



/ Buenos Aires
31 de julio
1 y 2 de agosto de 2013

TEMA DOCTRINARIO

ACTAS

TITULO:

EL DERECHO A NO RESPONDER O DE CONTESTAR Y LA INVITACION A FIRMAR EN LAS ACTAS NOTARIALES.-

CASO ESPECIAL DE LAS ACTAS DE CONSTATAACION DE ASAMBLEAS DE CONSORCIOS

La garantía constitucional de la defensa en juicio y el procedimiento en las actas de constatación.

AUTORA: Escribana María Victoria GONZALIA.-

Teléfono: 011-43713195

Correo electrónico: escribaniagonzalia@fibertel.com.ar

PONENCIA

- Las actas notariales de constatación de asambleas de consorcios de copropietarios son actas de presencia y comprobación y se confeccionan en forma paralela al procedimiento establecido para las actas de consorcios por la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal y el artículo 5° de su Decreto Reglamentario y ccs.-
- No es obligatorio para el escribano que está labrando un acta notarial de constatación y presencia de una asamblea de un consorcio invitar a firmar la misma a todos los copropietarios presentes, sea cual fuera el número de ellos, cuando en forma simultanea los consorcistas reunidos en asamblea cumplen formalmente con el procedimiento establecido por la Ley 13.512 y el art. 5° del Decreto Reglamentario, firmando todos el Libro de actas del consorcio.-
- Invitarlos a firmar es facultativo del escribano, no obligatorio.-
- La falta de invitación a firmar a dichas personas, por parte del escribano, no viola la garantía del debido proceso ni el derecho de defensa de raigambre constitucional, ya que no son requeridos ni intimados.- Tal como lo resolvió la ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO “Que por “interesados” deben entenderse solamente los requeridos o notificados de los artículos 85 y 86, con exclusión de los demás participantes del acto (V. G.: asistentes a una asamblea societaria o de un consorcio de copropietarios).”¹
- No invitarlos a firmar no acarrea la nulidad del acto ni del instrumento.-
- Se mantiene el valor probatorio de dicha acta notarial y la misma goza plenamente de la presunción de autenticidad calificada que prescribe el Artículo 993 del Código Civil únicamente desvirtuable por el proceso de redargución de falsedad por acción civil o criminal.- Tal como lo resolvió la ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO: “Que, como corolario de lo expresado, resulta que el acto notarial es autosuficiente y plenamente eficaz en cuanto a la plena fe de que gozan las declaraciones del oficial público respecto de los hechos por él sensorialmente percibidos que constan en el acta, cada una de cuyas diligencias queda formalmente concluida cuando el notario indica su cierre (hayan sido firmadas o no por el requirente y los demás participantes).”²

¹ **ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO**.- Dictamen mayoritario de la Consulta 316/08.- José Carlos CARMINIO CASTAGNO (primer dictaminante).-

² **ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO**.- Dictamen mayoritario de la Consulta 316/08.- José Carlos CARMINIO CASTAGNO (primer dictaminante).-

SUMARIO: I.- Acta Notarial.- Consideraciones Generales. Naturaleza Jurídica.- Concepto. Regulación Local.- Proyecto Código Civil.- II.- Requisitos. Exigencia de la Constancia documental.- III.- El Derecho a no responder o de contestar y la Invitación a firmar. IV.- Otras actas donde no hay requeridos o intimados.- V.- Las Actas de Constatación de las Asambleas de Consorcios de la Ley 13.512.- VI.- Conclusiones.- VII.- Dictamen de la Academia Nacional del Notariado

I.- El Acta Notarial

Consideraciones Generales.- Naturaleza Jurídica

En cuanto a su **NATURALEZA JURÍDICA**, el Acta Notarial es un instrumento público y además al ser formalizada por un escribano público es un documento notarial.-

Así lo establece el **artículo 979 del Código Civil**: “Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: ... 2) Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieran determinado...”.-

En consecuencia, las Actas notariales son:

- a) Instrumentos públicos (art.979 inc.2 C.C.)
- b) extendidos por los escribanos públicos en la forma en que las leyes hubieren determinado (art.979 inc.2 C.C.)
- c) de expresión por escrito (art.978 C.C.) y en idioma nacional (art.999 C.C.)
- d) No contienen negocios jurídicos
- e) con el valor probatorio de los arts. 993 a 995 del C.C.

Regulación Local.-

El Código Civil no trae un concepto de actas ni las regula en forma expresa.-

Se refiere a ellas en algunos artículos contemplando las Actas de Protocolización en los artículos 1003 (2º parte), en **Materia Testamentaria** en los artículos **3666, 3692, 3694 3695** y en materia de **Documentos Extranjeros** en los artículos **1211, 3129 y 3637.-**

La regulación de las mismas es exclusiva de cada legislación notarial local.-

En la **Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404/2000³ Reguladora de la Función Notarial** las regula en su Capítulo III de la Sección II y dedica todo el Título III a las mismas, en once artículos, desde el 82 al 92 inclusive y su **Decreto Reglamentario⁴** en los artículos 45 a 52.-

Con respecto a la **Clasificación**, la citada ley las tipifica así

1. Acta de Intimación y Notificación (art.85/86)
2. Acta de Presencia y Comprobación (art.87)
3. Actas de Notoriedad (art.88)
4. Acta de Protocolización (art.89)
5. Actas de Incorporación y de Transcripción (art.90)
6. Actas de Protesto (art.91)
7. Actas de Envío de correspondencia (art.92)

En consecuencia, el acta notarial como instrumento público queda comprendida en la propia regulación del Código Civil; y como documento notarial en particular, en las leyes notariales locales.-

Concepto.-

Según el artículo 82 de la citada ley 404: “Las actas constituyen documentos matrices que deben extenderse en el protocolo, siempre que no exista disposición legal que establezca otra formalidad.- Cuando fueren complementarias se escribirán a continuación o al margen de los documentos protocolares para asentar notificaciones y otras diligencias relacionadas con los actos que contuvieren”.

PROYECTO DEL CODIGO CIVIL

El actual **PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN** regula las Actas notariales en tres artículos desde el artículo 310 al 312.-

En el art. 310 da un **concepto**, a saber: “Actas. Se denominan actas los documentos notariales que tiene por objeto la comprobación de hechos”.-

El art. 311 regula los **requisitos** de las actas en forma muy similar al art. 83 de la Ley 404.-

³ LEY 404 Reguladora de La Función Notarial de La Ciudad de Buenos Aires. Texto Ordenado 2011.-

⁴ Decreto Reglamentario 1624/00 de la Ley 404.-

El art. 312 se refiere expresamente al **Valor Probatorio** de las mismas.-

II.- Requisitos.-

El artículo 83 de la ley 404 regula los requisitos de las actas notariales, siendo ésta una norma de carácter general de aplicación en las diversas clases de actas, salvo específica disposición legal en contrario.-

Estos requisitos deben ser cumplidos por el escribano.- Pero es importante conocer y distinguir cuales de dichas exigencias requieren o no constancia documental para evitar futuras observaciones notariales y/o judiciales.-

Es asimilable al artículo 77 inc. d) de la citada ley que expresamente dice que el juicio de capacidad de las personas físicas “no requerirá constancia documental”.- Sin embargo, los escribanos debemos cumplir con esta operación de ejercicio y deber notarial contemplado en el artículo 29 inciso d) de la Ley 404 reguladora de la Función Notarial en la Ciudad de Buenos Aires.- Pero es optativo para el escribano dejar constancia en el documento notarial que realizó el juicio de capacidad, lo que no significa que sea optativo para el escribano la realización del juicio de capacidad.- El juicio de capacidad reitero, es un deber notarial que no es excusable.- Sí es excusable la constancia documental del mismo.- Lo mismo ocurre con los requisitos de las actas notariales.-

Requieren Constancia Documental.-

Por lo tanto, el legislador ha establecido taxativamente los casos en los cuales debe dejarse constancia de haberse cumplido determinada exigencia, a saber:⁵

- 1) Del requerimiento (art. 83 inciso “a”);
- 2) De las manifestaciones que hagan las personas requeridas o notificadas al contestar (art. 83 inciso “d”);
- 3) De que alguno de los interesados rehúsa firmar (art. 83 inciso “g”).

En las “Actas de requerimientos e intimaciones, notificaciones de actos de conocimiento y de declaraciones” del art. 85, el artículo 86 impone dejar constancia⁶:

- 1) de la declaración o respuesta del interpelado;

⁵ **ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO.**- Dictamen mayoritario de la Consulta 316/08.- José Carlos CARMINIO CASTAGNO (primer dictaminante).-

⁶ **ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO.**- Dictamen mayoritario de la Consulta 316/08.- José Carlos CARMINIO CASTAGNO (primer dictaminante).-

2) de su negativa: a dar su nombre, a firmar, a recibir copia simple del acta –si así lo hubiere solicitado el requirente-, a brindar otros datos e informaciones y a prestarse a la diligencia;

3) De la negativa de la persona con quien se entendiese la diligencia a recibir copia simple del acta, si así lo hubiere solicitado el requirente;

4) De que el requerido no se halla o nadie responde (“*en el texto del acta o mediante nota*”).

En las Actas de presencia y comprobación del art. 87 surge también la necesidad de hacer constar “*en lo pertinente*” –en caso de tratarse de la entrega de documentos, efectos, dinero, u otras cosas, ofrecimientos de pago o cualquier requerimiento- de:⁷

1) la transcripción o la individualización inequívoca del documento entregado;

2) la descripción completa de la cosa,

3) “*los términos del requerimiento*”, exigencia que se considera de carácter general (a pesar de estar dispuesta sólo para las “*Actas de presencia y comprobación*”).

4) “en su caso, la contestación de requerido”

No requiere constancia documental

A contrario sensu, no existe obligación legal de dejar constancia en el texto del acta, salvo reitero, específica disposición legal en contrario, como por ejemplo la “hora” en las Actas de protesto (art. 66 decreto ley 5965/63), entre ellos

1) el juicio del notario acerca de que el requirente tiene interés legítimo.- Antes de la reforma de la ley 404 sí constaba la obligación de dejar constancia de ello en el inciso “a”) del art. 83.- La actual redacción ha eliminado esta obligación documental.- Reitero, no ha eliminado el deber notarial.-

2) Tal como surge del texto del inciso “d”- si bien las personas requeridas o notificadas deben ser “*previamente informadas del carácter en que interviene el notario*”

⁷ **ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO.**- Dictamen mayoritario de la Consulta 316/08.- José Carlos CARMINIO CASTAGNO (primer dictaminante).-

y, en su caso, *del derecho a no responder o de contestar*” –lo que, obviamente, debe cumplirse-, no existe obligación de dejar constancia de ello en el texto del acta.⁸

3) La invitación a firmar

4) las declaraciones y juicios que emitan peritos, profesionales y otros concurrentes, sobre la naturaleza, características, origen y consecuencias de los hechos comprobados- La misma norma establece que *“se podrá dejar constancia de ellas”*, por lo que no es obligatorio hacerlo ni –en tal caso- que tales personas deban ser invitadas a firmar el acta y dejarse constancia de ello.⁹

III.- El “Derecho a no responder o de contestar” y la “Invitación a firmar” como Elementos Tipificantes de las Actas de Intimación, Notificación y Protesto.-

Garantía del Debido Proceso de los requeridos o intimados.-

Haciendo una interpretación lógica jurídica de los artículos de la Ley 404 y del Código Procesal y del Código de Comercio, surge que el escribano debe informar al requerido o intimado del “Derecho que tiene a responder o no” y como consecuencia y efecto de ello, y en forma secuencial, lo “Invitará a firmar”.-

Son eslabones de una misma cadena.-

Estos recaudos formales son **Elementos Tipificantes** de:

- 1) las Actas de Intimación y Notificación (art. 86),
- 2) las Actas de Comprobación, en sus sub-especies: a) Constancias de recepción y b) Ofrecimiento de Pago (art.87) y
- 3) las Actas de Protesto (art.91).-

Si tal como surge de la ley, el escribano debe, en el caso que ésta existiera, dejar constancia de la negativa a firmar del requerido, intimado o notificado, se presume y supone que hubo una previa invitación a firmar por parte del escribano a dichas personas.-

Consecuentemente es la misma ley la que considera que en esta clase de actas hay, **entre otros recaudos:**

⁸ **ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO.**- Dictamen mayoritario de la Consulta 316/08.- José Carlos CARMINIO CASTAGNO (primer dictaminante).-

⁹ **ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO.**- Dictamen mayoritario de la Consulta 316/08.- José Carlos CARMINIO CASTAGNO (primer dictaminante).-

- 1) **Sujeto Titular del derecho a no responder o contestar**: que es el Requerido, Intimado o notificado
- 2) **Un Destinatario de la invitación a firmar**: que es el mismo Requerido, Intimado o notificado.-

Cada vez que la ley menciona estos dos elementos tipificantes, lo circunscribe y ajusta a personas requeridas, intimadas o notificadas.-

La razón legal tiene raigambre constitucional y es el derecho de defensa y la garantía del Debido Proceso.-

REQUERIDO.-

Es el sujeto al cual va destinada la actividad del requirente a través de la rogación efectuada al escribano.-

El requerido es el sujeto pasivo y destinatario de la actividad rogante con relación al requirente.-¹⁰

Pero no es sujeto pasivo en el acta, ya que en ocasiones su presencia puede protagonizar un rol activo, teniendo éste frente al requirente una actitud de respuesta, o bien, un rol pasivo, limitándose a su recepción.-

La participación o comunicación al requerido puede, según **Nuñez Lagos**¹¹, ser de dos clases: a) **Simple**: se limita poner en conocimiento una declaración dirigida a la inteligencia, b) **Compuesta o conminatoria**: además de lo anterior, intima o exige del destinatario determinada conducta, por lo cual, se dirige principalmente la voluntad.-

La notificación puede tener contenido de exigencia, intimando el requirente a través del notario, quien pone en conocimiento del requerido el contenido de la intimación y a su vez recibe o no la manifestación del requerido.-

La ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, en la CONSULTA 316/08,¹² en dictamen mayoritario ha resuelto: “ Que por “interesados” deben entenderse solamente los requeridos o notificados de los artículos 85 y 86, con exclusión de los demás participantes del acto (V. G.: asistentes a una asamblea societaria o de un consorcio de copropietarios).”

¹⁰ **ARMELLA, Cristina N**: “Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario”.- Tomo II. Ad-Hoc. Actas Notariales.-Pag.975

¹¹ **NUÑEZ LAGOS, Rafael**: “Los esquemas conceptuales del instrumento publico”.- UNA. La Plata. 1967.-

¹²**ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO**.- Dictamen mayoritario de la Consulta 316/08.- José Carlos CARMINIO CASTAGNO (primer dictaminante).-

Derecho de responder o de contestar.

La ley impone al escribano, (art.83 inc. d) la obligación de:

a) Identificarse ante la persona requerida o notificada, recepcionando la idea de no clandestinidad de la actuación del escribano público

b) la información previa a dichas personas, es decir, requeridos o notificados, del **derecho a no responder o de contestar** y en ese último caso, la constancia documental de las manifestaciones que se hicieren.-

Así lo expresa el inciso d) del artículo 83 de la citada ley, a saber: “... d) *Las personas requeridas o notificadas serán previamente informadas del carácter en que interviene el notario y, en su caso, del derecho a no responder o de contestar; en este último supuesto se harán constar en el documento las manifestaciones que se hicieren.*”

Invitación a firmar

La ley dice que las actas pueden autorizarse aún cuando alguno de los interesados rehusare firmar, de lo cual se dejará constancia.-

Así lo expresa el Art 83 inc. g) “*Podrán autorizarse aun cuando alguno de los interesados rehusare firmar, de los cual se dejara constancia.*”.-

Esto significa que en las actas donde hubiere requeridos, notificados o intimados, el escribano los invitará a firmar y si se rehúsan a hacerlo, deberá dejar constancia de tal negativa.-

Constancia documental

Con relación a la **exigencia de la constancia documental** de esta clase de actas, como se desarrolló anteriormente, según lo establecido por la ley y por la ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO,

❖ **No existe obligación legal de dejar constancia de:** 1) “Que –en consecuencia, y como surge del texto del inciso “d”- si bien las personas requeridas o notificadas deben ser “*previamente informadas del carácter en que interviene el notario y, en su*

caso, del derecho a no responder o de contestar” –lo que, obviamente, debe cumplirse-, no existe obligación de dejar constancia de ello en el texto del acta”.-¹³ y

2) la invitación a firmar.-

❖ **Sí existe obligación de dejar constancia**

1) Del requerimiento (art. 83 inciso “a”);

2) De las manifestaciones que hagan las personas requeridas o notificadas al contestar (art. 83 inciso “d”);

3) De que alguno de los interesados rehúsa firmar (art. 83 inciso “g”).

4) en las **“Actas de requerimientos e intimaciones, notificaciones de actos de conocimiento y de declaraciones” (art. 86)** de ¹⁴: *1) de la declaración o respuesta del interpelado; 2) de su negativa: a dar su nombre, a firmar, a recibir copia simple del acta –si así lo hubiere solicitado el requirente, a brindar otros datos e informaciones y a prestarse a la diligencia; 3) De la negativa de la persona con quien se entendiese la diligencia a recibir copia simple del acta, si así lo hubiere solicitado el requirente; 4) De que el requerido no se halla o nadie responde (“en el texto del acta o mediante nota”).*

5) En las Actas de presencia y comprobación del art. 87 “en su caso, la contestación de requerido”

A mayor abundamiento transcribo las partes pertinentes de los mencionados artículos, a saber:

❖ **Artículo 86** regula las **Actas de Intimación y Notificación**.- *“La diligencia se practicaré en el momento y domicilio o sitio indicado por el requirente; si la persona que debiere ser requerida, intimada o notificada no fuere hallada, podrá cumplirse la actuación con cualquier persona que atendiere al notario; éste dejaré constancia en el acta de la declaración o respuesta que formulare el interpelado y, en su caso, su negativa a dar su nombre, a firmar, a recibir copia simple del acta, si así lo hubiere solicitado el requirente, o a brindar otros datos e informaciones. Si el requerido no se*

¹³**ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO**.- Consulta 316/08.- José Carlos CARMINIO CASTAGNO (primer dictaminante),

¹⁴**ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO**.- Dictamen mayoritario de la Consulta 316/08.- José Carlos CARMINIO CASTAGNO (primer dictaminante).-

hallare o si éste o la persona con quien se entendiere la diligencia no quisiere recibirla, o nadie respondiere, se dejará constancia en el texto del acta o mediante nota.”.-

❖ **Artículo 87** (Segundo párrafo) que regula las **Actas de Comprobación**, con dos sub-especies: a) Constancias de recepción y b) Ofrecimiento de Pago.- “... *los términos del requerimiento y, **en su caso, la contestación del requerido.**-...*”

❖ **Artículo 91** que regula las **Actas de Protesto**.- “*Actas Protesto.- Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las actas de protesto en cuanto no se opusieren a las contenidas en la legislación especial sobre la materia.*”.-

Estas últimas se rigen por el Código de Comercio y el Decreto Ley 5965/63, que en su **artículo 66** enuncia las menciones que el acta debe incluir entre otras: “....., III) *La intimación de pago (es preciso hacer constar si estaba presente quien debía efectuarlo), IV) La negativa a abonarlo, y en su caso, las causas de la misma.- Se dejará constancia también del silencio del **requerido**, si aquella fuera la circunstancia, V) La suscripción de la persona con quien se entienda la diligencia, o la constancia de **su negativa a signar el acta.**- VI)*”

IV.- OTRAS ACTAS DONDE NO HAY REQUERIDOS O INTIMADOS

Destaco que los elementos Tipificantes mencionados, son exclusivos de las actas notariales donde hubiere requerido o intimados.-

Es la misma ley, la que dice: “**en su caso, la contestación del requerido...**”.- Véase art. 87.-

Ello significa que **NO** en todas las Actas notariales hay requeridos, intimados o notificados, no obstante es válida la constatación de los hechos comprobados.-

Las actas notariales reguladas por la ley 404 donde no hay requeridos o intimados son:

- a) Acta de Presencia (art.87 primera parte)
- b) Actas de Notoriedad (art.88)
- c) Acta de Protocolización (art.89)
- d) Actas de Incorporación y de Transcripción (art.90)
- e) Actas de Envío de correspondencia (art.92)

Por lo tanto, en esas diligencias notariales, donde no hay requeridos ni intimados, no es obligatorio para el escribano informar del derecho a no contestar o responder como tampoco de la invitación a firmar, que como expresé anteriormente son eslabones de una misma cadena.-

Al no haber sujeto pasivo ni destinatario de la actividad rogante con relación al requirente, ni exigencia de determinada conducta, ni intimación, ni notificación ni interpelación alguna, “no hay nada que contestar o responder” y por lo tanto no hay que firmar lo “no contestado ni respondido”.-

Por supuesto, que el escribano deberá cumplir con los recaudos formales que la Ley 404 establece para cada una de las clases de actas mencionadas, porque que en ellas no haya requeridos o intimados, no significa que no se deban cumplir las formas específicas de cada una de ellas reguladas por la misma ley.-

Habrá que estarse a lo que regule la Ley para cada clase de actas.-

Considero que es un error importante confundir los recaudos y pretender que se apliquen a todas las clases de actas cuando son específicos, sólo de algunas.-

Cuando la Ley 404 ha querido determinar cuales son las personas concurrentes a la diligencia del acta, como peritos, profesionales, testigos o jueces, que no son requeridos o intimados, pero que quedan comprendidos en emitir declaraciones y/o juicios, su constancia documental y su posterior firma, lo ha hecho, a saber:

1) **Actas de Presencia y comprobación.** (Art. 87, 1^apte).- Exceptuando la 2^apte. el art. que es el caso de las sub-especies de actas: a) Constancia de recepción y b) ofrecimiento de pago, donde como ya se desarrolló que hay un requerido y se deberá proceder en consecuencia; en el resto de las sub-especies de estas actas sólo firma el requirente si concurre a la diligencia, ya que el art. 83 inc.e) establece que el notario puede practicar la diligencia sin la concurrencia del requirente cuando por su objeto no fuera necesario.- Y en caso de concurrencia de peritos y/o profesionales y/o otros concurrentes que emitan declaraciones o juicios sobre los hechos comprobados, el escribano no deberá sino “podrá” porque así los dice la ley expresamente, dejar constancia de las mismas.-

2) **Actas de Notoriedad.**- (Art. 88 inc.- a) .- Prevé la actuación de testigos y en esta clase de actas, ellos forman parte de la misma, por lo tanto deben firmar.-

3) **Actas de Protocolización.**- El Art. 89 inc. d) dice expresamente que no será necesaria la presencia y firma del juez que la hubiere dispuesto.- Asimismo el mismo art.

89 2^apte., regula las actas de protocolización de subastas públicas o títulos supletorios, las que serán firmada únicamente por el requirente, salvo ordenamiento de algunas leyes procesales en cuyo caso el acta será firmada por el juez y por el interesado.- En ninguno de los dos supuestos será necesaria la concurrencia del Ejecutado.-

4) **Actas de Incorporación y de Transcripción**.- (Art.90).- Solo firma el requirente.-

5) **Actas de remisión de correspondencia**.- (Art.92).- Solo firma el requirente.- No exige que la diligencia debe estar firmada por el empleado del correo que recibe la carta.-

MUTACION.-

Ahora bien, considero que si en la diligencia concreta de alguna de este tipo de actas, como puede suceder en un Acta de presencia y comprobación, surgiere una intimación o notificación, es decir, una situación que esté relacionada con el objeto del requerimiento y se haya previsto en el mismo, esto deberá ser advertido por el escribano al requirente y al requerido reciente y proceder conforme la ley regula en estos casos.-

V.- LAS ACTAS DE CONSTATAción DE LAS ASAMBLEAS DE CONSORCIOS DE LA LEY 13.512

A.- DIFERENCIAS entre ACTA CONSORCIAL y ACTA NOTARIAL

Regulación Legal.-

Para el análisis de este tema, es preciso considerar que las Actas de Asambleas de Copropietarios están reguladas por al Ley 13.512 de Propiedad Horizontal y su Decreto Reglamentario.-

Y la Constatación Notarial que de ellas haga un escribano público de la Ciudad de Buenos Aires, son Actas Notariales de Presencia y comprobación reguladas por el artículo 87, primera parte de la Ley 404/00.-

La Ley 13.512 regula el procedimiento asambleario para los edificios sometidos al régimen de la Propiedad Horizontal, y así lo deberán cumplir los integrantes del Consorcio.-

La Ley 404/00 regula la función notarial y en los artículos 82 a 92 como debe proceder un escribano en materia de actas.-

Las Asambleas de Consorcios deberán cumplir con lo establecido por la Ley 13.512 y su Decreto reglamentario, independientemente que esté presente o no, un escribano público labrando un acta notarial.-

Los sujetos obligados a cumplir con el procedimiento establecido por la Ley 13.512 son los consorcistas y su representante legal que es el administrador del Consorcio.- No el escribano que esté presente labrando paralelamente un acta notarial.- Este ultimo deberá cumplir con el rigor formal de la fe pública y con la Ley que regula su función.-

No debemos confundir ni dar igual tratamiento a las Actas de Asambleas reguladas por la Ley 13.512 con las Actas notariales reguladas por la Ley 404/00.-

Sería un error de derecho asimilarlas y desconocer que son dos ordenamientos jurídicos diferentes.- Y más aun imponer al escribano público la obligación de cumplir en la formación de su documento notarial, con el procedimiento asambleario establecido por la Ley 13.512, cuando reitero, no es un sujeto obligado por la citada ley.-

Es el artículo 5° del Decreto Reglamentario de la Ley 13.512, que lleva el N° 18.734/49, que mas adelante transcribiré, el que establece que el acta labrada en el libro del consorcio debe estar firmada por todos los presentes.- No la ley 404 reguladora de la función notarial.-

Por lo expuesto, consideraré en primer término la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal, haciéndolo en forma sucesiva con la Ley 404/2000.-

1.- ACTA CONSORCIAL.- Ley 13.512 (art.10) y Decreto 18.734/49 (art.5)

El consorcio de propietarios, en sentido de pronunciamiento colectivo, tienen capacidad para decidir *per se* los asuntos de interés común.-

El art. 10° de la Ley 13.512 dice: “Los asuntos de interés común... serán resueltos, previa deliberación de los propietarios, por mayoría de votos.”

El art. 5° del Decreto reglamentario 18.734/49 de la Ley 13.512 de Propiedad horizontal dice: “Las decisiones que tome el consorcio de propietarios conforme el art. 10 de la ley 13512, se harán constar en actas que firmarán todos los presentes.- El libro de actas será rubricado, en la Capital Federal y territorios nacionales, por el Registro de la Propiedad, y en las provincias”- Todo propietario podrá imponerse del contenido del

libro y hacerse expedir copia de las actas, que será certificada por el representante de los propietarios o por la persona que estos designen. Las actas podrán ser protocolizadas.”.-

Procedimiento.-

El procedimiento que detallaré es el habitual de las asambleas de consorcios

Desde ya que la casuística es variada en el tema de este tipo de actas, pero me limitaré a explicar el procedimiento que en general siguen las asambleas de consorcios, a saber:

- 1) Comienza con la acreditación de los copropietarios ante el administrador del consorcio quien los conoce o identifica y a quien le exhiben las cartas poderes si hubiere.-
- 2) El administrador o los consorcistas si no hay administrador, firman el Libro de actas de asambleas, en la misma foja donde se labrará el acta.- (Art.5° D.R. 18.734/49)
- 3) Dicho libro se encuentra rubricado por el Registro de la Propiedad Inmueble.- (Art.5° D.R. 18.734/49)
- 4) Los copropietarios presentes declaran válidamente constituida la asamblea, y cumpliendo con las mayorías establecidas en el Reglamento que los rige, resuelven designar:
 - 5) Un Presidente para dirija la asamblea (Art. 9 inc. d) Ley 13.512)
 - 6) Un Secretario de Actas quien redactará en el Libro de actas del consorcio, el tratamiento y la resolución de los puntos del orden del día.- (Art. 9 inc. d) Ley 13.512)
 - 7) Dos copropietarios para suscribir el acta que labrará el secretario.- Es decir, que al finalizar la asamblea, los dos copropietarios elegidos, firmarán al final del acta labrada.-

2.- ACTA NOTARIAL.- Ley 404/2000.-

Paralelamente con dicho procedimiento, puede suceder que esté presente en la asamblea un escribano requerido para labrar un acta notarial de constatación de lo que ocurra en la misma.-

Algunos copropietarios recurren al escribano requiriendo el acta notarial, por la garantía de la fe pública, el valor probatorio de dicho instrumento público y la presunción de autenticidad calificada del mismo.-

Pero no lo hacen porque sea la forma exigida por la ley.- Conocen que la ley que los rige es la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal.-

Lo hacen porque desean que en forma paralela al desarrollo de la asamblea y de las constancias que labre el secretario de actas en el Libro del consorcio, esté presente un escribano público labrando un Acta Notarial en su Protocolo.-

El acta notarial de Constatación de Asambleas de Copropietarios de un Consorcio, es un acta de presencia y comprobación (Ley 404.- Art. 87).-

En esta clase de actas no hay requeridos, intimados, notificados o interpelados.- Tampoco hay peritos, profesionales o testigos.-

A requerimiento de quien invoque interés legítimo, el escribano autentica los hechos que presencia y percibe.-

El escribano manifiesta los hechos que percibe por medio de sus sentidos sobre el tratamiento secuencial de los puntos de orden del día y las resoluciones adoptadas por los copropietarios presentes en la asamblea, otorgando la presunción de autenticidad calificada establecida en el artículo 993 del Código Civil.-

Reitero, No hay norma legal que imponga al escribano la obligación de “invitar a firmar” dicha acta de constatación a todos los asambleístas presentes ya que los mismos, en cumplimiento con el artículo 5° del D.R. 18.734/49, deben firmar el Libro de Actas del Consorcio, cumpliendo con la ley que los rige.-

Una vez finalizada la asamblea, el escribano concluirá su cometido.

Invitará al requirente –si este concurrió a la diligencia- a suscribir el acta en virtud del Artículo 83 inc. f) de la Ley 404 y el Artículo 46 del Decreto Reglamentario, quien así lo hará conjuntamente con la autorización del escribano con su firma y sello.-

Así el escribano cumplirá con la Ley 404 que regula su función.-

No invitará, salvo que lo desee, a los copropietarios presentes a firmar la diligencia labrada, porque no provoca invalidez ya que:

- 1) No hay norma legal que lo obligue a hacerlo en este tipo de actas.-
- 2) No hay en las asambleas de consocios requeridos, intimados ni persona a notificar.- Salvo caso contrario, que debe ser contemplado en el requerimiento.-
- 3) Los consorcistas reunidos en asamblea soberana deben firmar el Libro respectivo cumpliendo con el Art. 5° ya citado.- Su asistencia quedará comprobada en el libro de actas del Consorcio.-

- 4) Resolverán, en el pleno de la asamblea, declarar válidamente constituida a la misma, designarán un Secretario de Actas para labrar el acta en el Libro de Actas del consorcio y dos copropietarios para firmar la misma.-

VI. CONCLUSIONES.-

1) No es obligatorio para el escribano que está labrando un acta notarial de constatación y presencia de una asamblea de un consorcio invitar a firmar la misma a todos los copropietarios presentes, sea cual fuera el número de ellos, cuando en forma simultanea los consorcistas reunidos en asamblea cumplen formalmente con el procedimiento establecido por la Ley 13.512 y el art. 5° del Decreto Reglamentario, firmando todos el Libro de actas del consorcio.-

2) Invitarlos a firmar es facultativo del escribano, no obligatorio.-

3) La falta de invitación a firmar a dichas personas, por parte del escribano, no viola la garantía del debido proceso ni el derecho de defensa de raigambre constitucional, ya que no son requeridos ni intimados.- Tal como lo resolvió la ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO “Que por “interesados” deben entenderse solamente los requeridos o notificados de los artículos 85 y 86, con exclusión de los demás participantes del acto (V. G.: asistentes a una asamblea societaria o de un consorcio de copropietarios).”¹⁵

4) No invitarlos a firmar no acarrea la nulidad del acto ni del instrumento.-

5) Se mantiene el valor probatorio de dicha acta notarial y la misma goza plenamente de la presunción de autenticidad calificada que prescribe el Artículo 993 del Código Civil únicamente desvirtuable por el proceso de redargución de falsedad por acción civil o criminal.- Tal como lo resolvió la ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO: “Que, como corolario de lo expresado, resulta que el acto notarial es autosuficiente y plenamente eficaz en cuanto a la plena fe de que gozan las declaraciones del oficial público respecto de los hechos por él sensorialmente percibidos que constan en el acta, cada una de cuyas diligencias queda formalmente concluida cuando el notario indica su cierre (hayan sido firmadas o no por el requirente y los demás participantes).”¹⁶

¹⁵ **ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO**.- Consulta 316/08.- José Carlos CARMINIO CASTAGNO (primer dictaminante),

¹⁶ **ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO**.- Consulta 316/08.- José Carlos CARMINIO CASTAGNO (primer dictaminante),

6) Quien autoriza el acta notarial de constatación es un profesional del derecho a cargo de una función pública fideifaciente.- Fe publica delegada por el estado y cuyas comprobaciones no pueden fácilmente soslayarse diciendo de una manera simplista que a los efectos probatorios falta la “invitación a firmar” de personas a quien el escribano no está obligado a invitar.-

VII.- ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO.-

CONSULTA 316/08.- Síntesis de las opiniones por mayoría de los siguientes

Consejeros Académicos: José Carlos CARMINIO CASTAGNO (primer dictaminante), Alberto ARAMOUNI, Norberto Rafael BENSEÑOR, Eleonora CASABÉ, Jorge R. CAUSSE, Natalio P. ETCHEGARAY; Marcelo Armando de HOZ, Néstor O. PEREZ LOZANO, Osvaldo SOLARI COSTA y Aldo Emilio URBANEJA.

Se considera:

1. Que el artículo 83 de la Ley 404 reviste el carácter de una norma general, de aplicación en las diversas clases de actas, salvo específica disposición legal en contrario.
2. Que, siendo así, debe tenerse muy en cuenta lo que expresamente dispone acerca de que las diligencias se practiquen “*sin la concurrencia del requirente cuando por su objeto no fuere necesario*” (inciso “e”) y de que las actas puedan autorizarse “*aun cuando alguno (o algunos) de los interesados rehusare firmar*”, principios ambos de los cuales pueden y deben extraerse certeras pautas interpretativas.
3. Que, además, corresponde observar que el legislador ha establecido taxativamente los casos en los cuales debe dejarse constancia de haberse cumplido determinada exigencia, a saber: 1) Del requerimiento (inciso “a”); 2) Del juicio del notario acerca de que el requirente tiene interés legítimo (inciso “a”); 3) De las manifestaciones que hagan las personas requeridas o notificadas al contestar (inciso “d”); 4) De que alguno de los interesados rehúsa firmar (inciso “g”).
4. Que –en consecuencia, y como surge del texto del inciso “d”- si bien las personas requeridas o notificadas deben ser “*previamente informadas del carácter en que interviene el notario y, en su caso, del derecho a no responder o de contestar*” –lo

que, obviamente, debe cumplirse-, no existe obligación de dejar constancia de ello en el texto del acta.

5. Que por “interesados” deben entenderse solamente los requeridos o notificados de los artículos 85 y 86, con exclusión de los demás participantes del acto (V. G.: asistentes a una asamblea societaria o de un consorcio de copropietarios).
6. Que, asimismo, el artículo 86 impone dejar constancia en las “*Actas de requerimientos e intimaciones, notificaciones de actos de conocimiento y de declaraciones*”: 1) de la declaración o respuesta del interpelado; 2) de su negativa: a dar su nombre, a firmar, a recibir copia simple del acta –si así lo hubiere solicitado el requirente), a brindar otros datos e informaciones y a prestarse a la diligencia; 3) De la negativa de la persona con quien se entendiese la diligencia a recibir copia simple del acta, si así lo hubiere solicitado el requirente; 4) De que el requerido no se halla o nadie responde (“*en el texto del acta o mediante nota*”).
7. Que del artículo 87 surge también la necesidad de hacer constar “*en lo pertinente*” – en caso de tratarse de la entrega de documentos, efectos, dinero, u otras cosas, ofrecimientos de pago o cualquier requerimiento- de: 1) la transcripción o la individualización inequívoca del documento entregado; 2) la descripción completa de la cosa, 3) “*los términos del requerimiento*”, exigencia que se considera de carácter general (a pesar de estar dispuesta sólo para las “*Actas de presencia y comprobación*”).
8. Que –en cuanto a “*las declaraciones y juicios que emitan peritos, profesionales y otros concurrentes, sobre la naturaleza, características, origen y consecuencias de los hechos comprobados*”- la misma norma establece que “*se podrá dejar constancia de ellas*”, por lo que no es obligatorio hacerlo ni –en tal caso- que tales personas deban ser invitadas a firmar el acta y dejarse constancia de ello.
9. Que, en consecuencia, se considera que –si bien es de buena técnica ofrecer firmar el acta a los interesados y hacer constar las eventuales negativas (lo que no siempre resulta posible, habida cuenta del tenso clima en el que las diligencias suelen desarrollarse)- el omitirlo no provoca su invalidez (a diferencia de lo que puede ocurrir de tratarse de escrituras con contenido negocial).
10. Que, como corolario de lo expresado, resulta que el acto notarial es autosuficiente y

plenamente eficaz en cuanto a la plena fe de que gozan las declaraciones del oficial público respecto de los hechos por él sensorialmente percibidos que constan en el acta, cada una de cuyas diligencias queda formalmente concluida cuando el notario indica su cierre (hayan sido firmadas o no por el requirente y los demás participantes).

11. Que, asimismo, es de notar que el artículo 16 del reglamento de inspecciones de protocolos establece que no se harán “*observaciones concernientes al fondo de los actos*”, lo que claramente implica excluir tal materia de la competencia de dichos órganos de control y fiscalización.
12. Que, por ende, la satisfacción o no del designio que llevó a los requirentes a solicitar la intervención del escribano, escapa a la órbita de la Inspección, por lo que –sólo en caso de controversia o conflicto- las actas podrían ser descalificadas judicialmente.
13. Que, en síntesis, se estima que en ninguno de los casos sometidos a consulta de esta Academia, se ha producido una violación de los deberes formales legalmente impuestos por parte de los notarios autorizantes.