

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LAS POTESTADES DISCRECIONALES DEL REGISTRADOR MERCANTIL EN CUANTO AL CAPITAL SOCIAL DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Fernando Javier Delgado Rivas¹

Resumen: *El ensayo que se leerá de seguida pretende hacer un breve señalamiento sobre las amplísimas potestades discrecionales con las que cuenta el Registrador Mercantil, específicamente la relativa a rechazar el registro o constitución de sociedades mercantiles que cuenten con un capital social considerado “insuficiente”; esto con la finalidad de reflejar su verdadero alcance, y al mismo tiempo verificar su conformidad con los principios que informan a nuestro ordenamiento jurídico en la materia.*

Palabras clave: *Registrador Mercantil – Potestad administrativa – Principio de legalidad – Discrecionalidad – Arbitrariedad.*

SUMARIO. Introducción. I. La exigencia de un capital determinado para la constitución de sociedades mercantiles: Razones para su regulación legal. **II.** Las Potestades discrecionales del Registrador Mercantil sobre el rechazo de un capital social insuficiente. **1.** Alcance y cumplimiento con los debidos límites. **2.** La desviación de poder como riesgo latente: ¿recaudación arbitraria? **Conclusiones.**

INTRODUCCIÓN

El derecho administrativo, en tanto disciplina jurídica dedicada al estudio de la administración pública –entendida esta en cualquiera de sus dos acepciones más importantes², esto es, como estructura orgánica perteneciente a la rama ejecutiva del poder público, o como función materialmente administrativa– con la finalidad de reglar y ordenar las potestades y prerrogativas propias de estos órganos o función pública determinada, en pro de garantizar las libertades y derechos subjetivos de los particulares, tiene entre sus pilares fundamentales al principio de legalidad.

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2014). Abogado en la firma Lega Abogados.

² En lo que a la teoría general del derecho administrativo se refiere, existen dos grandes acepciones o visiones sobre su objeto de estudio. La visión subjetiva señala que el referido objeto se centra en las actuaciones de los órganos de la rama ejecutiva del poder público; mientras que la visión objetiva rechaza que solo esos entes y órganos dicten actos de naturaleza administrativa, proponiendo en su lugar que el objeto del derecho administrativo debiera ser los actos materialmente administrativos, o la función administrativa propiamente dicha, independientemente de que el órgano o ente que los dicte pertenezca a una rama del poder público distinta a la ejecutiva.

El principio de legalidad³ es uno de rango constitucional, de imperiosa aplicación no solo en las actuaciones de la administración pública en general, sino también –por ejemplo– en el ámbito de la justicia penal y el sistema tributario, aunque en muchas ocasiones suele estudiársele con mucha más profundidad en el primero de los casos, dadas las características propias y pluralidad de actividades que supone el ejercicio de la función pública administrativa⁴.

Un elemento, institución o figura de mucha importancia que se debe tomar en cuenta al estudiar el principio de legalidad, es el de las potestades discrecionales⁵, especialmente en el ámbito del derecho administrativo. Las potestades discrecionales se definen generalmente como aquellas que se dan, cuando un instrumento legal establece que “en presencia de determinadas

³ Es muy importante dejar claro que el Principio de Legalidad incluye también en nuestro ordenamiento a la garantía de reserva legal. Esta garantía sirve como límite a las potestades normativas o reglamentarias con las que cuenta la rama ejecutiva del poder público, estableciendo materias que solo pueden ser reguladas directamente por la ley en sentido formal y que, ni siquiera ésta puede delegar su desarrollo. Al respecto señala el doctrinario JOSÉ PEÑA SOLÍS que: “De modo que la reserva viene a ser un mecanismo constitucional de distribución de poderes normativos entre el Parlamento y el Poder Ejecutivo, que permite al primero neutralizar los mencionados intentos del segundo, pues impide que éste a través del mecanismo de la potestad reglamentaria anule la principal función del órgano parlamentario, ya que la Constitución dispone que determinadas materias estén vedadas al Ejecutivo, y por el contrario, necesariamente deban entrar en la esfera de competencia del Parlamento. De allí, pues, la pertinencia y vigencia de la institución de la reserva legal.” José Peña Solís: *Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999 Volumen Primero*. Sexta Reimpresión. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2009, p. 602.

⁴ Sobre la importancia de los principios de subordinación a la Ley y consecuente limitación a las administraciones públicas, los cuales informan al verdadero Derecho Administrativo y permiten reconocerlo como Derecho Constitucional Concretizado, véase: Jesús María Alvarado Andrade: “Sobre Constitución y administración pública. ¿Es realmente el Derecho Administrativo en Venezuela un Derecho Constitucional Concretizado? *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009 Tomo 1*. Ediciones FUNEDA. Caracas, 2011.

⁵ La mayoría de la doctrina afirma que ya se encuentra superada aquella visión que hablaba sobre las potestades discrecionales como una excepción al principio de legalidad. Así por ejemplo lo establece JOSÉ PEÑA SOLÍS: “Es necesario hacer notar que todavía –como expusimos antes– en algunos Manuales es posible encontrar reflejada la tesis que concibe la discrecionalidad o a la potestad discrecional como una excepción al principio de legalidad administrativa (...). Desde ya afirmamos que se trata de una postura absolutamente superada hace varias décadas, puesto que muy por el contrario, la potestad discrecional de la Administración constituye una demostración incuestionable de la plena vigencia del principio de legalidad administrativa, por lo que no puede ser concebida –insistimos– como el producto de una situación de indeterminación de reglamentación jurídica”. J. Peña Solís: *Manual de Derecho Administrativo...* ob. cit., p. 732.

circunstancias de hecho, la autoridad administrativa tiene la libertad de escoger entre varias soluciones posibles (...)”⁶.

Así pues, las potestades discrecionales se diferencian de las potestades administrativas regladas o vinculadas, en las que la administración solo se dedica a la constatación de los hechos y a subsumirlos en el supuesto de hecho de la norma a ser aplicada; en otras palabras, actúa como autómatas y mero ejecutor de la ley, estando obligada a actuar de una forma ya completamente determinada y especificada previamente por el legislador.

Naturalmente, pasa que en muchas ocasiones no todas las situaciones pueden ser completamente determinadas previamente o imaginadas por el legislador al momento de dictar normas de carácter general, por lo que en muchos casos se hace necesario que el ejecutor –en este caso la administración pública– pueda contar con cierta libertad a los fines de poder tomar la decisión más ajustada con los propios fines que la ley y el ordenamiento jurídico en general, establecen. Este campo de libertad, que en algún momento la doctrina llegó a señalar como una excepción al principio de legalidad, aplicado éste en una visión positiva –es decir– que la administración tiene vedado hacer todo lo que no lo esté asignado por ley, ha sido justificado más que todo por dos razones principales.

La primera de esas razones se refiere a lo que se conoce como las razones de mérito o de oportunidad y conveniencia. Se ha dicho que en estos casos la administración se encuentra en el ejercicio típico de la función administrativa, al ponderar razones de interés general o público, las cuales, pueden estar relacionadas a hechos o causas históricas, sociológicas, económicas, o a políticas públicas en concreto, que pueden ser moldeadas de un momento a otro y son producto también de ciertas circunstancias o contextos determinados, razón por la cual se hace conveniente otorgarle a la administración un campo de libertad en esos aspectos, toda vez que ésta está llamada a cumplir los fines del Estado de forma directa; además el gobierno –en tanto órgano políticamente legitimado para ello– estando llamado a cumplir esos fines a través de la implementación de políticas públicas, debe contar con cierto margen de maniobrabilidad a la hora de dictaminar lo que sea más conveniente u oportuno en un momento dado, lo cual sería imposible de determinar por el legislador en muchísimos casos⁷.

⁶ Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo XIII edición*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2008, p. 179.

⁷ Son los llamados criterios de oportunidad y conveniencia, los cuales comprenden únicamente la apreciación y valoración subjetiva de la administración, y no podrían en principio ser controlados por el Juez Contencioso Administrativo, salvo que se verifique un vicio de desviación de poder.

Y la segunda, comprende lo que se conoce como razones de discrecionalidad técnica o potestades discrecionales técnicas. Estas potestades discrecionales técnicas tienen su razón de ser en el hecho de que al legislador se le hace imposible proveer o regular absolutamente todos los aspectos fácticos o técnicos propios de cada ciencia en particular, en muchos de los ámbitos o áreas de la vida económica o social, que se encuentran regulados por la ley. Además, los elementos o factores mencionados tienden también a ser de una naturaleza muy cambiante o volátil, por lo que se hace muy desventajoso, sino inútil, tratar de regularlos de una forma eficaz y eficiente, mediante instrumentos de una mayor abstracción y generalidad, que son características propias de las leyes.

Por ello se ha tenido como solución que en estos casos la administración decida con base en los estudios técnicos que se realicen en cada caso, y que ello sea lo verdaderamente determinante a la hora de dictar el acto administrativo correspondiente⁸.

Si se quiere, estas fueron originalmente las más típicas y aceptadas modalidades de potestades discrecionales por la doctrina en general. No obstante, distintos autores, en aras de delimitar la discrecionalidad de las administraciones han querido establecer que tanto una como la otra no comportan verdaderos poderes discrecionales, sino por el contrario verdaderas potestades regladas.

Al respecto y sobre la primera de las razones por las cuales se ha aceptado el establecimiento de potestades discrecionales, ALLAN BREWER-CARIAS ha dicho que en realidad en estos casos nos encontramos solamente con unas potestades discrecionalidades aparentes, en el sentido de que éstas se basan la mayoría de las veces en la apreciación de la administración con base en la técnica de los llamados conceptos jurídicos indeterminados⁹.

En ese sentido, dice este autor que según lo que ha establecido la doctrina y jurisprudencia reiteradamente, la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados no habilita a la administración para que decida aplicar distintas soluciones o consecuencias a una misma circunstancia, sino que por el contrario solo existe una solución justa. Así en el caso de los conceptos de interés público o moral pública –por mencionar algunos– la administración solo podrá actuar correctamente apegada a la ley si la solución se ajusta con el concepto indeterminado o no; en pocas palabras, o hay interés público o no

⁸ José Araujo Juárez: *Derecho Administrativo General Administración Pública*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, pp. 120-121.

⁹ Acerca de la diferencia entre conceptos jurídicos determinados e indeterminados, véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo I*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1995, p. 446.

lo hay. En consecuencia, la discrecionalidad es solo aparente y la actuación es en el fondo reglada, razón por la cual el juez contencioso administrativo podrá controlar el acto administrativo dictado con base en alguno de estos conceptos, verificando si realmente la administración tomó la única solución justa conforme a éstos.

Por otra parte, sobre las llamadas discrecionalidades técnicas, si bien es cierto que éstas nunca son desarrollados por la norma de rango legal, algunos autores¹⁰ afirman que como que quiera que en el fondo las razones que conllevan a dictar el acto son de una esencia técnica o científica, en verdad la administración actúa de una forma reglada, solo que no directamente por el texto legal sino por las regulaciones y determinaciones técnicas que ella misma dicta en el marco del ejercicio de función y actividades permitidas por la ley. Por lo tanto, nuevamente no estaríamos en presencia de la posible elección entre varias soluciones igualmente justas o conformes con el ordenamiento jurídico, sino que, conforme a las especificaciones técnicas o científicas aplicables en el momento, solo habrá una solución justa, la cual en principio debiera ser igualmente controlada por el juez contencioso administrativo en ese aspecto.

Sea uno o el otro tipo de potestad discrecional con que nos encontremos, lo cierto es que en cualquiera de estos casos la administración cuenta con un cierto margen de libertad que no es posible ubicar en las demás disposiciones legales completamente regladas. Adicionalmente, no solo existe la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados o la de la utilización de parámetros lógicos, técnicos o científicos para limitar la discrecionalidad administrativa; también los principios generales del derecho y otros más propios del derecho administrativo, se constituyen en parámetros y límites para que la actuación discrecional de la administración no devenga en arbitrariedad, y su consecuente violación al principio de legalidad, la garantía de reserva legal y a la seguridad jurídica de los particulares¹¹.

Dentro de este contexto, nuestro ordenamiento jurídico contiene muchísimas disposiciones que podrían ser ubicadas dentro del ámbito de las potestades discrecionales. Algunas de ellas son perfectamente entendibles y van de la mano con las ideas que hemos expuesto anteriormente, siendo que su violación podría ser fácilmente controlable por el juez contencioso

¹⁰ Entre ellos J. Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo General Administración Pública...* ob. cit., pp. 120-121.

¹¹ A pesar de que no observamos que la doctrina mencione a la seguridad jurídica como uno de los principios o figuras que podrían constituirse como límites a las potestades discrecionales, desde ya anunciamos que este importantísimo elemento del Derecho en general, es quizás uno de lo más conculcados por la disposición normativa analizada, tal y como explicaremos más adelante.

administrativo. No obstante, otras de esas disposiciones dotan a la administración de una discrecionalidad amplísima y con una magnitud que ni siquiera la técnica de conceptos jurídicos indeterminados pareciera poder ser útil al momento de controlar sus actuaciones.

Por ello, se hace conveniente que analicemos algunas de ellas a los fines de comprobar si nos encontramos con una norma de rango legal que escapa a toda consideración sobre los límites de las potestades discrecionalidades, con los consecuentes perjuicios que ello pudiera causar a los derechos y libertades de los particulares.

En esta oportunidad, nos ocuparemos de las aparentes potestades discrecionales establecidas en el vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, específicamente aquellas que dotan a los Registradores Mercantiles con la atribución de poder rechazar la constitución de sociedades mercantiles en razón de la cantidad o monto de capital social que decidan establecer los socios.

I. LA EXIGENCIA DE UN CAPITAL DETERMINADO PARA LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES: RAZONES PARA SU REGULACIÓN LEGAL

Tradicionalmente, nuestra legislación mercantil no había impuesto ninguna regulación o limitación específica relativa a las cantidades de capital social requeridas para las sociedades mercantiles, a los efectos de su constitución y registro, adicional a aquella establecida para el caso de las sociedades de responsabilidad limitada. Por lo tanto, de conformidad con el Código de Comercio, no existe limitación ni monto mínimo requerido para la constitución de sociedades anónimas.

No obstante, en varios textos legales reguladores de actividades financieras y de otras fuertemente supervisadas por la administración pública, sí encontramos disposiciones que exigen un capital social mínimo a las sociedades anónimas que tengan como objeto la realización de esas actividades¹², ya sea a los fines de obtener la autorización para la promoción y constitución de éstas, o para la obtención de licencias, autorizaciones e

¹² Estas actividades fuertemente reguladas han sido denominadas como “actividades de interés general” y parte de la más reciente doctrina las ha definido como aquellas “...actividades que ya no son de titularidad estatal sino de iniciativa privada, prestadas en un régimen de libre competencia, con obligaciones de servicio universal (que son las mismas obligaciones de servicio público)...”. Rafael Badell Madrid: “La Liberalización de los Servicios Públicos en Venezuela”. *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” El Nuevo Servicio Público Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*. Ediciones FUNEDA, Caracas, 2002, p. 119.

inscripción en determinados registros que les permitan poder realizarlas luego de su constitución.

Esta falta de limitación desaparecía posteriormente con la entrada en vigencia del Decreto con Fuerza de Ley del Registro Público y del Notariado¹³, el cual estableció en su artículo 54, numeral primero, la potestad del Registrador Mercantil de rechazar la constitución de sociedades mercantiles con un capital considerado “insuficiente”. Esta disposición se siguió estableciendo en las sucesivas modificaciones y leyes aplicables en la materia –incluida por supuesto la legislación vigente a la fecha– con algunas ligeras modificaciones que luego serán comentadas. Como era de preverse, dicha disposición aplicaría en la práctica exclusivamente a los casos de constitución de sociedades anónimas, por cuanto ya las sociedades de responsabilidad limitada se encuentran legalmente limitadas en cuanto al monto de su capital¹⁴.

Antes de entrar a analizar la referida disposición, consideramos importante resaltar las posibles razones por las cuales el legislador venezolano decidió establecer la potestad contenida en ésta. Para ello, acudimos a lo que ha dicho parte de la doctrina patria en el ámbito del derecho mercantil sobre este aspecto en particular.

Uno de los mayores exponentes venezolanos en la materia, el profesor ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ, es de la opinión de que la ley debe regular los montos mínimos de las sociedades mercantiles, especialmente de las sociedades anónimas. En efecto, el referido autor sustenta su opinión con base en la afirmación de que no es conveniente el permitir la constitución y registro de “...sociedades anónimas de capital insignificante, sin un verdadero patrimonio para desarrollar el objeto social o responder por sus obligaciones”, debido a que ello contribuiría a la perpetración de fraudes o esquemas atentatorios contra el sistema financiero del país, señalando también que ello sucedió en nuestro país cuando este tipo de sociedades (de capital insuficiente) se utilizaron “...con el propósito de recibir créditos de instituciones bancarias por cifras exponencialmente superiores a su capital social, cuestión puesta de manifiesto durante la crisis bancaria iniciada en 1994”¹⁵.

¹³ Publicado en Gaceta Oficial N° 37.333 del 27-11-2001.

¹⁴ Artículo 315 del Código de Comercio: “Las compañías de responsabilidad limitada no podrán constituirse con un capital menor de veinte mil ni mayor de dos millones de bolívares”.

¹⁵ Alfredo Morles Hernández: *Curso de Derecho Mercantil Tomo II Las sociedades mercantiles*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017, p. 219.

Llama la atención que no solo se haga mención al clásico argumento de que las sociedades anónimas estaban pensadas para empresas de gran magnitud, mientras que las sociedades de responsabilidad limitada lo estaban para las pequeñas empresas, como las familiares, sino que además son otras las razones de interés general u orden público, más allá de las relativas a la promoción de buenas prácticas comerciales, las que se señalan. Para darle aún más sustento a esta opinión, el mencionado autor cita inclusive un extracto de la exposición de motivos de lo que fue el anteproyecto de la Ley de Sociedades Mercantiles, el cual confirma la tendencia general, y reza así:

Se ha optado por hacer de la anónima una sociedad de capital mínimo, el cual se ha fijado en la cantidad de un millón de bolívares. Sin embargo, el Ejecutivo Nacional tiene la potestad de alterar este monto, cuando lo estime conveniente. Las sociedades anónimas de capital muy pequeño no se justifican con la reforma que se ha operado en el régimen de la sociedad de responsabilidad limitada. Lo lógico es que la sociedad anónima se utilice para empresas de grandes dimensiones y que el capital suscrito sea uno de los elementos de la confianza que debe inspirar al público. En Venezuela se ha abusado de la constitución de sociedades anónimas con capitales insignificantes, generalmente con propósitos de defraudación fiscal o crediticio, desnaturalizando esta forma de organización. De todas maneras, el monto del capital social mínimo ha sido fijado de manera que esté al alcance de cualquier mediano empresario, para no entorpecer los legítimos propósitos de organización de comerciantes, industriales, banqueros y particulares en general¹⁶.

Estos razonamientos los podemos encontrar igualmente en el derecho comparado al verificar que, en muchas jurisdicciones, como por ejemplo en la francesa, española, y alemana, sus respectivas legislaciones han establecido la exigencia de un monto mínimo de capital social¹⁷.

Llegados a este punto, nótese cómo la intención del legislador tanto en la citada exposición de motivos, como en las distintas legislaciones extranjeras, es casi siempre la de establecer expresamente un monto mínimo de capital social, lo cual nos da algunas luces sobre cuál ha sido la técnica legislativa con mayor aceptación en cada una de estas jurisdicciones, en cuanto a la normativa llamada a evitar la constitución de sociedades anónimas con capital insuficiente.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 222.

¹⁷ El autor ALFREDO MORLES destaca en este punto que “La Directiva comunitaria europea 77/91 de 13 de diciembre de 1976 impone un capital mínimo no inferior a 25.000 ecus. En España se exige un capital no menor de 10 millones de pesetas, en Francia de 250.000 francos o de 1.500.000 francos cuando se apela al ahorro del público y en Italia de 200 millones de liras. En Alemania, la Ley de 1965 requería no menos de 100.000 marcos”. *Ibíd.*, p. 221.

Por su parte, y no obstante lo anterior, MORLES señala también el hecho de que “hoy en día existe una corriente legislativa dirigida a la reducción del mínimo capital social, por la tendencia a formar varias sociedades para una misma explotación...” y también “por la extensión de los beneficios de la anónima a medianos y pequeños empresarios”¹⁸. Esto último pensamos que guarda cierta congruencia con lo que establece la exposición de motivos del proyecto de Ley de Sociedades Mercantiles citado, en el sentido de que en éste se le otorgaban potestades a la administración pública central concentrada (Ejecutivo Nacional), para modificar ese monto cuando lo estimara conveniente.

En efecto, de acuerdo a lo que hemos explicado en la parte introductoria, debido a las características dinámicas y cambiantes de ciertas áreas de la economía o de la sociedad, es que se hace necesario que la administración cuente con una determinada libertad de apreciación de los hechos, a los fines de poder adecuar sus actuaciones con los fines de la ley, políticas públicas actualizadas y demás principios que informen al ordenamiento jurídico.

En este punto en particular, si bien la sociedades anónimas fueron pensadas en un origen para grandes empresas, es innegable que hoy en día son muchos los comerciantes medianos y pequeños que se sirven de las bondades de esta figura, razón por la cual resulta conveniente que para éstos, les sea aplicable unas regulaciones de capital social mínimo distintas a las de los grandes inversionistas; el criterio para la aplicabilidad de una u otra regulación –la cual creemos (sin ánimos de querer adelantarnos a lo que será tratado más adelante) deberá contar siempre con una mínima generalidad y permanencia en el tiempo– parecieran surgir lógica y fundamentalmente del objeto social declarado por los socios, aunque no es descartable que otros elementos pudieran ser tomados en cuenta actualmente.

Por otra parte, cabe también mencionar la opinión de los autores argentinos ARIEL ÁNGEL DASSO y ARIEL GUSTAVO DASSO, quienes en un artículo titulado “El Capital Mínimo en la Sociedad Anónima” apoyan la idea de que la legislación argentina establezca la figura del capital mínimo. Su razonamiento es sustentado más que todo en las funciones que cumple el capital social como garantía de la sociedad frente a terceros, indicando al respecto que “El capital mínimo tiende a determinar la verdadera entidad de la responsabilidad empresarial frente al tercero”¹⁹ concluyendo a la vez que:

¹⁸ *Ibíd.*, p. 222.

¹⁹ Ariel Angel Dasso y Ariel Gustavo Dasso: “El Capital Mínimo en la Sociedad Anónima”. *V Congreso Argentino de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*. Fundación UADE y Cámara de Sociedades Anónimas. Córdoba, 1992, p. 164.

...parece razonable exigir capital mínimo de mayor envergadura para, de alguna manera, determinar que la forma de la sociedad anónima con responsabilidad limitada, con el riesgo que la misma supone de limitación de responsabilidad al capital, encuentre una correspondencia interna más efectiva con el patrimonio y signifique de consumo una garantía también más concreta y real respecto de los acreedores sociales²⁰.

Así pues, hemos visto los argumentos y las razones que han motivado a los legisladores locales y de distintas jurisdicciones a establecer una regulación o limitación para el establecimiento de los montos del capital social de las sociedades anónimas; y las opiniones favorables de la doctrina al respecto. Igualmente hemos mencionado someramente que dicha regulación recae sobre hechos de una naturaleza dinámica y constantemente cambiante, de difícil regulación por una normativa de rango legal, lo cual podría dar cabida al establecimiento o dotación de potestades discrecionales al regulador, cualquiera que sea su tipología, ya sean aparentes, administrativas, o técnicas.

En vista de lo expuesto, nos unimos a los razonamientos anteriores, en el sentido de que se hace necesario no solo regular el monto del capital social de las sociedades anónimas a constituirse ante el Registro Mercantil que corresponda, por las razones de conveniencia al interés público relativas a evitar el fraude financiero o fiscal; sino que también se debe tomar en cuenta que el establecer los montos mínimos de capital social exigidos, pudiera requerir de un examen por parte de la administración para cada caso en concreto y en momentos determinados, dadas las características propias de los distintos comerciantes, grandes, medianos y pequeños, y también debido a la amplísima cantidad de actividades a las que pueden dedicarse, más aún cuando sobre algunas de éstas no recae algún tipo de regulación especial (como por ejemplo en materia bancaria, de seguros, entre otras), que de entrada ya les requiera un monto de capital social determinado.

En el siguiente aparte, analizaremos entonces la disposición que encontramos en el vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado²¹, desde el punto de vista de su alcance como potestad discrecional, y su conformidad con nuestro ordenamiento jurídico.

Para ello tomaremos como premisa las razones que creemos motivaron su establecimiento en el referido texto legal, conforme a las ideas anteriormente expuestas, y fundamentalmente verificaremos si su redacción es cónsona con los principios relativos a la limitación y control de las potestades discrecionales que nos son aplicables en Venezuela.

²⁰ *Ibíd.*, p. 166.

²¹ Publicado en Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.156 del 19-11-2014.

II. LAS POTESTADES DISCRECIONALES DEL REGISTRADOR MERCANTIL SOBRE EL RECHAZO DE UN CAPITAL SOCIAL INSUFICIENTE

1. Alcance y cumplimiento con los debidos límites

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, establece en su artículo 57, numeral 1, lo siguiente:

Artículo 57: Corresponde al Registrador o Registradora Mercantil vigilar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la constitución y funcionamiento de las compañías anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, de conformidad con el Parágrafo Único del Artículo 200 del Código de Comercio. A tal efecto, el Registrador o Registradora Mercantil deberá cumplir, entre otras, las siguientes obligaciones:

1. Rechazar la inscripción de las sociedades con capital insuficiente, aplicando criterios de razonabilidad relacionados con el objeto social, que instruirá el Servicio Autónomo de Registros y Notarías, de conformidad con el ordenamiento jurídico y las políticas del Estado (...).

Antes que nada, es importante destacar que la primera disposición sobre este particular que se estableció en nuestra legislación, era mucho más parca y general, señalando únicamente la potestad de “Rechazar la inscripción de las sociedades con capital insuficiente, aplicando criterios de razonabilidad relacionados con el objeto social”²².

De la última modificación vigente transcrita más arriba, podemos claramente observar la intención del legislador de reducir o controlar la alta discrecionalidad que ya de por sí contenía esta disposición, desde la primera vez que entró en vigencia. Ello guarda relación con lo que comenta el reputado autor JOSÉ ARAUJO JUÁREZ en cuanto a la auto vinculación como límite a la discrecionalidad administrativa, aunque en este caso sería directamente el legislador el que obliga a la administración a hacerlo y no ésta la que a su disposición se lo auto impone²³.

Sobre el verdadero alcance de la disposición comentada, habíamos hablado ya sobre las motivaciones encontradas en la doctrina para establecer

²² Artículo 54, numeral primero del Decreto con Fuerza de Ley del Registro Público y del Notariado Publicado en Gaceta Oficial N° 37.333 del 27-11-2001.

²³ Al respecto el referido autor señala que: “En efecto, la Administración Pública puede autovincularse en el sentido que puede perfectamente reducir el ámbito de la discrecionalidad, predeterminando aspectos indeterminados, al dictar normas que van a regular de antemano el ejercicio de la potestad discrecional en relación con los casos que se van a presentar en el futuro, y de esa manera reducir esa potestad discrecional”. J. Araujo Juárez *Derecho Administrativo General Administración Pública...* ob. cit., p. 122.

o regular la exigencia de un capital mínimo para las sociedades mercantiles. En efecto, el interés principal es aquel de evitar la constitución o inscripción de sociedades mercantiles anónimas con un capital insuficiente, para lo cual el Registrador Mercantil debiera contar con la potestad legalmente establecida de exigir a los particulares unos montos de capital mínimos.

Ahora bien, de entrada, consideramos que la redacción de la norma no fue la más feliz, o siquiera de una técnica legislativa adecuada con los fines de establecer una potestad discrecional que respete los límites del principio de legalidad y de la garantía de reserva legal, toda vez que ni siquiera otorga potestades expresas a la administración pública para establecer mediante normas generales, montos mínimos de capital que quizás pudieran ser variables en el tiempo y, pudiéndose establecer tal vez un rango de selección de entre unos montos mínimos y máximos (indicados en Unidades Tributarias preferiblemente), tomando en cuenta varias circunstancias (situación económica, políticas públicas, entre otras razones de interés público); por el contrario nuestro legislador dotó al Registrador con unas potestades amplísimas de rechazar cualquier monto de capital social que a su discreción sea considerado insuficiente, apartándose de lo que una vez se pensó en el proyecto de Ley de Sociedades Mercantiles, y de casi todos los ejemplos observados en el derecho comparado.

Lo ideal –y menos atentatorio contra los principios encontrados en nuestro ordenamiento jurídico– hubiese sido el establecer un monto mínimo de capital social para las sociedades anónimas, independientemente de las nada despreciables ventajas que vendrían acompañadas de otorgarle a un órgano de más alta jerarquía, cierto margen de discrecionalidad, a los fines de poder adecuar las limitaciones con las características propias de cada actividad empresarial o comercial a la que decidan dedicarse los promotores de este tipo de sociedades.

Tal y como lo hemos mencionado ya, no fue sino hasta la entrada en vigencia del actual Decreto Ley, que nuestro legislador demostró claras intenciones de determinar y limitar esta amplísima discrecionalidad. Ciertamente, al establecer que el referido rechazo se haría con base en “criterios de razonabilidad relacionados con el objeto social, que instruirá el Servicio Autónomo de Registros y Notarías, de conformidad con el ordenamiento jurídico y las políticas del Estado” es claro que la intención, al menos en ese momento, era aquella de que el Servicio Autónomo de Registros y Notarías procediera a dictar una normativa de carácter general dirigida a reglar las potestades de los Registradores Mercantiles, con base en los criterios ahí señalados, en aras de reducir el ámbito de discrecionalidad; sin embargo, sobre esto último no tenemos conocimiento de que se haya dictado alguna resolución, providencia o cualquier otro instrumento de carácter general

dirigido a dar cumplimiento con ese requerimiento legal, ni por parte del Servicio Autónomo de Registros y Notarías, ni por el Ministerio del Interior (Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz).

La falta de esta reglamentación que el legislador colocó en cabeza de la administración, nos ha dejado entonces en la misma situación anterior a la entrada en vigencia el referido Decreto Ley. No obstante, irónicamente es en la actualidad cuando más se ha observado en la práctica el ejercicio de esta potestad por parte de los Registradores Mercantiles. En consecuencia, hoy en día los particulares no cuentan con ningún tipo de certidumbre al momento de decidir cuál sería el monto del capital social necesario o sobre si éste será rechazado o no por los Registradores.

Todo lo anterior, hace preguntarnos si verdaderamente es posible concebir un alcance concreto de las potestades administrativas discrecionales que ésta norma en particular le ha otorgado a los Registradores Mercantiles. Tomando en cuenta que la definición más aceptada de potestad discrecional es la posibilidad de escoger entre dos o más soluciones igualmente justas y legales –con base en ciertos criterios controlables en sede judicial que vayan más allá del mero arbitrio del funcionario competente– cabe cuestionarse también si los indicados criterios de razonabilidad (inexistentes por demás) son suficientes para limitar una potestad discrecional amplísima –casi arbitraria– o si por el contrario la comentada disposición normativa es altamente permisiva en cuanto a la posibilidad de violación del principio de legalidad y de todos los demás principios corolarios llamados a controlar las actuaciones de la administración pública, y proteger a los particulares. De tal manera que, se hace necesario recalcar que la discrecionalidad no es arbitrariedad²⁴.

En esta misma línea de pensamiento, una manera de entender esta particular potestad discrecional, es mediante la verificación del cumplimiento con los límites que podemos encontrar claramente determinados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia patria.

Uno de los doctrinarios administrativistas que más se ha dedicado al estudio de la parte general del derecho administrativo, JOSÉ ARAUJO JUÁREZ, nos habla de los siguientes límites: elemento subjetivo, elemento objetivo, elemento teleológico, elemento formal, elemento causal, Principios Generales del Derecho y finalmente los Conceptos Jurídicos Indeterminado²⁵.

²⁴ Allan Brewer-Carias: "Notas sobre la discrecionalidad administrativa y sobre su delimitación y sus límites" para el *Taller Estratégico sobre "Procedimientos administrativos y justicia administrativa en América Latina"*, Programa Estado de Derecho para América Latina, Konrad Adenauer Stiftung, Ciudad de México, 28 y 29 de mayo, 2007, p. 28.

²⁵ J. Araujo Juárez *Derecho Administrativo General Administración Pública...* ob. cit., pp. 123-123.

Antes que nada, debemos mencionar que este señala como una posición dominante en la doctrina, la inexistencia de actos discrecionales, siendo que en realidad solo la potestad puede ser calificada como discrecional, mientras que los actos administrativos serán más o menos vinculados (reglados) o discrecionales, siempre habiendo una mezcla de estos dos elementos²⁶. Teniendo en cuenta esta premisa, veamos si los referidos límites pudieran servir como tales en la potestad discrecional comentada.

En primer lugar, tenemos los llamados elementos subjetivo y objetivo. El primero se refiere a la competencia del órgano que dicta el acto (con elementos discrecionales); mientras que el segundo se refiere precisamente a la presencia o no del elemento discrecional.

En el caso que nos ocupa, no vemos incidencia alguna con respecto al elemento subjetivo, por cuanto la norma es clara al establecer cuál es la autoridad competente para ejercer la potestad y dictar el acto correspondiente. Sobre el elemento objetivo, nos dice el autor "...que precisamente es en este elemento donde puede existir o no el carácter vinculado o el carácter discrecional de la decisión de la Administración Pública"²⁷, y que dicho elemento no puede ser controlado por el juez, debido que ello supondría el sustituirse en funciones que no le son propias; al respecto, es más que evidente este elemento (quizás demasiado), en el contenido de la disposición comentada.

El siguiente elemento es el teleológico, y se refiere a que por más elementos discrecionales que tenga el acto, siempre deberá apegarse al fin de la norma que le dotó de esas potestades a la autoridad que lo dicta. Creemos que la referida potestad del Registrador Mercantil resulta muy amplia con respecto a los fines que debiera cumplir, y que por lo tanto los riesgos de incurrir en el vicio de desviación de poder son igualmente muy amplios, a lo cual volveremos más adelante.

Otro elemento es el formal, del cual no hay nada más que decir, aparte de que el Registrador Mercantil no podrá omitir ningún procedimiento especial o general aplicable, independientemente del elemento de discrecionalidad.

Acerca del elemento causal, nos dice el autor que todo acto administrativo dictado con base en una potestad discrecional debe ser

²⁶ Sobre ello afirma el autor que: "No hay actos discrecionales puros sino, por el contrario, se habla de un acto administrativo con la combinación de elementos vinculados y de elementos discrecionales. De manera que sólo podemos decir que las potestades son más o menos amplias, y por tanto a ellas son las que cabe calificar de discrecionales o no, y que el acto administrativo es simplemente un instrumento como lo es el reglamento o los contratos, donde precisamente se manifiesta también las potestades discrecionales". *Ibíd.*, p. 120.

²⁷ *Ibíd.*, p. 123.

igualmente motivado. En este punto, debemos traer a colación la figura de la llamada negativa registral²⁸.

En efecto, el Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Ley de Registros y del Notariado, obliga a los Registradores a motivar sus rechazos a la inscripción o protocolización de documentos. Sin embargo, lo que casi siempre sucede en la práctica es que los particulares reciben “notas de retención” indicando muy escuetamente los motivos del rechazo, sin cumplir con ninguna de las formalidades de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos²⁹, por lo que éstos prefieren la gran mayoría de las veces simplemente acogerse al criterio del Registrador, en lugar de solicitar la negativa formal y acudir a la vía recursiva administrativa, o directamente a la vía judicial contencioso administrativa.

Finalmente, sobre los Principios generales del Derecho, hablaremos sobre ellos cuando mencionemos las limitaciones indicadas por otro importantísimo exponente de la doctrina administrativista, ALLAN BREWER-CARIAS y sobre los Conceptos Jurídicos Indeterminados, ya habíamos dicho que este mismo autor los considera una limitación tan clara, que el uso de estos no supone una verdadera discrecionalidad.

Sobre este último aspecto, hemos de notar que no encontramos en la redacción de esta disposición normativa, concepto jurídico indeterminado que permita al juez hallar una única solución justa. Ciertamente, no hay razones de interés general o público, moral pública, orden público y ni siquiera de conveniencia, que pudiesen servir para controlar no solo las instrucciones que debiera haber dictado el Servicio Autónomo de Registros y Notarías, sino las actuaciones directas del Registrador Mercantil.

De lo que hemos expuesto hasta ahora, vamos viendo como algunos de los elementos que señala el autor JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ, son de muy difícil aplicación en los casos de ejercicio de las potestades discrecionales del Registrador Mercantil relativas al rechazo del capital social insuficiente.

Por su parte, ALLAN BREWER-CARIAS, al hablar sobre los límites “propriadamente dichos” del poder discrecional señala que:

...desde hace décadas se aprecian esfuerzos significativos por permitir, efectivamente, que el juez contencioso-administrativo penetre en el ámbito de la

²⁸ “Artículo 42: En caso de que el Registrador o Registradora rechace o niegue la inscripción de un documento o acto, deberá hacerlo por acto motivado, en un lapso no mayor de treinta días siguientes a la presentación del mismo y notificará al interesado o interesada, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. El o los interesados, la o las interesadas, podrán facultativamente intentar el Recurso Jerárquico o el Recurso Contencioso-Administrativo (...)”.

²⁹ Publicada en Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981.

discrecionalidad y controle la arbitrariedad. En esta materia, de nuevo, los principios generales del derecho han suministrado el arsenal inicial para esta lucha contra la arbitrariedad que habiendo sido inicialmente librada por los jueces, ha venido teniendo como aliado al Legislador en la codificación del procedimiento administrativo³⁰.

En ese sentido, el referido autor menciona los siguientes principios que deberán ser tomados en cuenta, a la hora de verificar los límites de los poderes o potestades discrecionales de la administración: principio de la proporcionalidad, principio de igualdad, principio de buena fe, principio de la racionalidad y principio de la justicia, y “en general todos los principios derivados de los derechos y libertades fundamentales de las personas...”³¹.

El límite de la proporcionalidad, se verificará más que todo en los casos donde la administración puede escoger entre dos opciones, la mayoría de las veces cuando va a imponer una sanción. La limitación de este principio consiste en que “La decisión que se tome tiene que ser proporcional al supuesto de hecho”³². En efecto, la administración no puede imponer la sanción más grave al particular que haya incurrido en una falta o ilícito, que no se corresponda con la gravedad de ésta, debiendo escoger entre una de menor incidencia.

Este principio se encuentra positivizado en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos³³, por lo que el juez contencioso administrativo sin duda podrá controlar judicialmente los actos con elementos discrecionales que sean considerados desproporcionados. No obstante, nuevamente observamos que en la norma bajo análisis no es posible ubicar dos o varias soluciones entre las que pueda escoger la administración, siendo posible más bien la escogencia de alternativas casi infinitas. En consecuencia, la norma misma pareciera escapar a los límites de proporcionalidad que pudieran aplicársele en su ejecución, si hubiese sido redactada de otra manera –es decir– si al menos hubiese establecido varias soluciones posibles.

El límite relativo al principio de racionalidad, es quizás el único que pudiera regir las potestades del Registrador Mercantil, ya que la norma que establece la posibilidad del rechazo a la inscripción de sociedades con capital

³⁰ Allan Brewer-Carias: *Notas sobre la discrecionalidad administrativa...* ob. cit., p. 34.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 42.

³³ “Artículo 12: Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”.

insuficiente, señala que deberá hacerse con base en criterios de *razonabilidad* relacionados con el objeto social. Ciertamente, no pareciera racional que se exija el mismo monto de capital social a una compañía anónima dedicada a la industria naviera, y a una cuyo objeto sea el expendio de comida rápida, por decir un ejemplo. De todas formas, creemos que el rango de posibilidades sigue siendo muy amplio e indeterminado, y que además puede escapar del conocimiento del Registrador cual pudiera ser o no un monto de capital mínimo para determinada empresa; ésta última preocupación fue corroborada además por el mismo legislador al establecer que dichos criterios serían instruidos por el Servicio Autónomo de Registro y Notarías.

El último de los principios mencionados, el de la justicia, implica que la discrecionalidad se encuentra limitada, no pudiendo resultar en actos totalmente contrarios a la verdad y a la equidad³⁴. Bajo este principio puede ser controlado cualquier acto administrativo, inclusive los que se dicten con base en las amplísimas potestades del Registrador Mercantil; pasa que la cuestión no es tanto sobre el control posterior, sino sobre la alta permisividad que encontramos en la redacción de la norma, lo cual hace que en la práctica sea en extremo fácil que las decisiones sean manifiestamente injustas, al menos desde un punto de vista de la equidad.

En cuanto a la jurisprudencia patria, es indudable que desde hace varias décadas atrás –inclusive antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos– esta viene haciendo todos los esfuerzos por delimitar la discrecionalidad administrativa. Ello se observa muy claramente en dos sentencias de la antigua Corte Federal de Venezuela que cita ALLAN BREWER-CARIAS³⁵. Una de ellas, de fecha 24-02-1956, afirmó que “la discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la Administración... no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su fin”³⁶, esto en lo que a la naturaleza misma de la discrecionalidad se refiere. Posteriormente, la jurisprudencia también ha establecido más delimitaciones, señalando los principios que hemos brevemente señalado como herramientas para el control jurisdiccional³⁷.

³⁴ Allan Brewer-Carias: *Notas sobre la discrecionalidad administrativa...* ob. cit., p. 51.

³⁵ *Ibid.*, p. 35.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Véase entre muchas otras, la sentencia N° 389 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 01-04-2005, mediante la cual se anuló parcialmente una resolución emitida por la Contraloría General de la República, por esta –haciendo uso de potestades discrecionales– haber resultado en una medida “irracional y excesiva”. La misma sentencia señala en su parte motiva que se “deberá tener muy presentes los límites generales para el ejercicio de poderes discrecionales, concretamente sobre la debida adecuación,

Hemos podido observar entonces cómo la redacción de la norma analizada es altamente permisiva, en el sentido de que los actos dictados bajo su ejecución, pudieran muy fácilmente no cumplir con los límites de la discrecionalidad que ha estimado la doctrina y la jurisprudencia. Pero además quisiéramos agregar uno más, el principio de la seguridad jurídica, quizás el más afectado por esta norma de supuesto contenido discrecional.

El principio de seguridad jurídica consiste –en pocas palabras– en la certeza de conocer lo que la norma jurídica le exige al particular y sobre la estabilidad de ésta, para LUIS MARÍA OLASO es:

...simplemente la “seguridad” del *hombre social* que, seguro o no en su situación metafísica o económica, sabe con qué ha de contar como norma exigible para su trato con los demás; o sea, es la seguridad de quien conoce o puede conocer lo previsto, lo prohibido, mandado o permitido por el poder público respecto de uno para los demás y de los demás para uno³⁸.

De lo dicho anteriormente, creemos que hay una alta incertidumbre en la que esta norma, tanto en su redacción, como en la falta de desarrollo y auto vinculación por parte de la administración misma, ha puesto a los particulares es alarmante. Nadie puede negar hoy en día que –en la práctica– es casi imposible prever cual es el monto de capital social que deben establecer los socios promotores de una sociedad anónima; simplemente no es posible conocer el criterio cambiante y absolutamente no vinculado ni limitado por ningún parámetro, del Registrador Mercantil, más allá de su razonabilidad³⁹.

Así pues, esta potestad discrecional, pareciera no tener un alcance claro, y al mismo tiempo hace que las actuaciones dictadas con base en ésta, fácilmente puedan escapar a los límites impuestos por los mismos principios generales del derecho que estable nuestro ordenamiento jurídico. Todo esto, nos debiera llevar a pensar que la referida norma pudiera constituir un

proporcionalidad y razonabilidad entre los hechos concretos y los fines de la ley, así como el respeto a los derechos humanos y valores superiores del ordenamiento jurídico”. Véase también varias de las sentencias citadas por J. Araujo Juárez: *Derecho Administrativo General Administración Pública...* ob. cit., p. 123.

³⁸ Luis María Olaso S.J.: *Curso de Introducción al Derecho Introducción Filosófica al Estudio del Derecho Tomo I*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2008, pp. 425-426.

³⁹ En estos casos, la única y más rápida alternativa que le queda a los particulares es la de fijar montos altísimos (pagando casi siempre el 20% de esa cantidad) de capital social, a los fines de evitar rechazos por parte de los Registradores, impulsando a la vez lo más que puedan el trámite de registro, toda vez el criterio del Registrador en ese aspecto puede variar mientras otros aspectos de la constitución de la sociedad son subsanados o corregidos, ya sean formales o de contenido. En definitiva, y adicional a suponer que mientras más alto sea el monto del capital, menos riesgos de ser considerado “insuficiente” habrá, los particulares solo pueden esperar a que el criterio del Registrador en particular, sea lo más racional y estable posible.

ejemplo de deslegalización, atentando en definitiva contra el principio de legalidad.

2. La desviación de poder como riesgo latente: ¿recaudación arbitraria?

Además del peligro latente de violación a varios de los principios comentados, queremos destacar en particular que, según lo observado en la práctica en los últimos tiempos, esta potestad en particular del Registrador Mercantil ha abierto las puertas para que se haya producido en reiteradas oportunidades –a nuestro parecer– el vicio de desviación de poder.

El vicio de desviación de poder se verifica cuando el acto que dicta la administración, pese a cumplir con todas las formalidades legales y no estar viciado de ninguna otra causal de nulidad, persigue un fin distinto al que establece la ley que otorgó la respectiva potestad e hizo competente a la respectiva autoridad para ello; suceden “Si la autoridad u órgano de la Administración se apartan de ese fin que condiciona el ejercicio de su competencia, el acto o la decisión que adopten en consideración a un fin distinto deja de ser legítimo y debe ser anulado”⁴⁰.

En el caso que nos ocupa, creemos que la administración ha estado utilizando está amplia libertad de exigir un determinado monto de capital social, a los fines de siempre establecer los más altos posibles, muchas veces desproporcionados y variables en cuestión de un día a otro, lo cual se traduce en un correlativo aumento en la recaudación, por la vía de la tasa que establece el mismo Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado⁴¹, y los tributos que establezcan las demás normativas municipales o estatales, que apliquen al hecho imponible de la inscripción de una sociedad anónima.

Pareciera que la intención de la administración central no es la de evitar que se constituyan compañías con capital insuficiente, que es el fin que se desprende de la norma, tal y como lo comentamos cuando hicimos mención a las motivaciones que llevaron a que fuese dictada; en cambio, el objetivo pareciera ser lograr la mayor recaudación posible por vía de las tasas y tributos anteriormente referidos. Si lo analizamos bien, esto podría no sonar tan descabellado, tomando en cuenta la grave crisis económica que vive

⁴⁰ E. García de Enterría y T.M. Fernández: *Curso de Derecho Administrativo I...* ob cit., p. 454.

⁴¹ “Artículo 85: En materia no contenciosa mercantil se causarán las siguientes tasas a favor del Servicio Autónomo de Registros y Notarías: (...) 14. Por la inscripción y aumento de capital de sociedades mercantiles se cobrará el 1% del capital”.

actualmente nuestro país⁴², lo cual podría motivar a que la administración central trate de obtener el mayor financiamiento posible, sin importar la legalidad o idoneidad de los medios que emplee para tal fin.

CONCLUSIONES

Dentro de la teoría general de las potestades administrativas, una premisa básica e ineludible es que éstas tienen como único fundamento a la ley (principio de legalidad), la administración pública no puede hacer nada que no esté previamente establecido en ella. Lo mismo sucede con las potestades discrecionales, las cuales no suponen en ningún momento arbitrariedad, y no solo están limitadas por el mismo instrumento legal que las establece, sino también por los elementos vinculados o reglados del acto administrativo que se dicte con ocasión de su uso, y de los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico.

Es innegable que los elementos discrecionales de un acto administrativo son necesarios en muchas ocasiones, tal y como lo hemos dejado muy claro, algunos hechos de la realidad cuentan con ciertas características que simplemente no pueden ser previstas de forma general y abstracta por un instrumento de rango legal; por lo cual se hace necesario que en esos casos a la administración se le permita un rango (igualmente limitado) de libertad de apreciación con base en los fines de la respectiva ley que sustenta su actuación, a veces tomando en cuenta criterios típicamente administrativos –las llamadas razones de conveniencia y oportunidad– que la mayoría de las veces tienen que ver con el uso de conceptos jurídicos indeterminados (potestad discrecional aparente según BREWER-CARIAS), otras veces mediante la utilización de la llamada potestad discrecional técnica. Cualquiera que sea la forma, el derecho administrativo y los principios generales del derecho brindan las herramientas necesarias para que el juez contencioso administrativo controle los actos que se aparten de los límites legales y estén viciados de nulidad.

A pesar de todo esto, en algunas ocasiones es la misma ley la que abre las puertas para la deslegalización de las actuaciones de la administración pública. Creemos que de acuerdo a todo lo que hemos dicho, el caso de la potestad que tiene Registrador Mercantil para rechazar la inscripción de sociedades anónimas –por considerar que su capital es insuficiente– es un claro ejemplo de ello.

⁴² A la fecha en que se escriben estas líneas, Venezuela transcurre por su cuarto año consecutivo en recesión y decrecimiento económico. Véase: <https://prodavinci.com/4-anos-de-recesion-economica-en-cifras/>

Luego de que hiciéramos mención de los límites al poder discrecional, pudimos cerciórarnos de que la redacción de la norma es tan amplia, ilimitada, y ausente de criterios, que hasta el control por parte del Juez contencioso administrativo se pudiera dificultar muchísimo, pudiendo apelar únicamente a la razonabilidad o no del funcionario competente.

En efecto, nos encontramos con una norma que tal y como está redactada, no establece la posibilidad de escoger entre 2, 4 o 6 soluciones posibles, sino entre una infinidad de posibilidades, a la vez que ni siquiera hace mención a ningún concepto jurídico indeterminado, que pudiera contener o hasta reglar una aparente discrecionalidad.

En la práctica registral es raro que observemos a los particulares recurriendo o demandando la nulidad de las actuaciones de los Registradores, más aún cuando el interés primordial de estos es poder continuar con sus emprendimientos antes de tener que iniciar un procedimiento de segundo grado o una acción judicial, todo lo cual contribuye con el nivel de arbitrariedad de los Registradores, sin mencionar la ausencia de auto vinculación impuesta a la administración que vino con la última reforma del instrumento legal contentivo de la referida potestad.

Uno de los fines primordiales del derecho administrativo –sino el más primordial– es el de controlar el poder, simplemente debemos desconfiar de él⁴³ y de la mera apreciación o arbitrio de las personas llamadas a ejercer la función pública, por lo cual los instrumentos legales que les doten de potestades discrecionales, deben siempre hacerlo con miras a que éstas reduzcan el riesgo de actuaciones arbitrarias, estableciendo claramente los fines, criterios, mínimos y máximos, soluciones posibles y demás elementos que coadyuven a un eficiente control posterior –en el caso de producirse arbitrariedades– y a una mayor protección a los particulares, para que éstos pueden contar con la certeza de los requerimientos que les impone la ley y no el libre arbitrio de la administración.

Lamentablemente, este definitivamente no es el caso de la norma que acabamos de analizar; muy a pesar de que su altísima discrecionalidad (o arbitrariedad) pudiese ser reducida por la hasta ahora inexistente reglamentación exigida por ésta a la administración, de igual forma consideramos que el riesgo seguiría siendo demasiado grande. Por ello,

⁴³ Aquí consideramos pertinente citar de nuevo al autor JESÚS MARÍA ALVARADO ANDRADE, quien afirma, entre muchas otras ideas relacionadas a la disciplina del derecho administrativo, que: “Así pues, el punto focal es que no hay derecho administrativo en donde no exista una Constitución que sirva de control a la Administración en aras de la preservación de los derechos individuales”. J.M. Alvarado Andrade: *Sobre Constitución y administración pública...* ob. cit.

creemos que la potestad discrecional comentada, que al final no es tal, incumple con todos los principios del derecho administrativo imperantes en nuestro ordenamiento jurídico.