

## Informe de Investigación

**Título: Órgano Director del Procedimiento Administrativo.**

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Administrativo.	<b>Descriptor:</b> Procedimiento Administrativo.
<b>Tipo de investigación:</b> Compuesta.	<b>Palabras clave:</b> Órgano instructor, órgano decisor, órgano director, Procedimiento Administrativo, Nombramiento, Competencias.
<b>Fuentes:</b> Doctrina.	<b>Fecha de elaboración:</b> 08 – 2010.

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>2</b>
<b>2 Doctrina .....</b>	<b>2</b>
a) Diferencia entre órgano instructor y decisor.....	2
ÓRGANO DIRECTOR.....	3
Competencias de instrucción u ordenación del órgano director.....	3
Designación del órgano director.....	4
Designación de un asesor externo como órgano director.....	5
Designación de un órgano colegiado como director.....	7
b) Sujetos del procedimiento.....	9
El órgano director.....	9
a) El órgano director del procedimiento y el órgano con competencia para dictar el acto final (decisor).....	9
b) Sobre la necesaria existencia del órgano director y el órgano decisor como sujetos administrativos independientes en el procedimiento administrativo.....	14
c) Nombramiento del órgano director por órganos colegiados.....	16
d) Sobre el número de integrantes del órgano director y sobre la posibilidad de que no sean funcionarios públicos los designados para conformarlo.....	20
c) Concepción tradicional del órgano director del procedimiento administrativo.....	24
Definición del Órgano Director del Procedimiento Administrativo.....	24
Nombramiento del Órgano Director del Procedimiento Administrativo.....	26



## 1 Resumen

El presente informe es sobre el Órgano Director en el Procedimiento Administrativo. Contiene doctrina nacional sobre el mismo, desarrollando temas como: órgano instructor, órgano decisor, órgano director, sus competencias, la designación de los mismos, como sujetos administrativos independientes, órganos colegiados, entre otros.

## 2 Doctrina

### ***a) Diferencia entre órgano instructor y decisor***

[Jinesta]<sup>1</sup>

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.

## ÓRGANO DIRECTOR

### 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 (...)"*

### **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 de un órgano determinado, así en tratándose del procedimiento ordinario de revisión de oficio de los actos declaratorios de derechos el artículo 173, párrafo 2º, 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 Jarca 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 jarca 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*"<sup>28</sup>. 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."*

### **Designación de un asesor externo como órgano director**

Conforme con lo expuesto en el acápite precedente 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 interorgánica 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 la 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.

### **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 quorum para evitar cualquier eventual indefensión. El párrafo 2º 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 (...)"*.

### **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 1° 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 1 de la LGAP) lo resuelto lo es con un claro e inequívoco carácter provisional.

### **b) Sujetos del procedimiento**

[Procuraduría General de la República]<sup>2</sup>

Consideramos aquí a los sujetos que participan en el procedimiento, siendo el tema del órgano director del procedimiento tal vez el que más comentarios ha merecido, tanto en la doctrina derivada de los dictámenes de la PGR, como por las resoluciones de los tribunales de justicia.

### **El órgano director**

#### **a) El órgano director del procedimiento y el órgano con competencia para dictar el acto final (decisor)**

Empecemos por destacar lo que se ha enlistado como el conjunto de atribuciones a cargo del órgano director:

**"II- SOBRE LAS NORMAS DE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA QUE REGULAN LAS FACULTADES Y POTESTADES DEL ORGANO DIRECTOR DEL PROCEDIMIENTO:**

*Reiteramos, que el órgano director es el encargado de llevar a cabo el procedimiento administrativo hasta dejar los autos listos para la decisión final. Con el fin de realizar esa función, la Ley General de la Administración Pública le confiere una serie de atribuciones y deberes.*

*Seguidamente hacemos indicación de los mismos, sin pretender abarcarlos todos. Es menester advertir que en lo sucesivo al hacer mención de un artículo sin indicar el cuerpo legal al que pertenece debe entenderse que nos referimos a la Ley General de la Administración Pública.*

**II.A- Deberes del órgano director del procedimiento:**

**1- Abstenerse de conocer y tramitar un asunto, cuando se incurra en alguna causal prevista por la ley, siguiendo para ello con el trámite correspondiente (artículo 230 al 238). Sobre este tema puede consultarse el dictamen de la PGR de la República C- 070-92 de 23 de abril de 1992.**

**2- El órgano director debe impulsar de oficio el procedimiento (artículo 222).**

**3- Cuando deba interpretar las normas del Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública, deberá hacerlo en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los**



administrados (artículo 224).

4- El órgano debe conducir el procedimiento con la intención de lograr un máximo de celeridad y eficiencia dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado (artículo 225.1). Este deber reviste especial importancia si tomamos en consideración que ese mismo artículo indica que serán responsables la Administración y el servidor por cualquier retardo grave e injustificado.

5- Debe adoptar las resoluciones con apego al ordenamiento, y en caso de actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél (artículo 216).

6- El órgano director debe observar las formalidades sustanciales del procedimiento, pues de lo contrario se causará nulidad de lo actuado en los términos del artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública. Así, por ejemplo, el numeral 247 del mismo cuerpo legal se refiere a la nulidad de la comunicación de actos del procedimiento, y el artículo 254 a la nulidad de la citación.

7- La actuación administrativa debe tener lugar en la sede normal del órgano y dentro de los límites territoriales de su competencia, so pena de nulidad absoluta del acto, salvo que éste por su naturaleza deba realizarse fuera. El servidor podrá actuar excepcionalmente fuera de sede por razones de urgente necesidad (artículo 268).

8- El órgano director deberá resolver todas las cuestiones previas surgidas durante el curso del procedimiento, aunque entren en la competencia de otras autoridades administrativas; pero deberá consultarlas a éstas inmediatamente después de surgida la cuestión y el órgano consultado deberá dictaminar en el término de tres días (artículo 227.1).

9- Debe garantizar el derecho de defensa de las partes. Por ejemplo permitirles el acceso al expediente (Artículo 217). Las partes, sus representantes y cualquier abogado, tendrán derecho en cualquier fase del procedimiento a examinar, leer y copiar cualquier pieza del expediente, así como a pedir su certificación, (el costo de las copias y certificaciones a cargo del petente) con las salvedades que indica el artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública (artículo 272). No se otorgará acceso al expediente cuyo conocimiento pueda comprender secretos de Estado o información confidencial de la contraparte o, en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente (artículo 273). Fuera de los casos citados, la Ley establece en el artículo 259.4 que se reputa fuerza mayor y por ende pueden suspenderse los plazos si la Administración ha negado u obstaculizado el examen del expediente.

10- Conservar en los supuestos de actos o actuaciones que deban consignarse en acta, aquellos objetos presentados que puedan desaparecer, dejando en la misma la constancia respectiva (artículo 270.6).

11- Al órgano director le es prohibido hacer nuevos señalamientos o prórrogas de oficio (artículo 258).

12- El órgano director del procedimiento deberá respetar los plazos establecidos en la Ley General de la Administración Pública.

En el caso de suspensión de plazo por fuerza mayor o si por cualquiera otra razón el órgano no ha podido realizar los actos o actuaciones que le corresponden, previstos dentro de los plazos



señalados por los artículos 261 y 262, deberá comunicarlo a las partes y al superior dando las razones para ello y fijando simultáneamente un nuevo plazo al efecto, que nunca podrá exceder de los allí indicados.

Si ha mediado culpa del servidor en el retardo, cabrá sanción disciplinaria en su contra y, si la culpa es grave, responsabilidad civil ante el administrado tanto del servidor como de la Administración (artículo 263).

13- No puede reducir o anticipar los términos destinados a las partes o terceros, pues ello corresponde al Poder Ejecutivo en virtud de razones de urgencia (artículo 265.3)

14- El órgano director debe tomar en consideración que las reglas establecidas en los artículos 239 al 247 acerca de la comunicación de los actos del procedimiento deben ser observadas. Destaca dentro del articulado el numeral 245 que indica que la notificación debe contener el texto íntegro del acto con indicación de los recursos procedentes, del órgano que los resolverá, de aquél ante el cual deberán interponerse y del plazo para interponerlos.

15- Asimismo debe observar las reglas establecidas en los artículos 248 a 254 acerca de las citaciones.

El órgano director debe velar porque la citación incluya los requisitos enunciados en el numeral 249. Respecto al punto c) del artículo, debe tomarse en cuenta que al indicar el asunto a que se refiere la citación, el órgano director debe limitarse a indicar los hechos absteniéndose de calificarlos (artículo 249).

16- Debe adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún contra la voluntad de ellas. Lo anterior con el fin de verificar de la forma más fiel y completa, los hechos que sirven de motivo al acto final. (Artículo 221)

17- Celebrar la comparecencia en su sede, salvo supuestos de inspección ocular, prueba pericial, o bien, razones de economía de gastos o cualesquiera otras ventajas administrativas evidentes, siempre que ello no cause pérdida de tiempo y/o perjuicio grave para las partes (artículos 268 y 318).

18- Además de dirigirla, debe señalar la hora y la fecha de la comparecencia oral y privada y citar a las partes con quince días de anticipación. Si el órgano es colegiado la comparecencia será dirigida por el Presidente o por el miembro designado al efecto (artículo 311 y 314).

19- En la evacuación de prueba, dirigir y controlar las preguntas que se formulen (artículo 304.2). Igualmente deberá intervenir el órgano director por iniciativa propia, con el fin de que la materia de cada pregunta quede agotada en lo posible inmediatamente después de cada respuesta (artículo 304.4).

Al respecto, el Acta 107 de la Sesión celebrada por la Comisión Permanente de Asuntos de Gobierno y Administración el día diez de Abril de 1970, señala que se trata de que una de las partes se dirija a la otra y el órgano director en ese caso no es más que un espectador cuya intervención está circunscrita a la verificación de la verdad o evitar las eventuales preguntas ilegales. Textualmente el acta citada indica:

“ LIC. ORTIZ ORTIZ: Es más o menos lo que se llama la parte se dirige a la parte, sólo que se pregunte algo ilegal o inconducente, malicioso, puede ser censurado, limitado por el órgano director. Es un espectador mientras no tenga que intervenir para dirigir o limitar. La diligencia es

*algo fundamental que las partes llevan. En el caso de que la parte sea la administración que va a decidir esto tendrá un juego menor, pero cuando haya contención frente a una administración, pongo el ejemplo de ante el Servicio Civil, o ante el Servicio Nacional de Electricidad, entonces se desarrollará un diálogo verdadero entre las partes que simplemente dirigirá o controlará el órgano director, pero no va a ser intermediario.”*

*20- Evacuar la prueba ofrecida por la parte, incluso en ausencia de esta, gozando para ello de las mismas facultades y deberes que las autoridades judiciales (artículos 300 y 315.2).*

*En el procedimiento sumario el órgano director ordenará y tramitará las pruebas en la forma que crea más oportuna, determinará el orden, términos y plazos de los actos a realizar, así como la naturaleza de éstos, sujeto únicamente a las limitaciones que señala la Ley General de la Administración Pública (artículo 323).*

*21- Imponer multa al citado a confesión cuando no comparezca sin justa causa (artículo 301.4).*

*22- Cuando la comparecencia ha sido grabada, el acta respectiva podrá ser levantada posteriormente con la sola firma del funcionario director, antes de la decisión final (artículo 313).*

*23- Recibir los recursos ordinarios que se formulen (artículos 342 y 349).*

*24- Resolver el recurso de revocatoria dentro de los ocho días posteriores a su presentación, salvo la hipótesis prevista en el numeral 352.1.*

*25- Emplazar a las partes, en caso de recurso de apelación, ante el superior, remitiendo el expediente sin admitir ni rechazar el recurso y acompañando un informe sobre los motivos de éste (artículo 349.2).*

#### *II. B- Facultades del órgano director del procedimiento:*

*1- En el procedimiento sumario, el órgano director podrá optar inicialmente por convertirlo en ordinario por razones de complejidad e importancia de la materia a tratar (artículo 326).*

*2- En caso de que las partes deban realizar un trámite deben hacerlo en el plazo de diez días salvo que la ley indique otra cosa. Si no se cumple, el órgano director puede declarar de oficio o a gestión de parte que no tienen derecho al correspondiente trámite (artículo 264).*

*3- Puede reducir o anticipar los plazos y términos del procedimiento administrativo destinados a la Administración por razones de oportunidad o conveniencia, en virtud de resolución que adoptará el director del procedimiento.*

*No puede hacer lo mismo con los plazos de las partes o de terceros, pues ello corresponde al Poder Ejecutivo en virtud de razones de urgencia (artículo 265).*

*4- El órgano director del procedimiento puede a solicitud de las parte prorrogar los plazos otorgados a éstas de conformidad con la Ley General de la Administración Pública hasta en una mitad más, siempre que concurran las circunstancias previstas en el numeral 258.1.*

*5- Todos los funcionarios públicos podrán actuar en día y hora inhábil, previa habilitación por el órgano director del procedimiento, cuando la demora pueda causar graves perjuicios a la Administración o al interesado, o hacer ilusoria la eficacia de un acto administrativo, a juicio del respectivo*

funcionario (artículo 267.3).

6- Posponer la comparecencia por encontrar defectos graves en su convocatoria, o por cualquier otro motivo que la imposibilite (artículo 316).

7- Dentro de sus deberes se encuentra el otorgar el derecho de defensa a las partes, así como la facultad de limitar la intervención a lo prudentemente necesario y en caso extremo exigir el patrocinio o representación de un abogado (artículo 219 y 220).

8- El órgano director puede citar a cualquiera de las partes o a terceros para que declaren o realicen algún acto necesario para el normal desenvolvimiento del procedimiento, incluso para la decisión final de este (artículo 248.1). Tales citaciones deben encontrarse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 249 al 254 y 312 de la Ley General de la Administración Pública. La inobservancia de tales requisitos puede acarrear la nulidad de conformidad con el artículo 254. En ese sentido pueden consultarse los dictámenes C- 133-92 de 20 de agosto de 1992 y C- 024-94 de 10 de febrero de 1994.

9- Podrá actuar excepcionalmente fuera de sede por razones de urgencia (artículo 268). Por ejemplo, en los casos indicados en el punto 17 de los deberes (artículo 318).

10- El órgano director puede decidir provisionalmente, de oficio o a instancia de parte, el asunto, cuando existan motivos de necesidad o conveniencia evidentes que exijan la decisión del procedimiento antes de estar listo para el acto final. Ello dentro de los requisitos establecidos en el artículo 332 de la Ley General de la Administración Pública. El órgano decisor sustituirá posteriormente dicha resolución provisional (artículo 332.3). Acerca de esta posibilidad excepcional puede consultarse el dictamen C-122-94 de 27 de julio de 1994.

11- Puede pronunciarse a solicitud de parte, sobre los puntos que estén listos para decisión, cuando “un caso puede ser decidido por materias o aspectos separables” (artículo 333.1). También en este caso la resolución será provisional. (Dictamen C-173-95 de 7 de agosto de 1995.)

A nivel de tribunales, la existencia y designación de un órgano director de procedimiento es visto como una garantía al debido proceso:

*“En el criterio de este Tribunal, es exigencia incuestionable el nombramiento de un órgano director del procedimiento administrativo como parte del debido proceso, lo que no sólo se establece en la Ley General de la Administración Pública, “... cuyos principios y normas prevalecerán sobre los de cualesquiera otras disposiciones de rango igual o menor” (artículo 364. 2), sino que así se reconoce expresamente en el Reglamento a la Ley General de Aduanas, numeral 520, que menciona la aplicación supletoria de las disposiciones del procedimiento administrativo, en caso de ausencia de norma expresa de la ley y el reglamento; el “órgano instructor del procedimiento” es mencionado en los numerales 521, 526, 527, 528 y 530, de lo que es posible concluir que en la legislación aduanera, se legisla sobre aquél, en lo que no existe disposición expresa es en el mecanismo para su nombramiento, como tampoco la hay en la Ley General de Administración Pública, lo cual no permite la conclusión de que está dispensado su nombramiento. La Sala Constitucional, en sentencia 2003-08584 de las 16 horas 20 minutos del 19 de agosto de 2003, sobre el tema se pronunció así: “En primer término, es necesario recordar que la Ley General de la Administración Pública establece concretamente que la instrucción del procedimiento administrativo, debe ser realizada por un órgano instructor. Como parte integral del debido proceso, la constitución de un Órgano Director del Procedimiento no violenta los derechos fundamentales*

del recurrente, ya que será justamente ese Órgano, quien dirigirá las investigaciones para determinar la verdad real de los hechos.” (N° 205-2005 de la DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, de las 10:25 horas del 18 de 2005)

**b) Sobre la necesaria existencia del órgano director y el órgano decisor como sujetos administrativos independientes en el procedimiento administrativo.**

El primer tema que es digno de abordar en torno a la figura del **órgano director** del procedimiento lo es si resulta absolutamente necesario que su designación recaiga en un funcionario diferente a aquel que está llamado a decidir el asunto por el fondo. Se parte de que exista un “órgano decisor” (que es el que tiene competencia para la emisión del acto final del procedimiento) y un “órgano director”, designado por el primero para que realice la tramitación del expediente, o sea, dar cumplimiento al cúmulo de atribuciones y deberes que se enlistaron en las páginas precedentes.

*Sin embargo, esta distinción ha venido siendo borrada, en atención a decisiones judiciales y administrativas que dan lugar a pensar que no es necesaria la distinción entre órganos, en la medida que el decisor también puede realizar la instrucción.*

En este sentido, conviene citar un antecedente de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia: *“IX.- Para determinar la competencia de un órgano de la Administración debe acudir, en primer término, a la ley, y en ausencia de ella, al reglamento, a lo que se haya acordado sobre delegación para un tipo de acto o para un acto determinado, y por último a los lineamientos impuestos por el jerarca a la luz de la estructura organizativa de la entidad. El órgano de mayor jerarquía se identifica, por disposición expresa o implícita de la ley, atendiendo a la naturaleza de sus funciones, entre ellas, la potestad de delimitar las tareas de los demás órganos que le están subordinados según la materia que a cada cual corresponde y justifica o definen su propia existencia. El jerarca supremo suele actuar como decisor y, por lo general, agota la vía administrativa. En el caso de la Caja Costarricense del Seguro Social, el artículo 14 de su Ley Constitutiva le confiere esa condición a la Junta Directiva, asignándole las tareas de dirigir la institución y fiscalizar sus operaciones, así como nombrar a los Gerentes de División quienes “tendrán a su cargo la administración en sus respectivos campos de competencia, la cual será determinada por la Junta Directiva” (artículo 15). Estas gerencias, con la reforma introducida al artículo 55 ibídem, por Ley N° 6914 de 28 de noviembre de 1983, resuelven, también, con apelación ante la Junta Directiva, las controversias surgidas con motivo de la aplicación de esa ley y sus reglamentos. Es importante referir, y en lo que al tema interesa, que por Decretos Ejecutivos Nos. 8979-P de 28 de agosto y 9469-P de 18 de diciembre, ambos meses de 1978, la Ley Constitutiva de la Caja y la materia de contratación administrativa, están exceptuados de la aplicación de los procedimientos administrativos previstos en la Ley General de Administración Pública lo que, desde luego, no limita la vigencia y obligado respeto a sus principios generales garantes del debido proceso y su correlativo derecho de defensa, así como su aplicación supletoria en aquellos casos en que, por laguna o insuficiencia, sea necesario integrar el derecho, lo que resulta relevante, al no existir norma expresa en la Ley de la Caja, en la de la Administración Financiera de la República (aplicable al caso por la fecha en que sucedieron los hechos) y en el Reglamento de Aprovechamiento (al que remite en materia de contratación la ley de última cita), sobre el procedimiento que debe seguirse para resolver contratos en ejecución. Es así como resulta incuestionable, a tenor de la citada Ley General, la obligación de la Institución, en materia de contratación, de averiguar la verdad real de los hechos mediante el correspondiente procedimiento administrativo dentro del cual, todo acto debe ser dictado por el órgano competente o por aquél a quien se le haya delegado “en las condiciones y límites indicados por esa ley” (artículos 59, 70, 89 y 129). **Este procedimiento administrativo es,***



**en algunos casos, un precedente obligado para la validez del acto que en definitiva se adopte, pero no siempre deben concurrir en un mismo sujeto la instrucción y la decisión.**” (Sala Primera, Resolución 398-F-02 de las 15:10 horas del 16 de mayo del 2002)

En igual línea de pensamiento, la Sala Constitucional ha manifestado:

*“Para el accionante el artículo 55 del Reglamento transgrede el debido proceso desde dos aspectos; en primer término en relación con el principio imparcialidad del juzgador –en este caso administrativo- al encomendarle a la Jefatura del Departamento de Relaciones la instrucción del proceso y la imposición de la sanción. En segundo término, el principio de legalidad, al estimar que ese artículo se aparta del numeral 102 de la Ley General de la Administración Pública, que en relación a la potestad jerárquica desarrolla contenidos constitucionales. La Sala estima, en relación con el primer reproche, que el hecho de concentrar en un mismo órgano la instrucción y el dictado de la resolución final no violenta el principio de imparcialidad del juzgador, todo lo contrario, este sistema no resulta ilegítimo, en tanto permite la inmediación de los elementos probatorios. Precisamente por este motivo en el proceso penal –que es el que sirve de inspiración al proceso administrativo sancionatorio- el juicio oral concentra la recepción de prueba y el dictado de la sentencia en un acto procesal –el debate-, dejando para casos excepcionales la incorporación de prueba producida fuera del proceso. En este punto tampoco encuentra la Sala enfrentamiento con el orden constitucional.” (Resolución N° 6379-2002 de las 15:22 horas del 26 de junio del 2002)*

Podría abonarse, en apoyo a la anterior línea de asimilación entre los órganos director y decisor la circunstancia de que, en su condición de jerarcas, podrían los titulares tener mayores elementos de juicio para analizar los aspectos de fondo que se discuten en los procedimientos administrativos que tramitan. Sin embargo, igualmente no puede pasarse por alto la concentración de competencias que normalmente radican en los órganos jerarcas, con lo cual la viabilidad de que, en añadidura a tales competencias, realicen adecuada y *cumplidamente toda la gama de tareas que son propias del órgano director* deviene en susceptible de duda. Sin embargo, la posibilidad de que, ante circunstancias especiales, se pueda dar esa identificación, no deja de ser un dato de relevancia para los órganos encargados de dictar el acto final.

Debe apuntarse que existen sentencias contradictorias sobre el tema que se viene tratando. Específicamente, la Sala Constitucional también ha emitido criterio en el sentido de que es necesaria la existencia de dos órganos distintos y diferenciados en la tramitación del procedimiento administrativo:

*“Independientemente del hecho de si la recurrida tenía o no competencia para conocer del recurso de revisión interpuesto por el Ing. G. contra la resolución de las quince horas del nueve de octubre de mil novecientos noventa y uno, en la que se absolvió a la compañía recurrente de toda responsabilidad en los daños sufridos en la pintura de las instalaciones de la Planta La Rita del Consejo Nacional de Producción, obras que fueron contratadas con dicha empresa -tanto su construcción como su pintura- al resultar adjudicataria de la Licitación Pública 410-C y de la Contratación Directa 23-88, lo cierto es que dicha resolución era absolutamente nula dado que el procedimiento administrativo incoado a fin de establecer las responsabilidades del caso -por los daños sufridos en la pintura de los edificios dichos- tuvo como órgano director al mismo que dictó aquella resolución como acto final de ese procedimiento, según se desprende del informe rendido bajo juramento y del expediente administrativo que se ha tenido a la vista. Y como ni en éste ni en ningún caso puede el propio órgano director del procedimiento administrativo dictar el acto final, ya que su competencia se limita a la instrucción del expediente mas no así a su resolución, el acto final del cual la recurrente pretende derivar derechos subjetivos es inexistente y, por ende, éstos*

*también, de modo que lo actuado por la recurrida, aún cuando lo fue fuera del ámbito de su competencia -pues el recurso de revisión presentado debió ser resuelto por la Junta Directiva de la Institución-, no viola derecho fundamental alguno a la gestionante, por lo que el recurso resulta improcedente y así debe declararse.” (Resolución 910-93 de a las 10:24 horas del 20 de febrero de 1993)*

*“I.- De lo dicho por el recurrente en su memorial de interposición se desprende que el Concejo Municipal de Carrillo acordó nombrar un órgano director del procedimiento administrativo en relación con una investigación que se le sigue, y que dispuso integrarlo con dos regidores municipales más el asesor legal de esa municipalidad. Acuerdo que el recurrente considera nulo por cuanto el órgano que va a dictar el acto final no puede ser el mismo que dirige el procedimiento cuyo objetivo es verificar la verdad real de los hechos que le van a servir de motivo, además de que el mismo se inició un mes después de ocurridos los hechos, razón por lo cual está prescrita la acción para efectos del despido.*

*II.- No es el órgano director del procedimiento el que va a dictar el acto final pues su finalidad es, al tener de lo dispuesto en el artículo 214.2 de la Ley General de Administración Pública, verificar la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final, esto es, instruir el proceso únicamente, no resolver sobre el fondo del asunto. En este sentido, quienes instruyen no pueden luego resolver y dictar el acto final, y en el presente asunto ello significa que los regidores nombrados para integrar el órgano director del procedimiento no pueden, luego, participar y votar en las sesiones en que se conozca acerca de aquel y sus resultados, y mucho menos, de la sesión en la que se adopta el acto final, pero no que no puedan formar parte de dicho órgano” (Resolución N° 1142-99 de las 19:12 horas del 17 de febrero de 1999)*

Necesario es indicar que también pueden encontrarse razones que privilegien la postura tradicional en torno a la distinción entre el órgano director y el órgano decisor. En este sentido, ya no sólo el hecho de la efectiva disponibilidad de tiempo con que cuente el jerarca para asumir el cúmulo de funciones propias a la instrucción, sino que, además, la posibilidad de que exista un conjunto de funcionarios que se especialicen en el trámite de los procedimientos, lo cual a su vez les facilita estar al tanto de la jurisprudencia administrativa y judicial que se vaya emitiendo sobre el tema, terminan por asegurar el mejor cumplimiento del fin último de ese trámite, sea la efectiva garantía de los derechos del administrado frente al ejercicio de las competencias públicas. Nuevamente, se considera que es más un asunto de la praxis o realidad de la dependencia pública llamada a tramitar el procedimiento, lo que en definitiva incline la balanza en cualquiera de las direcciones apuntadas, sea la identificación entre los órganos, sea la designación de uno específico (el director) para el trámite del procedimiento.

Sobre el tema del nombramiento de órgano director, pueden consultarse nuestros dictámenes C-118-2006, C-106-2006, C-348-2005, C-140-2005, C-343-2001, C-353-2001, C-261-2001, C-055-96, C-062-96, C-065-96 y C-319-2005.

### **c) Nombramiento del órgano director por órganos colegiados**

Un tema que está íntimamente ligado al que se viene comentado lo es el que se relaciona con las restricciones que tienen los órganos colegiados (decisores) para la designación de los órganos directores, limitación que parte del postulado contenido en el artículo 90 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública. Por contener un desarrollo comprensivo tanto de la línea



jurisprudencial administrativa y judicial sobre el tema, nos permitimos la transcripción, en extenso, del dictamen C-294-2004 del 15 de octubre del 2004, en el cual se llega a definir la posición de la Procuraduría sobre la comentada limitación:

## **“II. Sobre el Órgano Director del Procedimiento**

*El objeto de la presente consulta versa esencialmente sobre aspectos de integración y nombramiento del órgano director del procedimiento administrativo.*

*Al respecto este Órgano Asesor se ha referido en anteriores pronunciamientos a la indicada figura, realizando una diferenciación entre órgano decisor y órgano director del procedimiento, y analizando, entre otros aspectos, la conformación y nombramiento del órgano director, aspectos que, por su importancia, resultan conveniente mencionar a continuación.*

*En ese sentido, la jurisprudencia ha sido consistente en señalar que el órgano decisor, es aquel que dentro de la estructura organizativa de la entidad, posee la competencia para emitir el acto final, es decir, es quien decide, por ende, resulta ser el competente para iniciar el procedimiento administrativo.*

*Como órgano decisor puede instruir el procedimiento administrativo, no obstante, puede delegar la fase de instrucción en un órgano director nombrado por él, de ahí resulta la distinción entre órgano director y órgano decisor. Al respecto, esta Procuraduría ha señalado:*

*“ (...) En primer término, debe rescatarse que la jurisprudencia administrativa emitida por este Órgano Asesor ha sido insistente en indicar que el órgano director del procedimiento actúa por delegación del órgano decisor. Recientemente, también se precisó que el órgano decisor puede resolver llevar él mismo el procedimiento respectivo. Al respecto se señaló: “Al respecto, interesa indicar que dentro del procedimiento administrativo existen dos órganos de importancia: el órgano decisor y el órgano director, ambos con funciones diferentes.*

***El órgano decisor, conforme a la jurisprudencia administrativa de este Órgano Asesor ( Véanse al respecto, entre otros, los pronunciamientos C-173-95 de 7 de agosto de 1995, C-343-2001 de 11 de diciembre del 2001, C-353-2001 de 20 de diciembre de 2001 y C-261-2001 de 27 de setiembre del***

***2001), será el órgano competente para dictar la decisión final de un asunto determinado; es quien debe iniciar el procedimiento administrativo, ( Según lo ha sostenido la Sala Constitucional, la competencia de la formación del procedimiento administrativo, corresponde al jerarca, que es quien debe tomar la decisión final (Voto número 7190-94 las 15:24 hrs. del 6 de diciembre de 1994) . ‘y en principio, tiene la competencia para instruirlo; no obstante lo anterior, puede delegar la instrucción del mismo en un órgano director del procedimiento.” (La facultad primordial que tendrá ese órgano director será la de instruir el procedimiento, pues pese a que tiene otras atribuciones y deberes (consultarse al respecto los pronunciamientos C-173-95 de 7 de agosto de 1995, C-055- 96 de 12 de abril de 1996, C-062-96 de 2 de mayo de 1996, C-065-96 de 3 de mayo de 1996, C-88-96 de 7 de junio de 1996, O.J.-047-2000 de 10 de mayo del 2000, C-353-2001 de 20 de diciembre de 2001), su competencia se limita a la instrucción del expediente administrativo (Véase al respecto, entre otras, la resolución N° 0910-93 de las 10:24 horas del 20 de febrero de 1993, de la Sala Constitucional, así como la resolución N° 595 de las 11:50 horas del 18 de agosto del 2000, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y la N° 176-00 de las 11:00 horas del 23 de junio del 2000, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda). Véase también al respecto SOSTO LOPEZ, Federico, en Revista “Seminario sobre Procedimientos Administrativos”; Órgano Director: integración, facultades y responsabilidades, Imprenta Nacional, año 2000, pág. 116). (Dictamen C-323-2003 de 9 de octubre del 2003)***

*La tesis anterior también ha sido sostenida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en*

resolución N° 000398-F- 02 de las 15:10 horas del 16 de mayo del 2002, en la que se indicó:

“- Para determinar la competencia de un órgano de la Administración debe acudir, en primer término, a la ley, y en ausencia de ella, al reglamento, a lo que se haya acordado sobre delegación para un tipo de acto o para un acto determinado, y por último a los lineamientos impuestos por el jerarca a la luz de la estructura organizativa de la entidad. **El órgano de mayor jerarquía se identifica, por disposición expresa o implícita de la ley, atendiendo a la naturaleza de sus funciones, entre ellas, la potestad de delimitar las tareas de los demás órganos que le están subordinados según la materia que a cada cual corresponde y justifica o define su propia existencia. El jerarca supremo suele actuar como decisor y, por lo general, agota la vía administrativa.** (...) Es así como resulta incuestionable, a tenor de la citada Ley General, la obligación de la Institución, en materia de contratación, de averiguar la verdad real de los hechos mediante el correspondiente procedimiento administrativo dentro del cual, todo acto debe ser dictado por el órgano competente o por aquél a quien se le haya delegado “en las condiciones y límites indicados por esa ley” (artículos 59, 70, 89 y 129). **Este procedimiento administrativo es, en algunos casos, un precedente obligado para la validez del acto que en definitiva se adopte, pero no siempre deben concurrir en un mismo sujeto la instrucción y la decisión. Sin embargo, cuando el acto final deba ser adoptado por una Junta Directiva, el procedimiento sólo puede ser delegado en su Secretario, por así disponerlo el artículo 90 inciso e) ibídem.** Cabe entonces preguntarse qué ocurre, cuando, cómo en la especie sucedió, la instrucción no sólo no recayó en el Secretario, sino en un funcionario no designado por la Junta Directiva ni por una instancia a quien ésta delegara hacer ese nombramiento? **Desde un punto de vista sustancial, la doctrina ius administrativista es conteste en afirmar que el sujeto es un elemento esencial del acto administrativo, lo que recoge a su vez el ordinal 129, privilegiando la tesis de que el sujeto es uno sólo, esto es, que el órgano instructor y el decisor deben ser uno sólo (artículos 90 y 314 ibídem),** respondiendo a su vez a los principios de oralidad e intermediación de la prueba previstos en los numerales 309 y 314 ibídem. En el caso concreto esa tarea fue encomendada al Ing. VRA, nombrado para ese efecto por el Gerente Administrativo, sin que en autos conste autorización o delegación alguna para hacerlo. Esta situación provoca sin duda una irregularidad en el nombramiento del órgano del procedimiento pues su designación fue hecha por un funcionario sin competencia para ello, lo que vicia el acto en uno de sus elementos esenciales. El artículo 182 ibídem, en lo conducente establece: “1. El Juez no podrá declarar de oficio la invalidez del acto, salvo que se trate de infracciones sustanciales relativas al sujeto, al procedimiento o la forma, casos en los cuales deberá hacerlo. 2.- Para efectos de este artículo el sujeto se entenderá como elemento comprensivo de la existencia del ente y su capacidad, de la existencia del órgano y su competencia de los requisitos necesarios para el ejercicio de ésta y de la regular investidura del servidor público...” (Lo resaltado no es del original). Esta norma debe relacionarse a su vez, con lo dispuesto en el ordinal 129 en cuanto dispone: “El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia”. Determinado el vicio, que en sus agravios reprocha el casacionista, es preciso establecer si con ello se produce una nulidad absoluta o relativa. En tesis de principio, la nulidad por la nulidad misma no existe, para que ello ocurra, es menester que se hayan omitido formalidades sustanciales, entendiendo por tales, aquellas “cuya realización correcta hubiere impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes o cuya omisión causare indefensión” (artículos 166 y 223 ibídem) situaciones que, en la especie, se echan de menos. El recurrente no procuró prueba en ese sentido y su derecho de defensa, en los aspectos a que el recurso se contrae, fue respetado como más adelante se expone. Por otra parte, la Junta Directiva, al adoptar el acto final, no hizo reparo alguno a lo actuado, subsanando cualquier irregularidad en el procedimiento, lo cual es legalmente posible en



consideración a que no se trata de la inexistencia del elemento sujeto como para sustentar una nulidad absoluta (166 *ibídem*) sino de su imperfección, en atención únicamente al origen de su nombramiento (167 *ibídem*), siendo importante destacar aquí que se trató de un profesional ligado al objeto en discusión y con conocimiento sobre la materia. Finalmente y al amparo de la teoría finalista, es claro que los actos cuestionados cumplieron el fin esencial del actuar administrativo, sea la satisfacción del interés público (113 *ibídem*). En consecuencia, en criterio de la Sala, al haber sido dictado el acto final por la Junta Directiva de la Caja, órgano competente para hacerlo (artículos 129 y 319 *ibídem*), no haberse causado indefensión, pues se respetó el debido proceso, se satisfizo el interés público no es procedente declarar la nulidad por la nulidad misma, por lo que el recurso, en cuanto a este agravio, debe rechazarse.” (Los resaltados no son del original)

**Es clara la tesis sostenida por la Sala Primera de la Corte en la resolución supra transcrita, en el sentido de que el “órgano decisor” y “el instructor” son el mismo; pero que en aplicación de la figura de la delegación puede haber una separación entre ambos.**

De otra parte, y sin pretender que exista una línea clara al respecto, la Sala Constitucional, en resolución número 6379- 2002 de las 15:22 horas del 26 de junio del 2002, indicó:

“Para el accionante el artículo 55 del Reglamento transgrede el debido proceso desde dos aspectos; en primer término en relación con el principio imparcialidad del juzgador –en este caso administrativo- al encomendarle a la Jefatura del Departamento de Relaciones la instrucción del proceso y la imposición de la sanción. En segundo término, el principio de legalidad, al estimar que ese artículo se aparta del numeral 102 de la Ley General de la Administración Pública, que en relación a la potestad jerárquica desarrolla contenidos constitucionales. La Sala estima, en relación con el primer reproche, que el hecho de concentrar en un mismo órgano la instrucción y el dictado de la resolución final no violenta el principio de imparcialidad del juzgador, todo lo contrario, este sistema no resulta ilegítimo, en tanto permite la inmediatez de los elementos probatorios. Precisamente por este motivo en el proceso penal –que es el que sirve de inspiración al proceso administrativo sancionatorio- el juicio oral concentra la recepción de prueba y el dictado de la sentencia en un acto procesal –el debate-, dejando para casos excepcionales la incorporación de prueba producida fuera del proceso. En este punto tampoco encuentra la Sala enfrentamiento con el orden constitucional” (Dictamen número C-122-2004 de 22 de abril de 2004. Lo resaltado no es del original)

Propiamente, sobre el nombramiento del órgano director, la jurisprudencia administrativa ha reiterado que dicha potestad corresponde al órgano decisor, es decir, aquel con la potestad para decidir el asunto mediante el dictado del acto final del procedimiento.

“ (...) En cuanto al nombramiento del órgano director, este Órgano Asesor ha sido claro, en su jurisprudencia, en el sentido de que el nombramiento del órgano director de un procedimiento administrativo le corresponde al órgano decisor del procedimiento.

Esto es, el órgano competente para dictar la decisión final en un asunto determinado es el que debe decidir iniciar un procedimiento administrativo, pudiendo delegar la instrucción de éste en un órgano director del procedimiento. En este sentido se ha indicado:

“...debe precisarse que los órganos decisorios son los que, en principio, tienen la competencia para instruir los procedimientos administrativos que ellos decidan iniciar; Pero, este Órgano Asesor, ha admitido la tesis de que mediante la utilización de la figura de la delegación, los órganos decisorios deleguen la instrucción de procedimiento en un órgano director.” (Dictamen C-261-2001 de 27 de setiembre del 2001) (Nota: La obligación de que el órgano competente para emitir el acto final es el que debe nombrar el órgano director del procedimiento y las atribuciones de éste



pueden consultarse, entre otros, los siguientes pronunciamientos: C-173-95 de 7 de agosto de 1995, C-055-96 de 12 de abril de 1996, C-062-96 de 2 de mayo de 1996, C-065-96 de 3 de mayo de 1996 y C-088-96 de 7 de junio de 1996) **(C-343-2001 11 de diciembre del 2001)**

*En el caso de los órganos colegiados, como lo son los Concejos Municipales, la instrucción del procedimiento puede ejercerla el Concejo mismo, o bien, delegarla en la figura del Secretario Municipal, de conformidad con el numeral 90 inciso e) de la Ley General de la Administración Pública en relación con el numeral 53 del Código Municipal:*

***“(...) se adiciona el dictamen C-261-2001 del 27 de setiembre del 2001, en el sentido de que el Concejo Municipal puede conocer, instruir y resolver un determinado procedimiento administrativo, o bien delegar la instrucción del procedimiento en su secretario.***

*En cuanto a la segunda adición solicitada, en el sentido de si el Concejo Municipal, en el ejercicio de sus funciones de dirección del procedimiento, queda sujeto a las reglas que rigen los órganos colegiados, en particular en cuanto al quórum estructural, debe indicarse que, efectivamente, cuando actúa como órgano colegiado, aún en el ejercicio de su competencia como “órgano director de procedimiento”, queda sujeto a las reglas propias de éstos, incluido el aspecto del quórum estructural.” PGR de la República. Dictamen número C- 122-2004 de 22 de abril de 2004. (Lo resaltado no es del original)*

*Resulta claro el criterio sostenido por la jurisprudencia administrativa en el sentido de que el órgano competente para decidir el asunto de que se trate, es el llamado a nombrar al órgano director, consecuentemente, el tema de si la competencia es administrativa o de gobierno sede ante esa titularidad. Por lo que, a efectos de su consulta, la determinación del órgano con competencia para nombrar el órgano director dependerá del tipo de acto final que se emita como consecuencia del procedimiento administrativo que instruirá aquel. Con ello se atiende a la línea jurisprudencia que recién se ha transcrito.” (Dictamen C-294-2004 del 15 de octubre del 2004)*

#### **d) Sobre el número de integrantes del órgano director y sobre la posibilidad de que no sean funcionarios públicos los designados para conformarlo**

Ha tenido oportunidad también la PGR por establecer algunos requisitos relacionados con la cantidad de miembros que puede tener el órgano director designado. Concomitantemente, se ha vertido criterio sobre la procedencia de que personas que no son funcionarios públicos puedan ser llamados a realizar las labores del órgano director, e incluso acerca de la posibilidad de que funcionarios públicos que no laboran para la institución u oficina en la que se desarrolla el procedimiento ocupen tal cargo:

*“Por otra parte, en punto a la integración del Órgano Director, esta Procuraduría ha manifestado lo siguiente*

#### ***“IV- SOBRE LOS INTEGRANTES DEL ORGANOS DIRECTOR DEL PROCEDIMIENTO:***

*Varios de los puntos consultados se refieren a la integración del órgano director del procedimiento, por ello, los incluimos todos bajo este tema y subdividimos el mismo en dos puntos. En el primero nos referimos al número de integrantes y en el segundo a la posibilidad de que no sean*

funcionarios municipales; la aceptación expresa del cargo y la juramentación de los integrantes.

**IV.A- Número de integrantes del órgano director del procedimiento:**

*El texto de la Ley General de la Administración Pública permite concluir que el órgano director del procedimiento puede ser unipersonal o colegiado. Así, el artículo 314 indica:*

- “ 1. El órgano que dirige el procedimiento será el encargado de dirigir la comparecencia.*
  - 2. Si el órgano es colegiado, será dirigido por el Presidente o por el miembro designado al efecto.*
- La determinación del número de funcionarios que integraran el órgano director deberá tomar en consideración el mejor logro del objeto del procedimiento y los principios de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado (Artículo 269).*

**IV.B- Sobre la posibilidad de que los integrantes del órgano director del procedimiento no sean funcionarios públicos:**

*La Ley General de la Administración Pública al referirse al tema del órgano director no se pronuncia expresamente acerca de la posibilidad de integrarlo con sujetos que no sean funcionarios públicos. Acudiendo a la doctrina encontramos que el procedimiento administrativo es un canal o instrumento, por medio del que se forma la voluntad administrativa. Es un medio para la realización de una prerrogativa pública realizada por medio de los órganos de la Administración, según la competencia que por ley les corresponda. Esa competencia es por supuesto un requisito de la validez del acto.*

*El jurista JUAN LUIS DE LA VALLINA VELARDE, en su artículo “ Sobre el Concepto de Funcionario de Hecho “ publicado en la Revista de Administración Pública N° 29 de mayo-agosto de 1959, señala que por órgano de la Administración se entiende un complejo ideal de competencias y medios materiales, atribuidos a una persona física a fin de obrar y manifestar la voluntad administrativa, es decir, los órganos manifiestan hacia los terceros la voluntad de la Administración. El órgano y la Entidad a la cual pertenece aquél, no son dos personas jurídicas distintas, sino una sola, y la voluntad de la persona individual en cuanto órgano, tan sólo tiene significación jurídica respecto de la organización general de la que forma parte.*

*Por su parte, ZANOBINI citado por DE LA VALLINA indica que toda persona jurídica, y la Administración pública lo es, obra a través de los llamados órganos, pudiendo ser considerados desde un doble punto de vista: en abstracto y en concreto; abstractamente, se nos presenta como un complejo de atribuciones, de competencias, de medios materiales y personales referidos al logro de un determinado fin del Ente Público; pero en concreto el órgano no es sino la persona física que en un determinado momento actúa como titular del oficio, de las competencias y de las atribuciones del mismo. Bajo el primer aspecto, el órgano es una institución, de la cual el titular es sólo el elemento principal, pero que temporalmente puede faltar sin que la institución desaparezca; bajo el segundo aspecto el órgano es la misma persona física del titular, es decir, en este sentido podemos adelantar, aunque la expresión esté desprovista de rigor científico, que el órgano equivale a funcionario, que es la denominación corrientemente usada por los autores para designar al titular del órgano*

*Ahora bien, es cierto que el órgano director del procedimiento, es un órgano administrativo y por regla general, las personas físicas que lo integran deben ser funcionarios públicos, nombrados como tales para el desempeño de sus funciones. También es cierto que el artículo 65.1 de la Ley General de la Administración Pública señala que todo órgano será competente para realizar las tareas regladas o materiales internas necesarias para la eficiente expedición de sus asuntos y el artículo 66.1 señala que las potestades de imperio y su ejercicio, así como los deberes públicos y su cumplimiento son irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles. Todo lo anterior nos permite deducir que 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, entendidos estos como aquella persona que presta sus servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Sin detrimento de lo expuesto consideramos que 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 de un procedimiento.

Lo anterior deberá encontrarse debidamente justificado a criterio de la Administración, por ejemplo, en el caso que nos ocupa, mediante Acuerdo firme del Concejo Municipal en el que se indiquen las razones por las que se considera que la Administración no cuenta con personal idóneo, ó bien, que de constituirse el órgano con los funcionarios existentes, el fin público que se persigue no podría alcanzarse. (...)

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. Por ejemplo, cuando se proceda de esa forma, deberá contarse con la subpartida presupuestaria que ampare el egreso. La violación de lo estipulado puede generar la suspensión del funcionario responsable y la reincidencia será causa justa de separación, según lo establece el artículo 127 del Código Municipal. Además, debemos recordar que la Contraloría General de la República puede eventualmente improbar los proyectos de presupuesto que reciba de conformidad con el artículo 125 del Código Municipal.

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. **C- 173-95 de 7 de agosto de 1995.** (Lo resaltado no es del original)

De conformidad con lo indicado en el dictamen antes citado, el órgano director puede ser unipersonal o colegiado; puede ser integrado por funcionarios públicos, e inclusive, por particulares en casos excepcionales, cuando la realización del fin público así lo requiera, para lo cual deberá dictarse un acto motivado que justifi que la decisión. Sin embargo, atendiendo a la transcripción que se realizara del criterio de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en punto a la delegación de la tarea instructiva que hace el órgano director de procedimiento en tratándose de un órgano colegiado, cabe hacer la siguiente precisión:

Atendiendo la literalidad del artículo 90 inciso e) de la Ley General de la Administración Pública, la instrucción de un procedimiento administrativo sólo podría delegarse en el secretario. Sin embargo, la claridad del texto no resuelve situaciones, que bien cabe calificar de excepcionales, en donde ese funcionario esté imposibilitado de cumplir la tarea (v.g., confi guración de una causal de abstención –artículo 230 de la Ley General-). Dado el imperativo de la continuidad en el ejercicio de las competencias públicas, y atendiendo al ya citado precedente de la Sala Primera, cabría pensar en la posibilidad de que el Concejo Municipal, atendiendo a los motivos de impedimento que recaen en su secretario, nombrar a un funcionario ad-hoc para que realice la instrucción de un procedimiento administrativo. Ello, claro está, bajo el entendido de que la decisión que se adopte en tal sentido debe estar plenamente respaldada en un acto debidamente motivado, que haga patente la necesidad del nombramiento excepcional de un tercero a los efectos del trámite que interesa.

Se deriva de lo indicado en el párrafo precedente que debemos precisar y adicionar el dictamen C-175-93 supra transcrito en el siguiente sentido: el órgano director, tratándose de un asunto de competencia del Concejo Municipal, puede estar conformado por el propio Concejo, o bien éste puede delegar tal competencia en el secretario municipal. Excepcionalmente, y atendiendo a la

*justificación que se consigne en el acto administrativo que al efecto se emita, podrá nombrarse un secretario ad hoc, siendo que en éste último supuesto dependerá de las específicas circunstancias que deban ser analizadas a través del procedimiento, el que se llame a otro funcionario municipal, o bien, a un tercero que no tenga relación de servicio con el ente corporativo.” (Dictamen C- 294-2004 del 15 de octubre del 2004)*

De seguido, destacamos algunos aspectos muy puntuales en el tema de los órganos directores y los órganos decisores, empezando por aquellos que se han desarrollado en los dictámenes de la PGR de la República:

- El nombramiento del órgano director es una competencia exclusiva del órgano decisor (dictamen C-343-2001)
- El órgano decisor no puede delegar la competencia de designar órganos directores para procedimientos futuros a un funcionario subordinado (dictamen C-167-2005)
- Puede ser designado, como órgano director, un funcionario que ocupe una plaza en régimen de confianza en otra dependencia estatal, pero no uno que se encuentre ocupando un cargo cubierto a la dedicación exclusiva (dictamen C-294-2004)
- Puede nombrarse, en casos calificados, a un funcionario ad hoc, o bien contratar a un tercero particular como órgano director, siempre y cuando se haga la debida motivación para tal decisión. (C-294-2004).
- No puede estar constituido el órgano director por regidores, aunque sí por síndicos (C-277-2005)
- Si el órgano director es colegiado, deben respetarse las reglas de quórum para la adopción de los actos dentro del procedimiento (C-122-2004)

Por su parte, desde la perspectiva de la Sala Constitucional, se ha indicado:

- No es materia de amparo los posibles vicios en la constitución del órgano director (Resolución 1141-99)
- Si el órgano director es colegiado, deberán estar presentes todos sus miembros en la audiencia oral (Resolución 714-98)
- Igualmente, siempre deben actuar conjuntamente (Resolución 117-98)
- Puede asesorarse de otros órganos públicos (Resolución 3054-98)
- *Es obligación del órgano director transcribir el acta de la audiencia oral y tenerla a disposición de la parte (Resolución 5867-94)*
- El órgano decisor puede apartarse de la recomendación que le brinda el órgano instructor, pero debe motivar las razones que lo llevan a tomar tal decisión (Resolución 11688-2003)
- No es motivo de amparo el analizar si el órgano es competente para ordenar el inicio del procedimiento, como tampoco para analizar si concurren motivos de abstención o recusación en el órgano director (Resolución 1653-2001, 1580-99)
- La resolución o recomendación que puede realizar el órgano director es precisamente eso, una recomendación, y bien puede ser que no la realice y traslade el expediente al órgano decisor para que resuelva, una vez terminada la instrucción del procedimiento (Resolución 9200- 2000)
- No debe desatender gestiones de las partes por períodos excesivos (Resolución 773-2004, 5955-99)

### **c) Concepción tradicional del órgano director del procedimiento administrativo**

[Jiménez]<sup>3</sup>

Dentro del estudio del órgano director del procedimiento administrativo tradicional, se distinguirá la definición, su nombramiento, así como las posibles críticas que se le pueden achacar.

#### **Definición del Órgano Director del Procedimiento Administrativo**

La primera propuesta del órgano director del procedimiento administrativo, es la que lo determina como el encargado de llevar adelante la instrucción del procedimiento administrativo. Para fundamentar lo anterior la Procuraduría General de la República lo precisó de la siguiente manera:

*"Las partes dentro del procedimiento administrativo son el sujeto administrativo y el sujeto administrado.*

*Respecto al primero, y siguiendo los lineamientos de la Ley General de la Administración Pública, debemos distinguir entre el órgano director del procedimiento y el órgano decisor. Este último es el que reúne las condiciones necesarias, incluyendo por supuesto la competencia, para resolver por acto final el procedimiento. Por su parte, el órgano director es el encargado de tramitar y excitar el desarrollo del mismo, dictando las providencias que estime necesarias. Este deberá ser nombrado por el competente para emitir el acto final, es decir por le órgano decisor..." PGR Oficio No. C-173-95*

La doctrina nacional encabezada por el Dr. MURILLO estima que el Órgano Director puede definirse como:

*"El Órgano Director del procedimiento administrativo es precisamente el responsable inmediato mismo, el que lo maneja, el que lo preside. Es el encargado de la fase instructora, pues su función es de instrucción, sea de preparación del expediente para su decisión final.*

*(...)El órgano Director es sencillamente el responsable de todo procedimiento; se dará entonces siempre que haya un procedimiento, de cualquier clase que fuere (ordinario, sumario, de alzada, etc.), coincida o no con el titular de la competencia para dictar la resolución final, aunque lo usual es referirse a un Órgano Director del procedimiento, como algo creado especialmente para atender la fase instructora."*

Con vista en lo anterior, se deja entrever que el órgano director del procedimiento es el encargado de la instrucción, comprensivo desde el inicio del procedimiento hasta antes de la emisión del acto final.

En este mismo sentido, son varias las tareas que, dentro del término instrucción, son confiadas al órgano director. Pero en la doctrina y la jurisprudencia no se localizan discrepancias, sino por el contrario esta es una temática pacífica. Dentro de ellas se ubican:

*"(...)El órgano director cumple una función determinante en el desarrollo del procedimiento. La Ley General de la Administración Pública le atribuye, entre otras, las siguientes competencias: dirige el procedimiento y la comparecencia (314: 1); cuando la comparecencia fuese grabada, con su sola firma puede ser levantada posteriormente el acta respectiva (313); recibe la prueba ofrecida por la parte ausente cuando ello fuere posible (315); resuelve todas las cuestiones previas surgidas durante el curso del procedimiento (227: 1); conserva los objetos presentados susceptibles de desaparición dejando constancia en el acta (270: 6); es disciplinado si por culpa hay retraso en el procedimiento; y si la culpa es grave incurre en responsabilidad civil ante el administrado (263: 2)."*

Es importante aclarar que la Procuraduría General de la República dispuso que al momento de nombrar al director del procedimiento se debe indicar a su vez, de manera detallada y precisa, todas y cada una de las funciones que le son encomendadas y no hacerlo de manera general. Lo anterior, para proteger al administrado evitando que se encuentre en una situación de sorpresa o desventaja ante una actuar de la Administración. A raíz de ello, no parece factible que se estipule que al órgano director le corresponda *la investigación e instrucción del procedimiento*, sino que se debe aludir cada función supra citada.

Ahora bien, por qué en el procedimiento administrativo circunda el principio de decisión institucional más no el de decisión personal, en otras palabras que razón de ser tiene el otorgar al órgano director únicamente las tareas de instruir el procedimiento hasta antes del dictado de la resolución final. Al respecto la doctrina estima que:

*"Esta configuración no obedece a un simple capricho, sino que tiene un objetivo claro y preciso: se estima que la separación respectiva del órgano activo es necesaria para la emisión de juicios objetivos; se evita así la influencia que podría ejercer tal órgano activo sobre el consultivo al evacuar su informe o dictamen, influencia que de existir desnaturalizaría la función de este último".*

En otras palabras se intenta que la fase de instrucción trascorra sin la ingerencia del órgano decisor del asunto, para con ello darle libertad de acción al director, impidiendo que éste se vea obstaculizado por cualquier medio. Otra de las razones que se emite es:

*"(...)la jurisprudencia constitucional haya establecido de que el órgano director de procedimiento es un juez de garantías, a manera, trabaja o funciona a manera de un juez de garantías, lo cierto es que tiene que observar, rigurosamente, el principio de legalidad, y no está cuestionada su independencia porque al final, el que toma la decisión o el acto final le corresponde al órgano que va a hacer designado precisamente a él."*

Según esta concepción, el órgano director es un juez de garantías que se le encomendará la tarea de recopilar todos los elementos de prueba con estricto apego a lo establecido al principio de legalidad, para que en la emisión del acto final adquiera coherencia con todo el ordenamiento.

Desde mi punto de vista, el actual funcionamiento de la Administración dentro del procedimiento administrativo tiene otra finalidad, cual es de distribución de labores ante la imposibilidad de evacuarlas por parte del decisor. En otras palabras, ante la diversidad de funciones que perpetra normalmente el órgano decisor, no cuenta con el tiempo para dedicarse a

intimar, notificar, recolectar pruebas, recibir alegatos y dirigir una comparecencia, por lo que encarga dicho trabajo al órgano director.

De esta forma no pretendo, desechar la motivación de juez de garantías otorgada al órgano director, ni tampoco mitigar la independencia en el actuar administrativo que se le ha otorgado; sin embargo, estimo que dichas hipótesis ocupan un lugar secundario ante la distribución de labores por un motivo simplemente de eficiencia.

Otro argumento que pretende justificar la bipartición entre la instrucción y la resolución del procedimiento radica en la consecución del principio de imparcialidad y el de objetividad.

En el ordenamiento jurídico costarricense se localiza varios tipos de órganos directores de esta magnitud, con en el artículo 53 de la Ley de Defensa Efectiva del Consumidor, donde se define la figura de la Unidad Técnica como órgano director, así como el artículo 146 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios donde se menciona la delegación a los Gerentes de la Administración Tributaria y en el artículo 43 del Estatuto del Servicio Civil donde la Dirección General de Servicio Civil viene a funcionar como instructor ya que la decisión final la debe de dictar el Tribunal el Servicio Civil.

### **Nombramiento del Órgano Director del Procedimiento Administrativo**

Esta temática puede ser abarcada desde tres puntos de vista; en primer lugar quien es el órgano indicado de nombrar al órgano director, en segundo lugar a quien puede elegir como director del procedimiento y por último cual es el número apropiado de funcionarios que pueden componer al instructor. En la concepción tradicional del procedimiento administrativo, el otorgamiento de la competencia para designar al director no representa mayor problemática, ya que existe consenso en ello. Así la Procuraduría General de la República ha determinado que:

*"Es criterio de este Despacho que el Órgano Director del Procedimiento debe ser designado por el órgano competente para emitir el acto final".*

De esta forma, la elección de los funcionarios que constituirán el órgano director corresponderá de manera exclusiva al órgano competente para dictar el acto final, que es denominado normalmente el órgano decisor.

Ahora bien, el ofrecimiento anterior no tiene excepciones, es decir, no cabe la posibilidad de que sea nombrado por un órgano que carezca de la competencia; un actuar así constituye un vicio imposible de subsanar. Al respecto DIEZ nos dice que:

*"(...preferente al problema de individualizar el órgano competente para proceder a la constitución de la entidad colegiada de que se trata. Ello es importante porque la constitución de un órgano colegiado por parte de una entidad incompetente, la invalida, y, en consecuencia, invalida también todo lo operado por la entidad colegiada."*

Retomando, en el caso de que el órgano director sea nombrado por un órgano que adolezca de la competencia para dicho operar, las actuaciones que realice el primero sean

sancionadas como nulidad absoluta por lo que se retrotraerá el procedimiento al momento de la designación. No existe la posibilidad de mantener o conservar algún acto, independientemente de que las actuaciones del director se haya ajustado de lo establecido por el\* ordenamiento o que el órgano competente nombre al mismo órgano director. Tampoco cabe la posibilidad de ocultar el vicio bajo la tela del principio de informalidad ya que, este se encuentra dirigido al favorecer al administrado, y además que constituye un malestar, a los derechos del administrado y a la consecución de la verdad real e interés público, la instrucción del procedimiento por un órgano que carezca de la competencia para ello.

Con respecto al segundo punto de análisis, sea cuales deberían ser los órganos que conformen el órgano director dentro de un procedimiento administrativo, partiendo del hecho que el órgano que ordena el inicio del procedimiento y emite la resolución final es el poseedor de toda la competencia, y que el hecho de descargar la instrucción del procedimiento en otro órgano constituye una delegación, el inferior inmediato debería ser el director del procedimiento salvo que se plantee una delegación no jerárquica. Sin embargo en la práctica administrativa las razones por las cuales se elige a ciertos subalternos por parte de los funcionarios competentes para emitir el acto final varían, configurándose en elementos puramente de internos, en otras palabras no existen disposiciones legales o reglamentarias que recaigan sobre el competente para limitar su ámbito de actuación. La Procuraduría estimó que:

*"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."*

Se exponen que las razones sobre las cuales se escogen a los funcionarios directores pesan sobre la búsqueda de la eficiencia y razonabilidad, procurando la satisfacción del interés público y el respeto de los derechos de los funcionarios, sin embargo yo considero que en esta posición, el competente parte de la confianza que le pueden brindar. No desecho, que en este punto, la tesis de la Procuraduría consta de más sentido y fundamento, sin embargo no se puede negar a priori mi tesis ya que la elección del órgano director será un acto interno que permanecerá en la conciencia del decisor, en otras palabras no existe documento que fundamente los motivos para la elección de un funcionario sobre otro, y que en la práctica administrativa se eligen servidores sin experiencia y sin algún conocimiento sobre la instrucción, sobre otros más capacitados para que se desempeñen como directores del procedimiento.

En este mismo sentido se podría tratar, la existencia de asesores externos a la Administración que vengan a colaborar como ella, en los cometidos impuestos en el procedimiento administrativo. La Procuraduría General de la República ha mantenido la tesis de que esta figura se localiza en lo que la doctrina ha denominado la teoría de la vicariedad; al respecto se comentó que:

*"Que los particulares están llamados a desempeñar un importante papel en el*



*campo del Derecho administrativo, no ya como administrados simples, o incluso como administrados cualificados, sino como sujetos activos y ejecutores de la actividad administrativa, junto con la Administración Pública, y como sustitutos o auxiliares de la misma, algo inconcuso en una época como la nuestra, y como la que se abre en nuestro horizonte histórico, de creciente complejidad en la vida social y de monstruosa expansión de los fines administrativos. Pues bien, en este plano es necesario situar la figura del vicario administrativo que implica la realización de función administrativa por particulares.*

*Pero para evitar una inflación de esta figura jurídica, no basta para calificar una actividad como función administrativa vicaria con que un particular despliegue una acción encaminada a un fin de interés público: dicha acción ha de ser pública en su aspecto objetivo, pero también en su aspecto subjetivo, es decir, ha de ser atribuida por el ordenamiento jurídico a la administración pública, como una potestad de ella, si bien admitiendo la transferencia del ejercicio de dicha potestad en favor de un particular a través de alguna de las técnicas legalmente admitidas."*

La Procuraduría General presenta que en los casos en que un particular pueda llegar a efectuar cierta actividad que la misma sea achacada a la Administración, será únicamente en casos excepcionales, cuando lo amerite la consecución del fin público. Pero no encuentro la gravedad de la situación para calificarla de excepcional, ya que en lo único que se debe ser cuidadoso, al momento de escoger a un particular para que realice funciones administrativas, es que se le confiera la investidura para que opere en nombre de la Administración, por lo que en realidad no estará actuando un particular sino propiamente un funcionario de la misma.



**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Jinesta Lobo, E. (2007). Tratado de Derecho Administrativo Tomo III: Procedimiento Administrativo. Editorial Jurídica Continental. 196-208.
- 2 Procuraduría General de la República (2007). Manual de procedimiento Administrativo. Primera Reimpresión. Poder Judicial Departamento de Artes Gráficas. 12-33.
- 3 Jiménez Bonilla, R. (2003). Órgano Director del Procedimiento Administrativo. Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. 129-133.