

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

REFLEXIONES ACERCA DE LA LLAMADA "ACTA DE DEPÓSITO NOTARIAL"

JOSÉ PABLO PETRIC(*) (1155)

SUMARIO

Prólogo. - I. Otra vez sobre escrituras y actas. - II. Opiniones en doctrina acerca del acta de depósito. - III. Acta - contrato de depósito. - IV. Los límites de la actuación notarial. - V. Real calificación contractual del depósito. - VI. Colofón.

PRÓLOGO

El tratamiento intensivo del tema de las escrituras y las actas desarrollado en la cátedra de Derecho Notarial II de la Universidad Notarial Argentina nos ha hecho reflexionar sobre una cuestión que en doctrina se ha esbozado someramente y enunciado de la misma manera por algunos conocidos autores de la materia.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La citada problemática ha quedado pendiente y es así apasionante, sin lugar a dudas, por las implicancias jurídico - notariales que la misma origina. Nos referimos al acta de depósito notarial. La falta de un ordenamiento orgánico nacional que regule la actuación notarial es lo que ha mantenido latente la discusión entre el carácter y naturaleza de las escrituras y las actas. El Anteproyecto de Ley Notarial Argentina, aprobado por el Consejo Federal del Notariado Argentino, en base al proyecto elaborado por el Instituto Argentino de Cultura Notarial ha traído la luz sobre el asunto, dilucidando claramente la situación.

Pero, y aquí el motivo de esta pequeña colaboración, se legitima en ese anteproyecto al acta de depósito notarial, convalidando a nuestro modesto entender una nulidad absoluta, que en los párrafos siguientes trataremos de exponer.

Repetimos que el tema nos ha apasionado. Posiblemente ese apasionamiento haya nublado nuestro entendimiento y nuestro esfuerzo se vio dirigido derechamente a la búsqueda de la solución del problema de acuerdo a nuestra particular posición, desechando en el camino opiniones y prácticas mucho más autorizadas y de mucho más experiencia. Pero siempre es un grano de arena que en algo puede contribuir al conocimiento de una de las figuras de nuestra polifacética y compleja función notarial.

I. OTRA VEZ SOBRE ESCRITURAS Y ACTAS

El problema de las escrituras y las actas en doctrina ha sido prácticamente dilucidado. El campo de aplicación de unas y otras está delimitado casi perfectamente.

La escritura se utiliza para la configuración de actos jurídicos que trasuntan un interés jurídico patrimonial o extrapatrimonial, con voluntades convergentes. Las actas, por el contrario, consignan situaciones de hecho que no dan nacimiento o extinguen derechos u obligaciones.

Si bien esta caracterización no es definitoria, pues por excepción existen actas que configuran negocios jurídicos, es la que permite encasillar unas y otras en la real concepción.

En nuestro Código Civil no se encuentran definiciones de las escrituras ni de las actas, sino solamente los elementos de caracterización.

La primera definición de carácter legislativo la tenemos en el Anteproyecto de Ley Notarial Argentina que define a las escrituras en el art. 35: "A los efectos de esta ley, escritura pública es todo documento matriz que contiene un acto o negocio jurídico". Las actas son definidas en el art. 53: "En esta ley se denominan actas a los documentos que tienen por objeto la autenticación, comprobación y fijación de hechos, excluidos aquellos documentos cuyo contenido es propio de las escrituras públicas y los que tienen designación específica". Dichas actas son clasificadas en el art. 54 y se enuncian los distintos tipos de ellas en los arts. 62 y siguientes, entre ellas las de depósito y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consignación objeto de este ensayo y sobre las que expresa en el art. 70: "En los casos y en la forma que dispongan las leyes, los notarios recibirán en depósito o consignación cosas, documentos, valores y cantidades. Su admisión es voluntaria y sujeta a las condiciones que se determinen cuando no exista obligación legal. Las circunstancias relativas a los intervinientes, objeto, fines y estipulaciones constarán en acta, excepto cuando puedan documentarse mediante certificación o simple recibo".

De lo expuesto se sigue que el anteproyecto ha configurado claramente a las actas como aquel documento que tiene por objeto la autenticación, comprobación y fijación de simples hechos, enrolándose en la doctrina tradicional.

Giménez Arnau (Derecho Notarial español, compendio del Dr. Carlos A. Pelosi, Ed. U.N.A., Bs. As., 1967, pág. 67) limita el campo de las actas "a aquellos casos en que la legislación notarial las establece como manifestación formal adecuada y para los hechos jurídicos que no sean actos o contratos o que no supongan prestación del consentimiento".

El profesor Rufino Larraud (Conferencia en el Instituto Argentino de Cultura Notarial del 28/6/63 publicada en la Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos, año 1961, N° 149, pág. 25) expresa que las especies documentales jurídicamente deben ser definidas por su contenido. El contenido de las actas es el hecho jurídico; sólo por excepción legal debe aceptarse que incluyeren un acto o negocio jurídico.

El doctor Francisco Martínez Segovia ("Las actas en el Anteproyecto de Ley Notarial Argentina", Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos, año 1964, N° 150) hace un completo análisis de las mismas y su diferenciación con las escrituras, sobre la que elabora una teoría en base a elementos distintivos de unas y otras que a su juicio son los siguientes:

Escrituras

Actas

Bilateralidad

Unilateralidad

Novedad

Preexistencia

Proximidad

Distancia

Resultado cierto

Resultado incierto

Efecto esperado

Conservación

Intención de Consentir

Exteriorizar la pos. de un derecho

Complemento entre partes

Desunión

Con lo cual termina generalizando la diferenciación, al expresar que la manifestación de voluntad, para ser objeto de acta, debe ser: a) unilateral; b) provenir de un vínculo preexistente entre requirente y requerido; c) producida a distancia en tiempo y espacio; d) de resultado vario o incierto; e) con finalidad conservadora; f) con intención de mera conservación y g) la posición de requirente y requerido en la diligencia y en el plano del acta resultar originaria y jurídicamente desenlazadas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Volveremos sobre estos caracteres y también sobre la diferenciación por el contenido (hechos o actos jurídicos) para llegar a nuestra conclusión sobre la llamada "acta de depósito".

II. OPINIONES EN DOCTRINA ACERCA DEL ACTA DE DEPÓSITO

Sobre este tipo especial de acta se han pronunciado destacados autores, aparentemente sin ahondar la cuestión.

Así Carlos Pelosi (Estudios jurídicos notariales, Abeledo - Perrot, Bs. As., 1965, pág. 160) se limita a comentar la disposición del art. 70 del anteproyecto anteriormente aludido. El doctor Martínez Segovia (op. cit., pág. 226) al analizar los distintos tipos de actas en el anteproyecto destaca el objeto de la de depósito, su admisión voluntaria por el notario, sujeta a las condiciones que establezca la ley del convenio entre notario y depositante, teniendo como contenido las circunstancias relativas a los intervinientes, objeto, fines y demás estipulaciones, y finalizando con la advertencia de que el contenido es un negocio jurídico en que es parte el propio notario.

Giménez Arnau (Derecho notarial español, t.III, pág. 67, Ed. Universidad de Navarra, 1965) expresa: "su especialidad radica en que aunque su función sea consignar un hecho (el material de haberse realizado el depósito) constituye también un contrato entre el notario (depositario) y el requirente (depositante). El notario formula una declaración negocial como parte, porque, como dice González Palomino, "el depósito es un contrato hecho y derecho". Los depósitos hechos ante notario y en que el notario recibe cosas objeto del depósito, pueden ser de dos clases: con autorización en acta notarial o sin ella, mediante simple recibo. En ambos casos el notario es un verdadero contratante, parte en el negocio jurídico de custodia.

Escobar de la Riva (Tratado de derecho notarial, año 1957, pág. 476) analizando la posibilidad y manera de constituir a las actas de depósito expresa que "los notarios pueden voluntariamente aceptar los objetos, valores y cantidades, documentos o resguardos que se le confíen por los particulares y corporaciones, bien como prenda de sus contratos, bien para custodia. Condiciones: las que se establezcan al constituirlo, con facultad por parte del notario para imponerlas, viniendo éste obligado a rechazar los que pretendan constituirse en garantía de un acto o contrato contrario a las leyes, la moral o las buenas costumbres, y pudiendo ser el depósito gratuito y retribuido. El reglamento (se refiere al español) prescribe que cuando los notarios acepten los depósitos se extenderá un acta que habrán de firmar el depositante o persona a su ruego y el notario en la cual se consignarán las condiciones impuestas por éste para constitución y devolución del depósito y cuanto fuera preciso para la identificación del mismo".

En un interesante trabajo de análisis del Anteproyecto de Ley Notarial Argentina en lo relativo a las actas, el escribano Oscar E. Sarubo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

("Jornadas Notariales Bonaerenses 1964", pág. 385, trabajo premiado) con respecto a las actas de depósito del art. 70 expresa "que son las únicas actas que contienen un negocio jurídico: contrato de depósito, rompiendo la regla de que se limitan a consignar un hecho. Se refieren a depósitos y consignaciones de objetos o efectos en general que los clientes realizan al notario. Debe levantarse a ese efecto un acta que deberá ser firmada por el depositante y el escribano, pudiendo retirarse esos efectos solamente mediante la presentación de la misma por el interesado. Consignemos que la aceptación o no del depósito queda librada a la voluntad del funcionario. Entre los depósitos principales podemos señalar el de testamento cerrado, en cuyo caso debemos levantar en la cubierta del sobre un acta, guardando los recaudos del art. 3666 del Cód. Civil para no afectar la validez del mismo".

III. ACTA - CONTRATO DE DEPÓSITO

Trataremos ahora, por nuestra parte, de demostrar el carácter contractual del "acta de depósito".

Partiremos de la conceptualización del contrato de depósito, dando por sentado el carácter contractual de esta figura que hace el Código Civil, que lo define en el art. 2182: "El contrato de depósito se verifica cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía y a restituir la misma e idéntica cosa".

Como vemos en la definición, es esencial la gratuidad del depósito. "Una remuneración ofrecida espontáneamente por el depositante al depositario, o la concesión a éste del uso de la cosa al celebrar el contrato, o después de celebrado, no quita al depósito el carácter de gratuito", establece en tal sentido el art. 2183. Salvat, al anotar la última disposición, aclara que la remuneración debe ser espontánea para que el depósito se conserve como tal. Si se reclama un precio (o un honorario, agregamos nosotros) deja de ser depósito para convertirse en locación de servicios o en cualquier otro contrato de índole onerosa, citando en el mismo sentido a Segovia, Llerena, Machado, Lafaille, etc. (Salvat: Contratos, t. III, pág. 476, Ed. TEA, 1957).

Sabemos que la prestación de servicios profesionales en la antigüedad era eminentemente gratuita. La discusión sobre su remuneración viene desde el derecho romano. Se consideraba que las profesiones liberales e intelectuales mal podrían ser compensadas con un precio. En nuestros días ya no es discutible que los servicios profesionales deban ser retribuidos con el llamado honorario.

La prestación de la función por parte del notario es obligatoria, salvo actos contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, en que se negará a intervenir. Así lo establecen la casi totalidad de las leyes notariales. Entre ellas la de Entre Ríos N° 3700, que expresa en su art. 34: "inc. d) Son deberes de los escribanos de registro... Tomar la intervención profesional para que fuere requerido, no siendo contraria a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

las leyes..." y el Anteproyecto de Ley Notarial Argentina en su art. 15: "El notario está obligado a prestar sus funciones cada vez que se lo solicita, salvo que a su juicio, el acto para el cual hubiese sido requerido fuere contrario a la ley, la moral o a las buenas costumbres o su intervención fuese excusable según la reglamentación local..."

A la obligatoria prestación de servicios profesionales, le corresponde al cliente requirente la contraprestación de los mismos: el honorario, que por ser de aplicación legal es obligatorio tanto para notarios como particulares.

En el caso subexamen del acta de depósito notarial, los aranceles notariales locales consignan los montos a percibir en tales casos. Para ejemplificar, el de Entre Ríos, ley 3666 y decreto 7466 en su art. 2º, inc. f), se refiere concretamente al depósito de testamento cerrado encomendado al notario.

Por otra parte, el art. 21 del citado texto legal preceptúa que el notario para todos los actos, diligencias, contratos o escrituras no previstos en el arancel fijará el honorario que estime corresponder. Se reputa maliciosa, según el art. 34 de la misma ley, toda renuncia a honorarios de las escrituras o diligencias en las que intervenga. De todo lo cual se infiere que la actuación del notario en las llamadas actas de depósito debe ser remunerada.

También establecimos precedentemente que es obligatoria la actuación notarial, ante el requerimiento de parte, salvo los casos de negativa, fundada en los supuestos legales. Pero el mismo art. 70 del anteproyecto establece la voluntariedad del notario en la admisión de los depósitos que se le confíen, agregando más adelante que puede determinar condiciones para recibirlos, las que conjuntamente con el nombre de los intervinientes, objeto, fines y demás estipulaciones constarán en acta. ¿Qué es lo que se configura entonces, sino un verdadero contrato? Veamos:

El depósito es un acto de confianza que se manifiesta al elegir el cliente al notario - depositario. Este a su vez puede rehusar su intervención si las condiciones son desventajosas o de extrema responsabilidad. Existen obligaciones a cargo de ambos en caso de concretarse el depósito: del depositante de entregar la cosa y pagar el precio - honorario, y del notario de restituir la misma e idéntica cosa.

Se sigue entonces que estamos ante un verdadero negocio o acto jurídico que produce el nacimiento de derechos y obligaciones a cargo de ambas partes, cliente y notario.

Analizando el tipo de documento configurado, si aplicamos la doctrina clásica que atiende al contenido del mismo, se deduce que si el documento tiene por contenido un acto jurídico o negocio jurídico su contenido no es otro que una escritura, con lo cual establecemos que estrictamente se debería llamar escritura y no acta de depósito.

Ahondemos aún más la investigación. Si sostuviéramos que encasillar a los negocios jurídicos en escrituras y a los hechos jurídicos en actas no es definitivo, ya que hay casos fronterizos de difícil solución, tomaremos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los elementos distintivos de unas y otras en la clasificación del doctor Martínez Segovia, más arriba expuesta, y así, en primer lugar, los de la escritura y luego los correspondientes a las actas:

a) Novedad y preexistencia: Sin dudas que existe novedad, pues la relación jurídica entre parte y notario nace en el momento de configurarse el depósito, no existiendo ninguna relación preexistente entre ellos que legitimara el requerimiento de la parte, que moviera a la actividad notarial.

b) Proximidad y distancia: Existe evidentemente proximidad y consentimiento expreso o tácito del notario. No existe la distancia entre el requirente y requerido que en las actas son aproximados por la actividad del notario.

c) Resultado cierto e incierto: El resultado es cierto. Se conocen los efectos del depósito realizado sin ninguna incertidumbre.

d) Efecto esperado y conservación: Al ser el resultado cierto no puede ser otro efecto que el esperado por el depositante al producirse el nacimiento de sus derechos originados por el mismo.

e) Intención de consentir y exteriorizar: El consentimiento de ambas partes campea en la relación creada. La voluntariedad de la actuación notarial, fuera de la del cliente de elegir al notario - depositario, es clara y tangible.

f) Complemento y desunión: Las situaciones jurídicas de parte y notario se reglamentan en el contrato y por lo tanto se complementan. Surgen derechos y obligaciones para ambos de tal manera que no puede estudiárselas separada e independientemente.

Pensamos, por consiguiente, que en el "acta de depósito" notarial se crea un verdadero negocio jurídico, en el que el notario asume el papel de parte contractual.

Pesa sobre este tipo de actuación notarial la nulidad absoluta del art. 985 del Código Civil: "Son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados..."

IV. LOS LÍMITES DE LA ACTUACIÓN NOTARIAL

Los límites de la actuación notarial están dados por el mismo art. 985 del Código Civil anteriormente transcrito.

Cabe entonces hacer una neta diferenciación. Una cosa es un acta de depósito ante notario, en la cual el interviniente solo constata el hecho del depósito efectuado a un tercero, que bien puede ser otro notario y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otra muy distinta es el acta de depósito al notario, en la cual el interviniente configura por un lado el documento notarial y al mismo tiempo se convierte en parte negocial.

La primera no es otra que el acta de constatación de hechos para las cuales el anteproyecto les dedica la denominación de "Actas de presencia y comprobación" y las define en el art. 62: "El notario podrá ser requerido para autenticar hechos y cosas que presencie, comprobar su estado, su existencia y la de personas. El requerimiento, las declaraciones que reciba y el resultado de su actuación, se fijarán por medio de acta".

Propugnamos para las segundas su supresión del Anteproyecto de Ley Notarial Argentina, ya que configuran estos depósitos, mediante actas, verdaderos contratos en que el notario es parte negocial, lo que trae aparejado para las mismas la sanción de nulidad prevista en el art. 985 del Código Civil.

V. REAL CALIFICACIÓN CONTRACTUAL DEL DEPÓSITO

El contrato de depósito es definido por el art. 2182 del Código Civil: "El contrato de depósito se verifica cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía y a restituir la misma e idéntica cosa".

La gratuidad del mismo es puesta de manifiesto por el art. 2183 que expresa: "Una remuneración espontáneamente ofrecida por el depositante al depositario, o la concesión a éste del uso de la cosa al celebrar el contrato, o después de celebrado, no quita al depósito el carácter de gratuito". De donde deducimos que el depósito como contrato tiene lugar única y exclusivamente cuando aparece el carácter gratuito.

Así lo dice en la nota Salvat al art. 2183, ya citada, donde se hacen referencias a otros autores en igual sentido.

Sería técnicamente depósito, en sentido estricto, aquel en que una parte guarda gratuitamente dinero, efectos, cosas, que la otra le confía. Si existe una contraprestación, precio u honorario, no es depósito. Trataremos de investigar ante qué tipo de contrato nos encontramos. Evidentemente nos hallamos ante una locación. Dentro de ella debemos distinguir entre la de servicios y la de obra.

Locación de servicios: Es definida en el art. 1623, Código Civil: "La locación de servicios es un contrato consensual, aunque el servicio hubiera de ser hecho en cosa que una de las partes debe entregar. Tiene lugar cuando una de las partes se obligare a prestar un servicio y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero. Los efectos de este contrato serán juzgados por las disposiciones de este Código sobre las obligaciones de hacer".

Los elementos esenciales son: a) prestación de un servicio, desde los más modestos a los más elevados, como los de índole profesional; b)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pago de un precio en dinero. Si éste faltare sería otro contrato.

Es un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, consensual.

El pago del trabajo, salario u honorario, está en relación directa con el tiempo empleado. Las obligaciones para el locador de servicios son de medio.

Locación de obra: La define el Código Civil en su art. 1629: "Puede contratarse un trabajo o la ejecución de una obra, conviniendo que el que la ejecute ponga sólo su trabajo o su industria o que también provea la materia principal". Aquí el contrato es la obra en sí, terminada. Las obligaciones contraídas son las de entregar la obra, es decir, de resultado.

Entendemos que en el depósito existe en realidad una locación de servicios, pues el precio se paga en contraprestación de un servicio, cual es el de tener la guarda y conservación de un bien determinado, por un tiempo también determinado.

¿Cuál es la relación cliente - notario cuando éste recibe un depósito mediante acta labrada por un colega, es decir, el acta de depósito ante notario? Siempre estamos ante una locación de servicios.

Moisés Jorge Savransky (Función y responsabilidad Notarial, Abeledo - Perrot. Serie Monografías Jurídicas, 1962, pág. 117) hace una clara diferenciación entre la locación de servicios y la de obra, inclinándose por esta última cuando el notario realiza su función profesional, configurando un documento.

El doctor Martínez Segovia (Función Notarial, Ed. Ejea, 1961, pág. 260) expresa que la actuación profesional es una locación de servicios sin relación de dependencia, asimilable a una locación de obras porque no puede detenerse injustificadamente en una de las etapas de lo que califica como "proceso", pues la totalidad del complejo es lo que hace que la función sea notarial y no simplemente jurídica. Cita a los autores italianos que la califican como locación de obra intelectual.

Por nuestra parte pensamos que no puede encasillarse definitivamente la actuación notarial en uno de los estancos. La función notarial es compleja. Si bien es por antonomasia documentadora, también el notario, harto repetido, es un profesional del derecho, cumpliendo tareas de asesoramiento jurídico.

Si al notario se le encomienda la realización de un documento público o privado, no hay dudas que adquiere obligaciones de resultado. Se tiene en miras la obra en sí, en este caso el documento concluido. Estamos ante locación de obra.

Pero las consultas jurídico - notariales, asesoramientos y otros servicios que presta el notario, como puede ser recibir en depósito cosas o documentos de las partes, que no llevan aparejada documentación alguna, el cliente no espera el resultado ni la obra concluida, sino que es un medio lo que espera para lograr sus fines particulares. En este caso nos encontramos ante locación de servicios.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VI. COLOFÓN

Todo ensayo sobre un tema jurídico entendemos debe concluir con la enumeración de las observaciones que el mismo tratamiento ha dejado. Seguirán las nuestras, sin ninguna pretensión y con la convicción de que son ideas personales, y por lo tanto desmenuzables, pero que representan un esfuerzo en aras de un solo fin: el estudio de la función notarial, tan variable y compleja.

Ellas son:

a) El "acta de depósito" notarial, atendiendo a su contenido y a su configuración jurídica, contiene un acto o negocio jurídico.

b) Sus partes son el cliente - depositante y el notario - depositario.

c) Es de aplicación el art. 985 del Código Civil que implica la nulidad absoluta de tales "actas".

d) Por contener un negocio jurídico no se trata de un acta sino de una escritura.

e) Se debe diferenciar claramente el depósito ante notario, que no es otra cosa que una constatación de hechos, perfectamente viable, del depósito al notario, sancionado con la nulidad más arriba expresada.

f) Se debe propugnar la supresión del art. 70 del Anteproyecto de Ley Notarial Argentina, que establece una nulidad absoluta.

g) Sea un notario o un particular el que recibe en depósito algún objeto, la prestación debe ser gratuita, lo que es de la esencia del contrato. Si hay una remuneración, un honorario sería un contrato de locación de servicios.

h) La actuación notarial puede encuadrarse contractualmente como locación de servicios o de obras, según la índole de las tareas encomendadas al escribano.