

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LAS ACTAS DE DEPÓSITO Y EL ARTÍCULO 985 DEL CÓDIGO CIVIL (*) (1)

JAIME GIRALT FONT

La elección de este tema fue generada por la circunstancia fortuita de que, en un lapso de quince días, me fueron formuladas dos consultas referidas a sendas actas de depósito, lo que determinó que me propusiera repasar, actualizar y armonizar los distintos institutos comprendidos en su problemática.

El desarrollo que intentaremos efectuar está sustentado en dos orientaciones directrices del inolvidable maestro Carlos A. Pelosi: "No tiene objeto manejar con alguna destreza la copiosa bibliografía y los antecedentes de que disponemos para acumular extensas consideraciones con visos de afectada erudición. Es preferible despojarse de los ornamentos y recursos susceptibles de crear, en apariencia, una pieza jurídica con cierta brillantez pero de magros resultados, en relación a las prioridades constitutivas de un examen ágil y de una exposición sencilla"(1)(2).

EL CONTRATO DE DEPÓSITO

De acuerdo con lo establecido en el art. 2182 del Cód . 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. "

Al efecto de nuestro estudio resulta irrelevante hacer un análisis exhaustivo de este contrato. Sólo destacamos los aspectos que directamente se vinculan con él.

El depósito es un contrato - declaración de una voluntad común, formulada por dos o más personas, destinada a reglar sus derechos - que impone al depositario múltiples responsabilidades.

Podrá discreparse acerca de si la gratuidad es de su esencia (en el depósito civil, ya que en el comercial siempre es oneroso, constituye un acto de comercio y una de las partes debe ser, necesariamente, comerciante) o si es una característica que puede ser dejada de lado por los contratantes(2)(3). Los que adoptan la primera de dichas interpretaciones sostienen que si se pacta una contraprestación a favor del depositario, el contrato será de locación de servicios(3)(4); para los otros, la onerosidad convenida no altera su tipicidad(4)(5).

Podrá también discutirse si el contrato continúa siendo unilateral cuando es oneroso, pero en todos los casos no caben dudas de que el depositario es uno de los dos sujetos que tipifican el contrato y su principal obligado.

Constituye, además y fundamentalmente, un acto de confianza del depositante en el depositario(5)(6).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LAS ACTAS NOTARIALES

Que el acta notarial - protocolar o extraprotocolar (art. 979, incs. 1º y 2º del Código Civil) - es formalmente instrumento público, es cuestión no controvertida.

El principal criterio para diferenciarla de la escritura pública recae en su contenido. Así, el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales elaborado por esta Academia, expresa en su art. 22: "A los efectos de esta ley escritura pública es todo documento matriz que contiene un acto o negocio jurídico. "; mientras que el art. 4(6)(7) dice: "Esta ley denomina 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. "

La distinta naturaleza de ambos documentos justifica la exigencia de más requisitos formales para el primero que para el último: sin perjuicio de la posibilidad de instrumentar un acta en escritura pública; también llamada acta protocolar o, mal llamada, escritura - acta.

Al respecto, señala Pelosi que "tanto en la práctica como en teoría resulta asaz difícil establecer, en determinados supuestos, cuándo nos hallamos ante intervenciones que deben instrumentarse en escritura o en acta. Las dudas, admisibles en tales hipótesis, deben resolverse invariablemente a favor de la escritura, porque es la manera de no perjudicar la validez formal del documento y la eficacia de su contenido" (6).

LAS ACTAS NOTARIALES DE DEPÓSITO

La recepción normativa de las actas notariales de depósito no ha sido similar en las distintas demarcaciones de nuestro país.

La ley 12990, reguladora de la función notarial en el ámbito de la Capital Federal - al igual que las leyes provinciales que se inspiraron en la misma - , no hace mención de las actas de depósito como intervención comprendida dentro de la competencia por razón de la materia, aunque sí el decreto reglamentario 26655/52 reconoce en su art. 10, inc. 1, como atribución del escribano la de "recibir en depósito testamentos o cualquier otro documento, expidiendo constancia de su recepción".

Por el contrario, las leyes notariales de Mendoza (art. 46) y de la provincia de Buenos Aires (art. 164), como las que siguen a ellas, expresan: "En los actos y en las formas 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 real. Las circunstancias relativas a los intervinientes, objetos, fines y estipulaciones constarán en actas, excepto cuando puedan documentarse mediante certificación o simple recibo. "

Por su parte, el citado Anteproyecto de ley de los Documentos Notariales

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

prevé en su art. 58: "I. El notario podrá documentar en acta el depósito o custodia de dinero, cosas, valores y documentos; las circunstancias atinentes al depositante, a los fines del depósito y a la individualización de lo depositado y estipulaciones de los interesados e igualmente si lo es por plazo o no. Se exceptúa el caso en que ello pueda hacerse constar mediante certificado o recibo.

II. Su admisión es voluntaria y sujeta a las condiciones que se determinen cuando no exista obligación legal. "

En la nota relativa a dicho artículo se indica que el acta de depósito hace al notario interviniente parte del acto, puesto que crea específicas obligaciones a su cargo, agregando que debe considerarse, por consiguiente, una excepción a la prohibición del art. 3º, inc. 2, del mismo Anteproyecto, por el que, en concordancia con lo establecido en el art. 985 del Código Civil, se prohíbe actuar al notario si el acto o algunas de sus disposiciones le interesaren personalmente a él, a su cónyuge o a cualquiera de los parientes determinados en el inciso anterior", que son los consanguíneos hasta el tercer grado o sus afines hasta el segundo, quedando comprendido el parentesco por adopción.

Adviértase que se reconoce a la posibilidad de autorizar acta de depósito como una excepción al principio de ilegitimación o incompetencia por razón de las personas y que, tanto tal principio y su excepción formarían parte, en el supuesto de sancionarse el Anteproyecto, de una misma ley de fondo, no de una ley local.

A su vez, el Reglamento Notarial español, en sus arts. 216 a 220, regula cuidadosamente las actas de depósito ante notario, sobre la base de una norma (el art. 216) similar a las citadas de las leyes de las provincias de Buenos Aires y Mendoza.

Es menester hacer notar que la referida disposición del Reglamento español también constituye una excepción a la incompetencia establecida en su art. 139, por el que se prohíbe a los notarios autorizar escrituras en que se consignen derechos a su favor, aunque sí las en que sólo contraigan obligaciones o extingan o pospongan aquellos derechos, con la antefirma "por mí y ante mí"; por lo que pueden autorizar la escritura de su propio testamento y poderes por ellos conferidos. Pero no pueden, en cambio, autorizar actos jurídicos de ninguna clase que contengan disposiciones a su favor o de su esposa o parientes de los grados previstos en la misma norma, aun cuando tales parientes y el propio notario intervengan en carácter de representantes legales o voluntarios de un tercero.

Es preciso tener presente también, que el mencionado Reglamento español, que determina los alcances de la ilegitimación de la intervención notarial por razón de las personas y legisla a las actas de depósito como excepción de la misma, reviste las características de lo que nosotros entendemos por ley de fondo.

EL ARTÍCULO 985 DEL CÓDIGO CIVIL

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esta norma que, según opinión unánime, tiene por objeto salvaguardar la imparcialidad del oficial público, alejar de él cualquier sospecha de falta de objetividad en su intervención, fulmina con nulidad absoluta - "Son de ningún valor. . . ", comienza diciendo - los actos autorizados por funcionario público en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados, salvo que el interés proviniera de ser accionista, gerente o director de sociedad anónima.

A los fines de nuestro análisis es intrascendente si la prohibición de actuar impuesta por el art. 985 debe ser calificada como incapacidad para instrumentar, incompatibilidad, inhabilitación, incompetencia por razón de las personas o ilegitimación; sin perjuicio de lo cual adherimos a la opinión del prestigioso jurista José Carlos Carminio Castagno(7)(8), en el sentido que se trata de un tema de legitimación, si por ella entendemos la idoneidad de la persona - no del órgano - , para ejecutar un acto jurídico, considerada desde su posición respecto de dicho acto, tanto en relación a su objeto cuanto a los sujetos vinculados por el mismo.

Tampoco es ésta la oportunidad para juzgar lo acertado o no de comprender en la prohibición, indiscriminadamente, a todo tipo de parientes hasta el cuarto grado o la excepción fundada en la vinculación a una sociedad anónima.

Sí, en cambio, importa que esta prohibición es más relevante cuanto mayor es la función asesora del oficial público, como lo es la función notarial(8)(9).

Con respecto a la conceptualización del interés al que se refiere la ley, hay coincidencia doctrinaria en que debe ser directo ("el que recae en la persona como condición necesaria de causa a efecto")(9)(10); objetivo, sin que baste la mera afección, y económico o de otra índole que, aun potencialmente, pueda desviar al oficial público de su deber de imparcialidad(10)(11).

EL ESCRIBANO DEPOSITARIO

Anticipamos que el de depósito es un contrato sustentado en la confianza del depositante en el depositario.

El notario de tipo latino, a lo largo del tiempo, por las especiales características de su actividad, como consecuencia natural de su investidura - facultad fideifaciente - y porque siempre ha bregado por mantener incuestionada su imparcialidad es, para el común de la gente, persona de confianza; es confiable.

No es entonces de extrañar que a él se recurra con frecuencia para constituirlo en depositario de dinero, títulos, documentos y demás bienes. Y está bien que así sea, por lo que hemos dicho recién. En efecto, por su condición de profesional del derecho de probada objetividad, elaborador e intérprete de normas, por las cualidades intelectuales y morales requeridas para ejercer la función notarial, es persona indicada para fiarse de él como depositario.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Hay circunstancias en que el escribano tiene el deber legal de actuar como depositario, si así se le requiriere, como el supuesto del testamento cerrado, tal como lo dispone el art. 3666 del Código Civil.

También está facultado el notario para intervenir en carácter de depositario de un contrato de depósito voluntario y así lo reconocen las leyes locales mencionadas anteriormente. Quienes se han ocupado del tema María T. Acquarone, Liliana V. Lipschitz y José Pablo Petric(11)(12)-coinciden con lo dicho; y yo con ellos.

El problema se plantea cuando se pretende que el contrato de depósito en el que el escribano asume el rol de depositario, sea formalizado en acta - protocolar o extraprotocolar - autorizada por él . Aquí es donde comienzan las discrepancias.

Ello así porque, a priori, parecería que el acto caería anatematizado por el art. 985, en razón de ser autorizado por una de las partes del contrato objeto del mismo y que, sin dudas, tiene interés personal en dicho contrato.

Los argumentos de quienes defienden la viabilidad de las actas de depósito autorizadas por el escribano depositario pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- a) El acto es válido porque, en casos como los citados de las leyes de Mendoza o Buenos Aires, o en normas arancelarias de otras demarcaciones, expresa o implícitamente, está comprendido dentro de la competencia material del notario.
- b) La legislación española, rectora en materia de derecho notarial, que contiene normas concordantes con nuestro artículo 985, regula pormenorizadamente el acta de depósito.
- c) El Anteproyecto de ley de los Documentos Notariales, síntesis de la elaboración científica de la más calificada doctrina notarial argentina, plasma innovadoramente una normativa específica respecto de las actas, entre las cuales se encuentra la de depósito.
- d) No debe renegarse de una incumbencia fundada en la confianza que el ejercicio de la función notarial naturalmente genera.
- e) Resulta paradójico que el escribano depositario no esté facultado para instrumentar el acta por la cual se requiere la prestación de sus servicios.
- f) El de depósito notarial es un acuerdo de voluntades sui géneris, que no debe tipificarse como el contrato legislado en el Cód. Civil, debido a las peculiares modalidades con que, en su actividad funcional, se desempeña el notario al que se le confían bienes para su guarda.

Los fundamentos que preceden nos merecen las siguientes consideraciones:

- a) Nuestro régimen constitucional no admite que disposiciones legales de menor jerarquía normativa modifiquen o dejen sin efecto leyes de rango superior. Es claro que las leyes orgánicas de los distintos notariados del país se encuentran en tal situación respecto del Código Civil y con mayor razón los decretos que fijan los aranceles.

Luego, las normas dictadas por las provincias carecen de eficacia para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

enervar principios sentados en el Código Civil, ley de fondo de la Nación; lo que aconsejaría revisar la constitucionalidad de dichas disposiciones, en tanto contradicen la prohibición impuesta tuitivamente por el codificador.

b) Es correcta la afirmación de que la ley española reglamenta el acta de depósito y no dudamos que en España un depósito así instrumentado no puede ser cuestionado legalmente por nadie. Pero esto ocurre porque la misma ley que crea la prohibición establece la excepción.

Obviamente, si nuestro Código Civil hubiera previsto el acta de depósito facultando al escribano depositario a autorizarla, no estaríamos aquí hablando de este tema; justamente el problema radica en que nuestra legislación de fondo no contiene excepción alguna al respecto.

Coincide Bardallo con lo dicho cuando manifiesta que "la solución española puede también aceptarse cuando un texto legal expreso así lo autorice. Entre tanto - añade - , es contraria a la naturaleza de las actas y al principio de que no se puede al mismo tiempo ser parte y autorizante"(12)(13),

Además, en España es legalmente indiscutible la procedencia de estas actas. Sin embargo, la doctrina no parece estar totalmente satisfecha con ellas. Así, nada menos que para José González Palomino citado por el talentoso Manuel de la Cámara Álvarez - por su contenido no debería tratarse de actas sino de escrituras, puesto que su único objeto es formalizar un contrato; el contrato de depósito. Agrega González Palomino que "estas actas presentan la anomalía de que el notario es, al propio tiempo, otorgante y autorizante". Ello es suficiente, según el nombrado autor, para que deban ser descalificadas como tales escrituras, ya que una de las calidades del instrumento público es que no lo haga quien es parte.

Por su lado, de la Cámara Alvarez afirma que "ciertamente la imparcialidad, que es una de las características esenciales de la función del notario, impide, como regla general, que el notario pueda actuar a la vez como notario y como parte contratante. Pero esta consideración quiebra cuando la índole del negocio que el instrumento público documenta no afecta para nada a ese requisito esencial del quehacer del notario. En esos casos - continúa de la Cámara Alvarez - , es decir, cuando la imparcialidad no sufre, depende del derecho positivo decidir en qué medida el notario puede dar fe de aquellos actos de los que es al mismo tiempo otorgante . El reglamento Notarial español lo admite en toda una serie de supuestos a los que se refiere su art. 139. No parece, pues, que el hecho de que el notario dé fe de un contrato en que el mismo figura como depositario baste sin más para degradar el documento de su rango de instrumento público.

Lo que no cabe es que el notario autorice un acta de depósito si del mismo derivan derechos a su favor, y concretamente el de percibir remuneración. El pacto que así lo establezca será lícito, pero inhabilita al notario para actuar como tal. El depósito en tal caso deberá formalizarse

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ante otro notario, o por medio de un simple recibo privado"(13)(14).

c) El Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales, lamentablemente hasta hoy, no es más que lo que su título anuncia: un anteproyecto de ley. Mal puede entonces tomarse como referencia para justificar el caso en análisis. Por cierto que, distinto sería, si ya hubiese obtenido sanción y estuviere vigente: la situación resultaría exactamente igual que la que hoy se presenta en España: la misma ley que impone la prohibición, admite la excepción.

El fundamento de la inclusión de estas actas en el Anteproyecto surge de la citada nota al art. 58 y se sustenta en que, "por mandato legal o debido a las necesidades que se crean en las actuales características del tráfico y los negocios, estas actas se han hecho cada vez más frecuentes". Esto nos lleva a replantearnos la conveniencia o inconveniencia de admitirlas legalmente, ya que, en nuestra opinión, la sola circunstancia de la mayor cantidad de requerimientos en ese sentido, no justifica crear una excepción a principio tan arraigado como el establecido en el art. 985. Con criterio análogo, también son actualmente más numerosos los pedidos formulados por los particulares para que certifiquemos impresiones digitales estampadas en boletos de compraventa de inmuebles por personas que no saben leer ni escribir y no por ello estamos dispuestos a propiciar una reforma legislativa que, respecto de los instrumentos privados, considere a la impresión digital como sustitutiva de la firma.

Precisamente Pelosi destaca "la incoherencia que significa para una rígida interpretación el hecho de que el anteproyecto, como el reglamento español, contempla las actas de depósito, absorbidas por una figura contractual (cuando no es legal)"(14)(15)

d) Pensar que las actas de depósito autorizadas por el escribano depositario quedan comprendidas, en la nulidad decretada por el art. 985, no significa negar al notario la facultad de ser parte en un contrato de depósito. Por el contrario, creemos que se encuentra entre las personas más indicadas para desempeñar ese papel.

Lo que se rechaza es la posibilidad, sobre la base del derecho positivo argentino, de que el escribano que asume el carácter de depositario en un contrato sea simultáneamente el autorizante del instrumento público en el que dicho contrato se documenta, porque se lo impide el art. 985 del Cód. Civil.

e) Estimamos que este razonamiento no es paradójico sino el resultado de una sana hermenéutica. Si, con la actual legislación, el escribano acepta ser depositario no sólo de la fe pública sino también de los bienes de sus requirentes y se pretende que el contrato de depósito sea formalizado en instrumento público, no encontrarnos otra solución - coincidiendo con de la Cámara Alvarez - que la de recurrir al servicio profesional de otro colega aun para certificar la firma de las partes si el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contrato se quiere documentar en instrumento privado con tal requisito, so pena de incurrir en la sanción del mentado art. 985.

No vemos en esta actitud nada desjerarquizante de la función notarial; por el contrario, pensamos que es la forma de brindar seguridad jurídica a quienes a nosotros acuden en busca de ella y que hará atesorar a los particulares mayor confianza aun en el cuerpo notarial.

f) En lo personal descreemos de calificaciones tales como sui géneris - que equivale a atribuir a algo el carácter de "fi", porque no es "ni fu ni fa". Se le llame como quiera llamársele, ese acuerdo de voluntades no deja de ser un contrato en el que el escribano es el principal obligado y está personalmente interesado.

CONCLUSIONES

1) Sobre la base de la legislación vigente, son nulas de nulidad absoluta las actas de depósito - protocolares o extraprotocolares - en las que el escribano que asume el carácter de depositario es, al mismo tiempo, el autorizante del documento.

2) Sólo una ley de igual jerarquía normativa que la del Código Civil puede crear una excepción a la sanción de nulidad establecida en su art. 985, lo que ocurriría en caso de ser sancionado el Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales, elaborado por la Academia Argentina del Notariado.

3) Las leyes orgánicas de los distintos distritos notariales del país, por su condición de normas de índole local, carecen de virtualidad para enervar disposiciones de orden público, determinadas en otras de aplicación en el ámbito nacional.

4) No existe impedimento de ninguna naturaleza para que el notario se constituya como depositario y, en este carácter, suscriba los recibos o constancias pertinentes. Pero si las partes (depositante y escribano - depositario) acuerdan formalizar contrato de depósito en instrumento público, o privado con certificación de sus firmas, deben recurrir a otro notario para que éste autorice la escritura o proceda a la certificación: lo que en nada desjerarquiza la función notarial.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Endnotes

1 (Popup)

Disertación pronunciada el 17 de junio de 1991 con motivo de su incorporación pública como miembro de número de la Academia Argentina del Notariado.

2 (Popup)

Pelosi, Carlos A. , "Las actas en el Anteproyecto de Ley Notarial Nacional", en Los Anales del Notariado Argentino, vol. III, año 1964; publicación del Instituto Argentino de Cultura Notarial, Bs. As., 1965.

3 (Popup)

Borda, Guillermo A. , Manual de contratos, 10° edic. , Edit. Perrot, Bs. As, 1985.

4 (Popup)

Petric, José Pablo, "Reflexiones acerca de la llamada «acta de depósito notarial»"; Revista del Notariado N° 714, pág 1 785, año 1970.

5 (Popup)

Borda, Guillermo A. , op. cit.

6 (Popup)

Idem.

7 (Popup)

Pelosi, op. cit.

8 (Popup)

Carminio Castagno, José Carlos, "Teoría general del acto notarial", Rev. del Not. N° 717, pág. 17 año 1973.

9 (Popup)

Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo A. , Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, t. 4, pág. 510, Edit. Astrea. Bs. As. , 1982.

10 (Popup)

Legón, Fernando, citado por Belluscio y Zannoni op. cit.

11 (Popup)

Belluscio y Zannoni, op. cit.

12 (Popup)

Acquarone, María T. y Lipschitz, Liliana V., con la colaboración de María G. Primarczuk: "Depósito notarial de acciones", Rev. del Not. , N° 802, pág. 62, año 1985. Petric, José P. , op. cit.

13 (Popup)

Bardallo, Julio R. , "Actas notariales", en Los Anales del Notariado Argentino, vol . V, t. 1, pág. 59, Bs. As. , 1968.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

14 (Popup)

De la Cámara Álvarez, Manuel, "El notario latino y su función", Rev. del N° 726, pág. 2033, año 1972.

15 (Popup)

Pelosi, op. cit.