evidente que las competencias anteriormente indicadas le han sido atribuidas de forma expresa al órgano director, sin embargo, resulta lógico que durante la sustanciación del procedimiento le corresponderán todas aquellas que estudiaremos en la fase de inicio, ordenación e instrucción.

A partir del referido elenco legal de atribuciones y competencias establecidas a cargo del órgano director, se comprueba fehacientemente sus funciones de instrucción y dirección del procedimiento, dado que, en ningún momento se refieren al mérito o fondo del asunto. Siendo que en las aisladas hipótesis en que lo hace (artículos 332, párrafo 1º y 333, párrafo 1º, de la LGAP) lo resuelto lo es con un claro e inequívoco carácter provisional.

## **7.- Recomendación o informe del órgano director al órgano decisor**

En nuestro medio jurídico algunos han entendido que al órgano director le compete –como una facultad adicional a las señaladas en el acápite anterior-, una vez sustanciado el procedimiento administrativo o preparados los autos para el dictado del acto final, emitir un informe o recomendación para el órgano decisor de previo a su traslado a éste.

En realidad, son pocas las normas del ordenamiento jurídico-administrativo que expresamente le asignan al órgano director esta competencia, así el Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Decreto Ejecutivo No.25234-MEIC), en su artículo 38 dispone que la Unidad Técnica que funge como órgano director del procedimiento “(...) trasladará el caso a conocimiento de la

*Comisión de Promoción de la Competencia con su recomendación, para que ésta última proceda a dictar resolución final”.*

La Procuraduría General de la República en los dictámenes Nos. C-173-95 del 7 de agosto de 1995 y C-215-98 del 16 de octubre de 1998, estimó, con acierto, que no es una obligación legal y que se trata de un acto de mero trámite y de una simple recomendación que no es vinculante para el órgano decisor. Así en el primero señala que “(...) una vez finalizada la intervención del órgano director, este puede emitir un informe final de lo actuado y pasar los autos al órgano decisor. No existe norma alguna que prohíba incluir alguna recomendación en ese informe, sin embargo la misma no es vinculante. Si aceptamos la posibilidad de que lo fuera, estaríamos eliminando o sustituyendo en su competencia al órgano decisor”. En el dictamen No. C-092-98 del 19 de mayo de 1998 ese órgano técnico consultivo consideró lo siguiente:

*“(...) El carácter mismo de “recomendación” del acto que emite el órgano director del procedimiento, lleva implícita la posibilidad de que el órgano decisor se aparte de las conclusiones a que arribó aquel.*

*Admitir lo contrario y pronunciarse a favor del carácter vinculante de la recomendación, sería tanto como trasladar el ejercicio de la potestad disciplinaria a un órgano carente de competencia para ejercerla, lo que provocaría, como es evidente, un problema de invalidez.*

*Es necesario indicar, en todo caso, que la resolución del órgano decisor que se aparte de la recomendación del órgano director del procedimiento, debe ser debidamente motivada, indicando las razones por las cuales no comparte los hechos tenidos por probados en la etapa instructiva o la calificación jurídica que de ellos se ha hecho. El cumplimiento de tal requisito es importante para evitar decisiones apresuradas o arbitrarias y facilitar el control de lo resuelto”.*

La Sala Constitucional en el Voto No. 961-07 de las 10:38 hrs. de 26 de enero de 2007, señaló lo siguiente:

**“III.-** *En criterio del recurrente, esa resolución que lo sancionó es violatoria del debido proceso y derecho de defensa por cuanto, sin la debida fundamentación, se apartó de la recomendación*

*emitida por el Órgano Director del procedimiento. Sobre el particular, este Tribunal Constitucional ha indicado en otras oportunidades que la función del Órgano Director consiste, precisamente, en rendir un informe al superior jerárquico encargado de dictar el acto final para que sea éste último quien resuelva el fondo del asunto. Es decir, el Órgano Director presenta ante quien corresponda conclusiones y recomendaciones que no poseen carácter decisorio. Dicha recomendación constituye un acto interno en el procedimiento dirigido expresamente a quien tiene la competencia de dictar el acto final (ver en ese sentido sentencia # 2001-08244 de las ocho horas treinta y dos minutos del diecisiete de agosto del dos mil uno). De esta manera, debe entenderse que el Órgano Director del procedimiento disciplinario recomienda al jerarca respectivo, no decide. La recomendación del Órgano Director no es vinculante y bien puede el órgano que dicta la resolución final apartarse de ese criterio, sin que por ello se viole el debido proceso o el derecho de defensa y sin que tenga el Órgano Decisor que fundamentar las razones por las cuales se aparta de esa recomendación (...)*”.

La Procuraduría General de la República ha aclarado (dictamen No. C-092-98 del 19 de mayo de 1998) que como simple acto de trámite –sin efectos jurídicos propios- la recomendación vertida por el órgano director al decisor, por su naturaleza, no es recurrible y, adicionalmente, no está incluida en la lista taxativa del artículo 345 de la LGAP. En igual sentido la Sala Constitucional en el Voto 8244-01 de las 8:32 hrs. de 17 de agosto de 2001 estimó que “*IV.- (...) La recomendación apuntada –del órgano director- es un acto interno, dirigido expresamente a quien tiene la competencia de dictar el acto final, por lo que no procede notificarla al funcionario que está siendo investigado, el cual tendrá derecho a impugnar la resolución final del procedimiento, que es el acto contra el cual caben los recursos establecidos por el ordenamiento jurídico (...)*”

Importa señalar que la Sala Constitucional en el Voto No. 11688-03 de las 17:07 hrs. de 14 de octubre de 2003 (en igual sentido Voto No. 5377-07 de las 10:14 hrs. de 20 de abril de 2007), estimó que el órgano decisor, para separarse de la recomendación del órgano director, debe hacerlo motivadamente, lo cual resulta razonable para tutelar los derechos al debido proceso, la defensa y la seguridad jurídica. En efecto, no resulta congruente con el derecho a la defensa que el órgano decisor, sin expresar las razones o circunstancias que lo llevan a separarse del criterio del órgano director, disponga en sentido contrario o modifique la propuesta. El órgano decisor debe expresar los argumentos de hecho y de derecho sobre el particular, para que las partes interesadas se encuentren en condiciones de recurrir en sede administrativa lo resuelto o de acceder a la vía jurisdiccional.

Cabe advertir, que es diametralmente diferente la situación con las recomendaciones que formula la Contraloría General de la República al término de la sustanciación de un procedimiento administrativo, respecto de las infracciones al ordenamiento de control y fiscalización o las lesiones a la Hacienda Pública, por los funcionarios de los sujetos pasivos, dado que, el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dispone que ésta le recomendará y ordenará al órgano o autoridad administrativa competente –sujeto pasivo-, mediante un criterio técnico vinculante y de cumplimiento en el plazo que fije el órgano contralor, la aplicación de una sanción correspondiente al mérito del asunto. Aunque el párrafo 2° de ese numeral prevé que el jerarca del sujeto pasivo interponga una gestión de revisión motivada y razonada contra la recomendación del órgano contralor, en caso de ser rechazada por éste deberá, sin dilación, cumplir con lo dispuesto so pena de incurrir en el delito de desobediencia. Sobre el particular, la Sala Constitucional en el Voto No. 13140-03 de las 14:37 hrs. del 12 de noviembre del 2003, estimó que la competencia del artículo 68 de la LOCGR es absolutamente conforme con el bloque de constitucionalidad en cuanto dimana de los artículos 183 y 184 de la Constitución Política y resulta congruente con su función constitucional y general de vigilar la Hacienda Pública.