

**De lege latae: el *protocolo especial de particiones* de herencia y condominio.**

**De lege ferendae: el *protocolo de hijuelas***

Félix Alberto Montilla Zavalía

## **I- El *Protocolo de Partición* regulado en el CPCCT**

### **A) Metodología y técnica legislativa**

El Código Procesal Civil de Tucumán ha regulado la existencia de un “*Protocolo Especial de Particiones*” destinado a la registración de todos los instrumentos judiciales en los que se formalizare la transmisión de derechos reales o personales en los procesos sucesorios y en las divisiones de condominio.

Esta disposición tiene su origen en la reforma procesal encarada durante el gobierno de *facto* y fue proyectada entre abril de 1976-abril de 1977.

En efecto, del mensaje de “*exposición de motivos*” por el cual el entonces Ministro de Gobierno y Justicia, coronel Julio Ernesto Balloffet, remitía el proyecto de Ley informaba que para redactarlo había “*tomado como base las propuestas enviadas en sectores representativos de la actividad judicial...*”<sup>1</sup>, sin explayarse sobre el razonamiento que animaba la reforma del entonces artículo 726 del digesto ritual civil –Ley n° 3621-, hoy artículo 668.

Por nuestra parte no hemos podido encontrar rastros de aquellas “*propuestas*” tenidas en consideración por el Ministerio de Gobierno y Justicia, aunque nos aventuramos a proponer que el autor de aquella importante modificación puede haber sido el insigne jurista Dr. Fernando Justo López de Zavalía, que con su experiencia de casi diez años como vocal de la Corte Suprema de Tucumán (1966-1976)<sup>2</sup>, y su conocimiento del derecho civil, ejercía la presidencia del *Consejo Superior de Asesoramiento Legislativo*.

---

<sup>1</sup> *Boletín Oficial de la Provincia de Tucumán* del 4 de abril de 1977, página 1042.

<sup>2</sup> MONTILLA ZAVALÍA, Félix Alberto, *Historia del Poder Judicial de Tucumán (1950-2005)*, Tucumán 2007, páginas 76, 77 y 130.

La reforma se concretó al sancionarse la Ley nº 4760 el 31 de marzo de 1977.

Metodológicamente el artículo 726 [actual 668] correspondía al Libro V “*Procesos Universales*”, Título II “*Sucesiones*”, Capítulo V “*División*” del Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán, y fue mantenido en su redacción luego de los posteriores retoques de aquél digesto, modificándose –solamente- su numeración luego de la sanción de la Ley nº 6176.

## **B) Texto del articulado**

El artículo 668 dispone: “*Protocolo especial: Se deberá habilitar un protocolo especial para particiones aún cuando no hubiera división de la herencia y ésta se entregara en condominio.*

*Se hará constar los herederos declarados. En caso de que, con posterioridad, se reconozcan otros herederos también se hará constar con sendas notas marginales de mutua remisión entre los distintos asientos.*

*Se hará constar los bienes del inventario y su evaluación. En caso de que luego el inventario se amplíe se efectuarán los asientos correspondientes con las remisiones marginales necesarias. Se transcribirá también la parte resolutive de los autos aprobatorios.*

*El secretario deberá dejar constancia de que tales autos están firmes”.*

A su turno, al regular el proceso de división de condominio, el artículo 472 establece: “*Procedimiento. En todo lo relacionado con la forma de proceder a la división y a los trámites posteriores a la presentación de la partición, se estará a lo que disponen los artículos 668 y siguientes del título de las sucesiones”.*

## **C) Interrogantes**

De la lectura del artículo 668 surgen algunas dudas que evidencian una defectuosa técnica legislativa: 1º) ¿cual es el significado de “*habilitar un protocolo especial*”? (1º párrafo); 2º) ¿quién es el encargado de “*habilitar*” el protocolo?; 3º) ¿en donde se “*hará constar*” lo solicitado por la norma?, ¿en el libro o protocolizando los instrumentos pertinentes?.

El “*Protocolo Especial de Particiones de herencia*” nunca ha sido habilitado. Es decir que, tras 40 años de exigencia legal no se ha dado cumplimiento al artículo 668 del digesto formal civil.

Estimamos que, interpretando las disposiciones de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y Código Procesal Civil, el “*Protocolo Especial de Particiones*” debe ser un “*libro*” de “*hojas móviles*” que al finalizar el año judicial debe ser debidamente indizado y encuadernado, cuya confección y custodia corresponde sólo al Secretario del Juzgado que tiene competencia para tramitar sucesiones y que luego, deberá ser remitido al Archivo Judicial para su depósito y custodia final.

En cuanto a la sustancia del libro, algunas dudas de las que hemos planteado arriba pueden disiparse si estimamos que en él se deben registrar, ordenadamente, *todos* los instrumentos que tengan por objeto: **1º-** la *partición* y *adjudicación* de la herencia o condominio a distintos herederos y/o legatarios (aunque éstos últimos no han sido mencionados en la norma) o a los propietarios adjudicatarios de su cuota parte del condominio dividido; **2º-** la *adjudicación* de la herencia en condominio ya sea a herederos y/o legatarios, y **3º-** la *adjudicación* de la herencia a un solo heredero (que tampoco ha sido previsto por la norma).

Si bien el artículo 668 no menciona la palabra “*adjudicación*”, hemos considerado que a ello se refiere en su primer párrafo cuando menciona la palabra “*entregará*”. De la lectura de los restantes artículos del *capítulo* también podemos inferir que lo que se procura con el “*Protocolo Especial de Particiones*” es la registración de los instrumentos que tienen por objeto servir de base para la *ejecución* de la *partición* de la herencia. *Ejecutar* la *partición* de la herencia conlleva la *adjudicación* de los bienes del causante (artículo 681 del CPCC).

Al proponer que en el libro se registren “*todos*” los instrumentos relacionados con la *partición y adjudicación* de la herencia, nos parece que el secretario del juzgado deberá formar un legajo por cada sucesión, o condominio, en el que se agregarán: **1º**- los actos jurisdiccionales por los que se declaran herederos y sus eventuales modificatorias; o los actos jurídicos en virtud de los cuales existe un condominio y acredita el nombre de los condóminos; **2º**- el acto de inventario y avalúo presentado por las partes, el perito partidor, o por el secretario o Juez de Paz si hubiere menores, que se encontrare firme (no corresponde en el caso de división de condominio); **3º**- el proyecto de partición final; **4º**- la parte resolutive de los actos jurisdiccionales que aprueben o desaprueben el inventario y avalúo (no corresponde en el condominio); **5º**- el acto jurisdiccional que aprueba el proyecto de partición y que adjudica los bienes a los herederos o a los condóminos, y **6º**- los actos jurisdiccionales por los que se adjudican a los legatarios los bienes ciertos y determinados (no corresponde en el condominio).

Finalmente, todos esos instrumentos servirán para confeccionar la *hijuela*.

## **II- El *protocolo de hijuelas***

### **A) La función notarial de los secretarios en orden al *protocolo de hijuelas***

#### **1- Secretario e hijuelas**

Los secretarios judiciales son notarios de actuación, pues a ellos les cabe dar fe de los actos que pasan ante su presencia, colocar cargos, organizar el protocolo de sentencia y custodiarlo, etc. Muchas de estas funciones notariales surgen de la LOPJ normas adjetivas – vgr. arts. 112 y sgtes. de la LOPJ, o arts. 43; 126; 128; 131, etc. del CPCC- aunque muchas otras se corresponden con costumbres forenses inmemoriales.

Una de aquellas costumbres es la relacionada con la confección del título que contiene la hijuela producto de la división y adjudicación de la propiedad en el marco de un proceso judicial.

La legislación no dice nada respecto de las formalidades del mismo, y aquel vacío estuvo siempre cubierto por la práctica forense.

Si bien los partidores están autorizados para confeccionar el título, que también recibe la denominación de *hijuela*, los secretarios judiciales deben controlarlo y luego autorizarlo. Esto último es un típico acto notarial del actuario judicial.

La *hijuela*, entonces, es un documento notarial judicial, escritura judicial, que opera como *título* jurídico a favor de un beneficiario y expedido en el marco de un proceso judicial.

Estas circunstancias, es decir la función del secretario y la naturaleza de la hijuela *formal*, nos permiten advertir la trascendencia de regular la materia en orden a jerarquizar el rol notarial del secretario judicial y mejorar la calidad de las hijuelas, circunstancias que repercuten, en definitiva, en la concreción de la seguridad jurídica.

## **2- Interpretación de las normas adjetivas sobre el Protocolo Especial de Particiones**

Conforme se ha visto, la creación del *Protocolo Especial de Particiones de herencia* –y condominio- regulado en el CPCCT nunca ha sido aplicado en nuestro Poder Judicial, y si bien resulta una innovación de la legislación procesal tucumana respecto de la nacional y de otras provincias, la misma presenta algunas deficiencias respecto de otras normas del mismo Código que ameritan una concordancia<sup>3</sup>.

De la lectura de los artículos 668 y 681 del CPCCT se interpreta que, además de los instrumentos que deben protocolizarse en el registro –herederos

---

<sup>3</sup> MONTILLA ZAVALÍA, FÉLIX ALBERTO, El "*Protocolo Especial de Particiones de Herencia*" como un eficaz medio para preservar la seguridad jurídica. Análisis de los artículos 729 y concordantes del Código Procesal Civil de Tucumán. La Ley Noroeste, Tomo 2009, página 309.

declarados, bienes del inventario y su evaluación y parte resolutive de los autos aprobatorios- también deberían protocolizarse las *hijuelas*.

En efecto: la ley procesal en el artículo 681 último párrafo, dispone que a herederos y/o legatarios el secretario “...les entregará testimonio de sus respectivas *hijuelas*”.

La norma emplea el término “*testimonio*” que, si bien la práctica judicial – como ya vimos- lo ha asimilado al *original* (*hijuela original* o *testimonio* como si fueran sinónimos), su correcto sentido técnico-notarial es muy distinto y preciso: el *testimonio* es la copia autorizada de un documento *matriz*, por lo tanto debe existir una *hijuela matriz* sobre la cual se expidan los testimonios correspondientes.

La *hijuela matriz*, por serlo, debe quedar en poder del secretario judicial y por lo tanto deben ser protocolizadas en el libro especial de *Particiones de Herencias*.

Esta solución se desprende del mismo texto legal y aporta mayor cuota de seguridad jurídica como lo veremos seguidamente.

### **3- Seguridad jurídica**

La mayoría de las veces por las *hijuelas* se transfieren derechos reales inmobiliarios; esta particularidad, teniendo en miras los requisitos formales *ad-solemnitatem* impuestos para la transmisión de éstos por el Código Civil y Comercial que exige escritura pública –artículo 1017, que excluye la escritura pública en los supuestos de subastas judiciales-, a más de lo que se desprende del segundo párrafo del artículo 681 del CPCC, constituyen garantías concretas para preservar la seguridad jurídica.

De ese modo el legislador al regular la existencia de un “*Protocolo Especial de Partición de Herencias*” ha tenido en miras que todos los antecedentes judiciales que han servido con el objeto dividir y adjudicar la herencia o condominio sean registrados en un libro específico, y que las *hijuelas* que se

elaboran en base a aquellos instrumentos se formulen en matrices que también deberían ser protocolizadas.

Aquellas disposiciones, sumamente provechosas para la seguridad jurídica, permiten que, extraviado el expediente judicial de la sucesión, o de división de condominio, o en su caso los *testimonios* de las hijuelas que se entregan a cada uno de los interesados, puedan ser fácilmente reconstruidos por la existencia del Protocolo Especial o, en su caso, se logre expedir un nuevo *testimonio* de hijuela.

De esa forma se evita, además, posible confección de hijuelas contradictorias, o de nuevos expedientes sucesorios, con el dispendio de recursos por el órgano judicial y los justiciados.

#### **4- Casos que quedan fuera de la normativa**

Más allá de la correcta aplicación e interpretación de las normas que establecen el *Protocolo Especial de Partición*, quedan fuera de su regulación las hijuelas resultantes de la liquidación del régimen de comunidad patrimonial del matrimonio, prescripción adquisitiva y subasta.

Esta circunstancia torna deficiente, por defecto, la regulación.

#### **B) *Lege ferendae* del Código Procesal Civil y Comercial y de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El *protocolo de hijuelas***

La utilidad del "*Protocolo Especial*" es evidente para una más segura y mejor administración de justicia, sin embargo la fórmula legislativa no ha sido lo suficientemente clara, repercutiendo negativamente en la implementación del mismo.

Estos tópicos nos permiten sugerir que en una posterior reforma procesal se modifique el artículo 688 del Código ritual, de modo de incluir, como la ley adjetiva civil española 1/2002 reformada por ley 13/2009 lo hace en el artículo 787

apartado 2<sup>o</sup>, un proceso de división de bienes comunes en el que al secretario se le confieran mayores funciones notariales, adjudicándosele la responsabilidad de confeccionar una hijuela matriz, que debe ser protocolizada, y expedirse los testimonios a las partes beneficiarias.

Similar tenor debiera tener el proceso de división de condominio y, de regularse de modo específico, el proceso de división del régimen de comunidad patrimonial del matrimonio, haciéndose expresa remisión al sistema de hijuela matriz propuesto para el proceso sucesorio.

Por otro lado, dentro de la regulación de las funciones del secretario judicial en el marco de la ley orgánica, debe establecerse que deberán llevar un libro de protocolo de hijuelas de conformidad a la reglamentación que disponga la Corte Suprema de Justicia, y finalmente, de conformidad a las facultades que le otorga el artículo 763 del CPCC, la Corte Suprema de Justicia puede dictar las normas prácticas que sean necesarias para que en el marco de los procesos de usucapión y subasta los actuarios confeccionen hijuelas de conformidad a los principios regulados en el artículo 688 del CPCC.

La existencia de un protocolo de hijuelas permitirá jerarquizar las funciones del secretario como notario judicial, mejorar la calidad del título y brindar seguridad jurídica.

---

<sup>4</sup> La norma, inserta en un artículo que regula la división judicial del patrimonio, dispone “*Pasado dicho término sin hacerse oposición o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad, el Secretario judicial dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas*”.