

1.3. Derechos Reales

La derogación de la suspensión de efectos de la fe pública registral. A propósito del artículo 28 LH

*The repeal of the suspension of effects
of the registered public faith.
Concerning the article 28 LH*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Titular (acreditada) de Derecho civil,
Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: La reciente eliminación del artículo 28 LH por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, pone fin a la suspensión de efectos de la fe pública registral durante el plazo de dos años, cuando se adquiría un inmueble de un heredero o legatario del anterior titular registral. Analizamos en este artículo el fundamento de dicha suspensión de la fe pública, los requisitos para su aplicación, alcance y eficacia, y concluiremos acerca de la retroactividad de tal eliminación a las transmisiones ya efectuadas. En definitiva, se trata de responder a la pregunta de si tiene sentido hoy en día que se suspenda el principal efecto del Registro de la Propiedad que dota de seguridad al tráfico jurídico.

ABSTRACT: The recent repeal of article 28 LH by Law 8/2021, of June 2, which reforms the civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, puts an end to the suspension of effects of the registered public faith during the period of two years, when a property was acquired from an heir or legatee of the previous registry owner. We analyze in this article the basis of said suspension of public faith, the requirements for its application. We try to reponse if it makes sense today to suspend the main effect of the Property Registry that provides security to legal traffic.

PALABRAS CLAVE: Propiedad. Registro. Fe pública registral. Suspensión. Herederos.

KEY WORDS: Property. Land register. Registered public faith. Suspension. Heirs.

SUMARIO: I. ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO 28 LH.—II. EXAMEN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 28 LH: APLICACIÓN Y EFICACIA.—III. DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 28 LH: ¿EFICACIA RETROACTIVA?—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO 28 LH

El recientemente derogado, eliminado, artículo 28 de la Ley Hipotecaria, por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, tenía el siguiente tenor: «Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado, no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptúense las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzados».

Es decir, para el caso de que una persona adquiriera un bien inmueble de aquel que era un heredero o legatario del anterior titular registral, que había fallecido sin aparentes herederos forzosos (sin padres, hijos, cónyuge), dejando dicho inmueble a sus herederos voluntarios o legatarios, y aunque dicha adquisición se inscribiera en el Registro y se hubiera hecho en virtud de negocio jurídico válido, a título oneroso, de buena fe, y de quien aparecía en el Registro con facultad para transmitirlo —el heredero o legatario—, su adquisición no era realmente definitiva, no era oponible a esos terceros que alegaran ser propietarios de aquella finca por ser los herederos —forzados— reales del causante, hasta que hubieran pasado dos años del fallecimiento de este. Esto era así, porque el artículo 28 LH establecía la suspensión temporal de efectos de la fe pública registral (art. 34 LH) durante un periodo de dos años. Es decir, no opera, no actúa, no hay fe pública registral en esa adquisición onerosa que cumple todos los requisitos para ello, haciendo peligrar y decaer tal adquisición inscrita, con el perjuicio y la inseguridad jurídica que ello supone para el adquirente.

El adquirente podía perder la finca adquirida frente al «nuevo» heredero que aparecía de repente, y ante esta situación podía decidir no contratar o, muchas veces, a pesar de decidirse a ello, debía desistir ante la falta de financiación hipotecaria, ya que las entidades bancarias podían negar el préstamo por el riesgo que conlleva de pérdida de la titularidad.

¿Por qué se producía esta situación? ¿Cuál era el fundamento o justificación del artículo 28 LH que suponía una excepción al pilar de los principios registrales?

La suspensión de efectos de la fe pública en el caso indicado se introdujo en la Ley Hipotecaria de 1869, en un párrafo segundo del artículo 23¹. Como recoge la RDGRN de 4 de septiembre de 2019, en el preámbulo de dicha ley se afirmaba que «Hay, sin embargo, algunos bienes que no pueden ser inscritos en perjuicio de tercero, ni liberados, al menos dentro de cierto plazo, y son los adquiridos por herencia o legado. Así lo exige la imposibilidad de probar legalmente que un testamento, que se presenta como título para verificar una inscripción, no está destruido por otro anterior otorgado con cláusula derogatoria —cláusulas *ad cautelam* derogatorias de un futuro testamento, prohibidas ahora— por haberlo revocado el testador, y en el que el derecho de los parientes de un finado, declarados sus herederos *ab intestato*, puede desaparecer por presentarse otros parientes más inmediatos».

La excepción a la suspensión de efectos con relación a las inscripciones a favor de herederos forzosos se introdujo en la reforma de la Ley de 17 de julio de 1877, y la Ley Hipotecaria de 1909 redujo el ámbito temporal de la suspensión de efectos a dos años y es, por fin, en la Ley de 1946, cuando se modifica el *dies a quo* del inicio del plazo de suspensión, al día de la muerte del causante, recogiendo el artículo 28 LH tal y como —hasta hoy— se conoce.

La actual redacción del artículo 28 LH se introdujo, por tanto, en la Ley Hipotecaria de 1946, y tal precepto se conoce como la «Ley de Cuba» y los motivos históricos fueron, precisamente, facilitar a los verdaderos herederos de ultramar del causante reclamar las propiedades que les pertenecían legítimamente como verdaderos herederos reales, solo que olvidados o desconocidos debido a la distancia física de encontrarse viviendo en Cuba². Las dificultades de comunicación y transporte hacían que muchas veces fuera muy difícil conocer la existencia de esos herederos reales del causante y con este artículo se pretendía que los hijos de españoles que habían emigrado a las colonias tuvieran tiempo de regresar para reclamar su herencia. Por ello, se dio la «precaución» de no hacer definitiva la adquisición hasta transcurrido un periodo de dos años desde la muerte, a fin de que pudieran «aparecer», «volver», los verdaderos herederos y dueños, en consecuencia, de la finca transmitida.

Se estableció este precepto para aquellos casos en los que una persona fallecía sin hijos —y sin padres— y eran sus hermanos, sobrinos o primos quienes heredaban sus bienes y estos vendían el inmueble a un tercero que inscribía, pero después aparecían herederos con mejor derecho que reclamaban al otro heredero o legatario dicho inmueble. Se pretendía dar una oportunidad a los herederos reales frente a los aparentes, con un plazo de tiempo amplio para que pudieran enterarse y personarse, dadas las dificultades de comunicación y transporte con España, consiguiendo de este modo que los bienes se quedaran en manos de aquellos a quienes realmente hubieran correspondido, caso de haberse conocido su existencia antes, y haberse enterado del fallecimiento a tiempo. Se pretería de esta forma al tercer adquirente de buena fe que se fiaba de los libros del Registro, frente al heredero real desconocido.

El fundamento de este precepto se encuentra, como afirma la RDGRN de 4 de septiembre de 2019, en la prevalencia del heredero real frente al aparente: «tradicionalmente se considera que el fundamento de esta disposición es la insecuridad en el título sucesorio en cuanto pudieran aparecer parientes del causante que no habían sido tenidos en cuenta, o un testamento de fecha más reciente en el que se designe un heredero distinto. Es decir, protege a un eventual heredero real frente al aparente, en toda o parte de la sucesión. Se valora más improbable, salvo preterición, esta circunstancia en herederos forzosos. Por ello, el segundo inciso del precepto exceptúa, como sabemos, las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos». En el mismo sentido lo entiende SERRANO DE NICOLÁS cuando corrobora esta idea al afirmar «también se protege —aunque por otra vía, como es la de la relación de los artículos 33 y 34 LH— al heredero real frente al aparente, aunque tenga su título inscrito. No puede olvidarse que la relación entre heredero aparente inscrito y heredero real, que es donde se da la pugna, nunca cumplirá los presupuestos del artículo 34 LH, pues entre ellos nada contratan o se transmiten, sino que pugnan, quizás por desconocimiento o incluso involuntariamente, por ser los auténticos herederos»³.

Con este artículo, en definitiva, se pretendía la comprobación de la existencia de herederos voluntarios o beneficiarios de la sucesión, y no tanto y solo la

comprobación de legitimarios que pudieran tener derecho a parte de la herencia, como asimismo sostiene dicha resolución.

Parece entonces que su justificación era determinar la preferencia del heredero real, legitimario o no, frente al aparente; favorecer la titularidad del verdadero propietario frente a quién no debía serlo.

No obstante, si esa era la justificación del precepto, debemos preguntarnos por qué en este caso se prefiere al verdadero titular real frente al titular —en teoría— amparado por el Registro y la fe pública registral. ¿Por qué en este caso no juega el artículo 34 LH? ¿Cuál es la razón en virtud de la cual el legislador prefirió excepcionar el artículo 34 LH y favorecer al titular real frente al registral en contra de la norma general que pretende la seguridad en el tráfico?

Probablemente la respuesta esté en, como dice PÉREZ RAMOS⁴, y afirma la Resolución de la Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica (DGFPSJ) de 12 de junio de 2020, «la debilidad del título sucesorio» y la infrecuencia del supuesto de hecho que contempla. Y es que, en palabras de este autor, «los casos de debilidad del título sucesorio son posibles, sobre todo en los llamamientos a la sucesión intestada de colaterales, pero ciertamente son rarísimos»; de este modo, si fueran «los casos en que aparecieran herederos reales cuyos derechos fuesen burlados tendría sentido mantener un precepto como el artículo 28 LH, porque si la aplicación del artículo 34 LH se convierte en la regla general y no en la excepción se estaría perverso el sistema; y es que el artículo 34 LH es el último dique, el mecanismo de seguridad que se activa cuando el sistema de transmisión del dominio falla».

Es decir, la razón de la existencia del 28 LH frente al 34 LH está precisamente en su poco uso, y las pocas situaciones en las que se puede aplicar aquél frente a este. Más aún, teniendo en cuenta que cuando se publicó este artículo no existía el Registro de Actos de Última Voluntad, podía entonces ser más difícil enterarse del fallecimiento y apertura de la sucesión correspondiente, localizar un testamento posterior y encontrar o localizar a los herederos reales, pero tras la existencia de este Registro, es muy difícil que nos encontremos ante casos de hijos desconocidos que hayan podido desconocer y reclamar sus derechos o localizar el verdadero testamento válido, por lo que el supuesto que parece contemplar el artículo 28 LH carece hoy en día de sentido. El Registro de Últimas Voluntades es un registro informativo, pero, hoy en día, y gracias a los nuevos sistemas informáticos, se facilita enormemente dicha información y disminuyen los errores que antaño pudieran darse; si bien no impide la existencia de un testamento posterior que no esté registrado, disminuye mucho las posibilidades de error y desconocimiento⁵.

Como afirma MADRIDEJOS⁶, la excepcional utilización del artículo 28 LH, que reduce su aplicación a aquellos casos de herederos no legitimarios (las menos veces) que transmiten a un tercero, pudiendo existir otros herederos reales distintos de aquellos, desconocidos, hace que sea una norma de carácter residual e injustificada.

Y es que, la excepción que supone al artículo 34 LH no parece poder justificarse hoy en día. La regla del artículo 34 LH (siendo como es excepcional en nuestro sistema de transmisión de la propiedad de corte romano que exige la previa titularidad del transmitente para la eficaz transmisión), es fundamental para la seguridad del tráfico jurídico y no debe tener a su vez más excepciones; máxime cuando los supuestos que la excepcionan son tan nimios que no merecen la pena tenerse en cuenta.

Por todo ello, el fundamento histórico de este artículo 28 LH parece que ya no puede sostener, en la actualidad, dicho precepto.

Además, la realidad nos demuestra, como ya hemos adelantado, que este artículo suponía una dificultad para la seguridad del tráfico jurídico, tal y como se afirma en la página de Bankinter⁷ que resume las dificultades o perjuicios reales que generaban de la siguiente forma: «a) Las viviendas heredadas eran más difíciles de vender porque muchos compradores se resistían a asumir la insseguridad jurídica que suponía esperar dos años para que la compraventa tuviese plenos efectos. b) Si se vendían, los precios se reducían porque los compradores aprovechaban para reclamar una rebaja del precio. c) Los bancos difícilmente podían aceptar como garantía de un préstamo hipotecario una vivienda en estas circunstancias lo que, de nuevo, dificultaba la venta de esas viviendas ya que no tenían prácticamente acceso a un préstamo».

A ello hay que añadir que, los casos previstos para la aplicación del 28 LH —a saber, la adquisición por herencia de no legitimarios (tíos, primos, sobrinos)—, normalmente implican que esos herederos deban vender el inmueble en cuestión para hacer frente al pago de los impuestos sucesorios, y, además, quieran repartirse el dinero entre ellos, pues la cotitularidad hace muy difícil la gestión del inmueble en cuestión; venta que, de aplicarse el 28 LH, no puede hacerse en un plazo de dos años, lo que realmente supone un perjuicio enorme, ya que esa transmisión hereditaria requiere de una rápida venta para hacer frente a los gastos tributarios.

Las desventajas de este artículo frente a sus ventajas o justificación —la aparición tardía de los herederos reales— en el mundo actual, conectado, global, con medios de comunicación y transporte rápidos y posibilidad de localización y conocimiento de los herederos lejanos parecen justificar, si no su derogación expresa, si al menos, su ostracismo.

II. EXAMEN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 28 LH: APLICACIÓN Y EFICACIA

Corresponde ahora que analicemos con detalle el supuesto al que debía aplicarse el artículo 28 LH y su contra excepción en favor de los adquirentes de legitimarios o herederos forzados, donde no cabría aplicar la primera regla de este artículo.

El tema más controvertido del artículo 28 LH ha sido el del alcance de su aplicación y eficacia. Es decir, si puede aplicarse solo a los supuestos del derecho común español, o también a los regidos por los derechos forales y extranjeros donde no existen los pretendidos legitimarios, o lo son de forma distinta a la contemplada en el derecho común. De este modo, al no existir legitimarios en sentido estricto, la contra excepción del segundo párrafo del artículo 28 LH no se aplicaría, por lo que actuaría siempre la suspensión de efectos de la fe pública del primero. Es decir, el adquirente de un legitimario «foral», normalmente con legítima *pars valoris* (los legitimarios son titulares de parte alícuota del valor de la herencia, realmente tienen un crédito contra la herencia), no resultaría protegido durante el periodo de dos años, pudiendo perder su derecho frente al verdadero heredero real; mientras que el adquirente de un legitimario «común», con legítima *pars bonorum* (los legitimarios son titulares o cotitulares de los bienes concretos de la herencia), sí que resultaría protegido. Esto no deja de ser una contradicción que conviene poner de relieve, y nos lleva a la necesidad de

averiguar si, en la contra excepción del artículo 28 LH, caben como herederos forzosos los legitimarios *pars valoris*, o incluso aquellos herederos que transmiten que no son legitimarios por no existir esa figura en la ley que rige la sucesión⁸.

Estos han sido los temas que la jurisprudencia ha tratado respecto de este artículo en dos resoluciones de la Dirección General de los Registros del Notariado, muy parecidas ambas, y prácticamente las únicas existentes sobre este artículo 28 LH, lo que pone de manifiesto la casi nula relevancia práctica del mismo, como ya se adelantó.

La Resolución de la DGRN de 30 de octubre de 2019 consideró aplicable el artículo 28 LH a una sucesión hereditaria regida por el derecho inglés donde no existe una institución similar a la legítima, debiendo suspenderse la fe pública registral por el periodo establecido, sin que quepa cancelar la anotación de tal suspensión. Se trataba de la inscripción de una compraventa de una finca sita en España, cuyo transmitente era un heredero en una herencia regida por el derecho inglés. Ese heredero no era un heredero forzoso, porque no existe esa figura en el Reino Unido, por lo que se inscribió la limitación de efectos de la fe pública. Se solicita por el recurrente la cancelación de dicha suspensión. La DGRN, lejos de considerar que no es aplicable el artículo 28 LH y la suspensión de la fe pública por tratarse de una sucesión regida por ley extranjera, afirma que tal condición «refuerza su objetivo y finalidad». Argumenta para ello, que el artículo 28 LH no busca comprobar la existencia de legitimarios, sino de herederos reales, y que el Reglamento europeo de sucesiones (Reglamento UE núm. 650/2012) dota a este artículo de un especial significado. En concreto, afirma lo siguiente: «Es fácil deducir, por tanto, que el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, ni en su actual redacción ni en sus anteriores versiones se dirige —especialmente— a la comprobación de la existencia de legitimarios, titulares de partes reservadas, en la terminología del instrumento europeo, —como considera el recurrente— sino principalmente a la comprobación de herederos voluntarios o beneficiarios de la sucesión. 11. La facilitación de las sucesiones internacionales tras la entrada en aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012, no solo no excluye la limitación temporal que establece el precepto, sino que le dota de un especial significado acercándose, nuevamente, a su contexto histórico. Su interés y utilidad se fundamenta de una parte, en las especiales normas previstas en el instrumento europeo para las disposiciones «mortis causa» (arts. 3.1, 24 y 25 basadas en la ley putativa referida a la residencia habitual en defecto de «*professio iuris*») y de otra, en la dificultad probatoria de los elementos de hecho relevantes en la aplicación de la ley extranjera. 12. Este último elemento, es de especial interés en un ordenamiento como el nuestro que admite la sustanciación de las sucesiones por la autoridad española aplicando, sin embargo, una ley extranjera (considerandos 27 y 43 y artículos 4 a 12, 21, 22, 27, 31 y 31, entre otros). A ello debe añadirse la evidente dificultad en exigir y probar la existencia y anotación en un Registro de títulos testamentarios. La norma europea, para las herencias causadas tras su aplicación, dificulta los criterios de búsqueda dadas las especiales normas de validez material y formal de las disposiciones mortis causa. [arts. 26 y 27 del Reglamento (UE) núm. 650/2012]. Por todo ello, la aplicación de la ley extranjera, máxime de un tercer Estado no europeo a la sucesión «mortis causa», no solo es compatible con el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, sino que refuerza su objetivo y finalidad».

En la Resolución de la Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica (DGFPSJ) de 12 de junio de 2020 se considera asimismo aplicable el artículo 28 LH a la sucesión regulada por el derecho catalán donde la legítima se considera

como *pars valoris bonorum*. Se trataba de la inscripción de la adquisición de la propiedad de una finca adquirida por legado en una sucesión regida por el derecho catalán, en la que constaba la limitación de efectos de la fe pública registral, solicitándose por los propios legatarios la cancelación de tal limitación, al acreditar mediante acta de notoriedad la no existencia de legitimarios en este caso, antes de haber transcurrido el plazo de dos años que marca el artículo 28. El registrador deniega la cancelación solicitada, pues entiende que es aplicable esa limitación de efectos, aunque no haya legitimarios, y no procede cancelar hasta transcurrido el plazo señalado. El recurrente alega asimismo que el artículo 28 no debe aplicarse a una sucesión regida por la ley catalana, pues el sistema de legítimas del derecho común y el catalán son muy diversos, y el artículo 28 debe aplicarse solo al derecho común. La DGFP SJ confirma la decisión del registrador, y repite los argumentos de la anterior resolución de 2019, en el sentido de considerar que el fundamento del artículo 28 LH no es comprobar la existencia de los legitimarios, sino de otro heredero real que deba ser preferido al aparente durante ese periodo de 2 años.

Establece también esta resolución que para aplicarse la contra excepción del párrafo segundo del 28 LH (que no haya suspensión), en el adquirente que se va a preferir al heredero real deben concurrir dos requisitos: que adquiera de heredero no forzoso, y que sea un tercero del 34 LH. En este caso, resultará claramente protegido desde el inicio, y no se aplicará la suspensión de efectos.

Pero, además, en esta resolución encontramos argumentos para entender que, dentro de ese «heredero forzoso» transmitente del adquirente protegido, caben los legitimarios propios del derecho común, como también los legitimarios *pars valoris*, o *pars valoris bonorum* como es el caso catalán. Si a ese legitimario *pars valoris bonorum*, le hubiesen satisfecho el valor de su legítima con un bien concreto de la herencia, y luego lo hubiese transmitido a un tercero que inscribe, estaríamos ante la excepción del segundo párrafo del artículo 28, gracias al juego de la aplicación de los artículos 451.1, 451-15 y 451-11 del Código Civil catalán.

La resolución lo expresa de la siguiente forma: «Para la determinación de quienes sean los legitimarios habrá que estar a la legislación civil aplicable. El recurrente alega que la naturaleza de la legítima en Derecho civil común y en Derecho civil catalán es distinta. Efectivamente, el artículo 451.1, Código Civil catalán señala que «la legítima confiere a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que este puede atribuirles a título de institución hereditaria, legado, atribución particular o donación, o de cualquier otra forma». Por su parte el artículo 451-15, señala: «1. El heredero responde personalmente del pago de la legítima y, si procede, del suplemento de esta. 2. El legitimario puede solicitar la anotación preventiva de la demanda de reclamación de la legítima y, si procede, del suplemento en el Registro de la Propiedad. 3. Si la legítima se atribuye por medio de un legado de bienes inmuebles o de una cantidad determinada de dinero, el legitimario también puede solicitar, si procede, la anotación preventiva del legado. El legado simple de legítima no tiene a tal efecto la consideración de legado de cantidad y no da lugar, por sí mismo, a ningún asentamiento en el Registro de la Propiedad». Por lo tanto, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 21 de noviembre de 2018, hay que partir de una clara afirmación, cual es que la legítima en ese derecho civil especial es un derecho de crédito (sin garantía real alguna «de lega data») que determinados parientes tienen contra los herederos del causante, no siendo exacto seguir calificándola como «*pars valoris bonorum*», dado que el legitimario

carece de acción real. Afirmaciones, estas, claramente avaladas por preceptos como el citado artículo 451-1 del Código Civil catalán, que presenta la legítima como el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor que este puede atribuir por cualquier título; o el artículo 451-15.1, según el cual responde el heredero personalmente del pago de la legítima y en su caso de su suplemento. Sin olvidar, por último, que, conforme al artículo 451-11, es el heredero quien decide, si no lo ha hecho antes el causante, cómo se paga la legítima, si en dinero, aunque no lo haya en la herencia, o en bienes relictos. Ahora bien, lo anterior no implica ni la inexistencia de la legítima ni el hecho de que esta pueda satisfacerse en bienes de la herencia. El artículo 451-11 «Pago de la legítima» del Código Civil catalán, señala: «1. El heredero o las personas facultadas para hacer la partición, distribuir la herencia o pagar legítimas pueden optar por el pago, tanto de la legítima como del suplemento, en dinero, aunque no haya en la herencia, o por el pago en bienes del caudal relícto, siempre y cuando, por disposición del causante, no corresponda a los legitimarios percibirlos por medio de institución de heredero, legado o asignación de un bien específico, atribución particular o donación». Por ello «si el tercero adquiere los bienes de la herencia del legitimario, por habérsele satisfecho a este con dichos bienes su crédito, estará protegido por la fe pública registral al serle aplicable la excepción del segundo inciso del artículo 28 de la Ley Hipotecaria, de forma que dicho tercero devendrá inatacable en su adquisición».

En conclusión, el artículo 28 LH es aplicable igualmente a una sucesión que se rija por el Derecho catalán y aunque no haya legitimarios, ya que pretende buscar y favorecer a los herederos reales frente a los aparentes, pero asimismo es aplicable su excepción del párrafo segundo cuando existan legitimarios conforme al derecho civil catalán, y se adquiera de ellos.

III. DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 28 LH: ¿EFICACIA RETROACTIVA?

En cualquier caso, dada la obsolescencia, el cambio de circunstancias históricas, la poca utilidad práctica del mismo y, sobre todo, las dificultades y desventajas que su aplicación supone para el tráfico jurídico inmobiliario, el artículo 28 LH se ha eliminado de nuestro ordenamiento y ya no tiene aplicación ni eficacia desde el pasado 3 de septiembre de 2021. En consecuencia, ya no deberá hacerse constar tal limitación de efectos en el Registro a partir de entonces.

Esta eliminación radical del artículo genera nuevos problemas: ¿Qué ocurre con esas limitaciones de efectos de fe pública ya inscritas en el registro cuando todavía no han transcurrido los dos años que el artículo establece? ¿Deben cancelarse o mantenerse?

Esto es lo mismo que preguntarnos si la eliminación del artículo 28 LH, con su limitación de efectos, debe tener eficacia retroactiva o no. Está claro que, a partir de ahora, toda adquisición por parte de un tercero de un heredero no forzoso, si cumple el resto de los requisitos del artículo 34 LH, está plenamente protegida frente a cualquiera, *erga omnes*, incluido por supuesto el heredero real que antes se pretendía proteger. Vuelve a aplicarse la regla, el principio hipotecario de fe pública en todo su desarrollo (aunque no puede olvidarse que este a su vez es una excepción al sistema tradicional civil de transmisión de la propiedad⁹). A partir de ahora —3 de septiembre de 2021— ninguna inscripción de adquisición de este tipo que llegue al Registro incluirá tal limitación de efectos. El problema persiste en aquellas inscripciones que sí estaban afectadas por tal limitación de

efectos, y todavía no ha transcurrido el periodo de suspensión de 2 años desde la muerte del causante. ¿Debe cancelar de oficio el registrador tal anotación? ¿Debe solicitarlo la parte interesada?

La mayoría de la doctrina se inclina por pensar que la derogación del artículo 28 LH debe aplicarse de forma retroactiva, y debe tenerse por no existente tal limitación de efectos inscrita, al menos en todos aquellos casos en los que no se haya iniciado contienda judicial al respecto. A pesar de ser una excepción al principio de irretroactividad de las leyes, ya que tal eficacia retroactiva no está contemplada en la ley expresamente, puesto que el legislador se ha limitado a eliminarlo sin decir nada acerca de su eficacia a las situaciones anteriores, no puede olvidarse que el artículo 28 LH es también una excepción y por tanto debe interpretarse restrictivamente.

La doctrina entiende que así debe ser, puesto que, como ya hemos adelantado antes, la aplicación práctica de este artículo y las desventajas enormes que suponen para el tráfico jurídico así lo aconsejan, tal y como afirma la propia exposición de motivos de la Ley 8/2021 que recoge su eliminación: «se elimina el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, dado que los supuestos que eventualmente este artículo está llamado a proteger son muy residuales en comparación con el perjuicio que ocasiona en la sucesión de colaterales y extraños y la perturbación del tráfico, generando situaciones antieconómicas». Resume muy bien los argumentos a favor de la retroacción, MARTORELL, haciendo eco de lo expresado por OÑATE¹⁰, y sintetiza sus argumentos de la siguiente forma:

- «El artículo 28 LH establecía una excepción al principio de fe pública registral y, como toda excepción, ha de interpretarse restrictivamente.
- No era una norma sustantiva que atribuyese derechos subjetivos concretos, sino una norma procedural, de manera que el derecho a reivindicar del supuesto heredero real no se lo daba ni se lo quitaba este precepto.
- Tampoco se sabe si existe este heredero real, con lo cual no hay titular de derecho alguno que se vea afectado, ni siquiera una expectativa mientras no se demande y se anote registralmente tal demanda.
- Registralmente no tenía la consideración de carga que exija un especial procedimiento para su cancelación, simplemente era la constatación de una limitación legal a la eficacia del asiento.
- Así ha sido entendido, por ejemplo, en relación al supuesto análogo del 1939 del Código Civil por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2020».

En efecto, la no consideración de carga que recaiga sobre el inmueble —como ya afirmó la STS de 22 de enero de 2010 para la limitación de efectos fe pública del artículo 207 LH—, ya dividió a los registradores, en cuanto a la necesidad o no de hacerla constar en el Registro, resolviéndose mayoritariamente por los beneficios de su constancia, a pesar de tratarse de una simple limitación, pero necesaria para dar seguridad en el tráfico pues suponía la excepción a la fe pública registral. Pero, precisamente, el hecho de no ser una carga real, hace que la retroactividad del 28 LH sea más fácilmente defendible, del mismo modo que, al ser una mera limitación de efectos, sin tratarse de una carga real, ni mucho menos procurar un derecho subjetivo, debe facilitarse su eliminación del registro en todas aquellas inscripciones a las que esté afectando. La seguridad del tráfico así parece exigirlo cuando no se están perjudicando intereses particulares, sino mas bien lo contrario.

IV. CONCLUSIONES

I. El artículo 28 LH supone una limitación de efectos de la fe pública registral durante un periodo de dos años, a contar desde la muerte del causante, en aquellas adquisiciones onerosas de un bien inmueble que el transmitente adquirió por medio de herencia o legado, sin ser heredero forzoso.

II. Se trata de una excepción al principio de fe pública registral, pues ese subadquirente no puede alegar la protección de la fe pública registral frente a quien le reclame dicho inmueble por tratarse del propietario legítimo por ser el verdadero heredero.

III. El fundamento o la justificación de este artículo se encuentra en otorgar preferencia al heredero real frente al aparente inscrito en el Registro, basado en razones históricas, por la dificultad de conocimiento de la apertura hereditaria real que antaño se ocasionaba, dada la —a veces— gran distancia física de los verdaderos herederos, y la ausencia de un registro de últimas voluntades, y medios tecnológicos para poner en comunicación dicha sucesión hereditaria.

IV. La contra excepción a la excepción que recoge este artículo se encuentra en su párrafo segundo, ya que cuando los herederos que transmiten el inmueble sean herederos forzosos, no habrá suspensión de fe pública, ya que entiende el legislador que en estos casos es muy difícil la existencia de otro heredero real distinto de este.

V. Por herederos forzosos deben entenderse por supuesto los *legitimarios pars bonorum*, propios del derecho civil común, en los que pensaba el legislador para esta excepción, pero también se aplica y afecta a esos *legitimarios pars valoris, o pars valoris bonorum* propios de los derechos forales; o incluso en aquellas sucesiones en las que no existan legitimarios, por no tener un sistema de legítima propio de nuestro ordenamiento. La aplicación del artículo 28 LH se ha extendido a través de la interpretación jurisprudencial.

VI. Pero, hoy en día, las razones de su inclusión en la Ley Hipotecaria no tienen sentido, pues es fácil y rápido poder conocer la apertura de la sucesión y los llamados a la misma. Además, la escasísima utilidad práctica de este artículo, pues es muy poco frecuente una sucesión hereditaria en favor de personas distintas de los herederos forzosos, hace que no se vea necesario justificar su presencia.

VII. Todo ello unido a las desventajas que tal artículo supone para la seguridad y agilidad del tráfico jurídico, debido a que los herederos o legatarios (no legitimarios) se encuentran con verdaderas dificultades a la hora de vender los inmuebles que han heredado, precisamente por no dar seguridad a la adquisición de su comprador, y a la dificultad añadida de que ningún banco querrá financiar dicha compra por idéntico motivo, aconsejan a todas luces su derogación.

VIII. Esto es lo que hizo la Ley 8/2021, que elimina directamente dicho artículo, poniendo fin a un precepto legal que, como decimos, interrumpe o condiciona las transmisiones inmobiliarias por falta de seguridad jurídica.

IX. Esa eliminación debe afectar, por supuesto, a las sucesivas y posteriores sucesiones a partir de su entrada en vigor (3 de septiembre de 2021), pero, entiendo que también debe aplicarse con cierta retroactividad a aquellos supuestos que ya se habían producido, que están sometidos todavía a la limitación de efectos de los dos años porque estos no han transcurrido, y siempre que no haya contienda sobre la adquisición.

X. Las razones para sostener dicha «retroactividad» son que el supuesto contemplado en el artículo 28 LH es una excepción a nuestro principio de fe pública registral, y por tanto debe interpretarse restrictivamente; además no recoge

una carga o gravamen para el inmueble sino solo una limitación, por lo que su eliminación es más sencilla sin necesidad de un procedimiento de cancelación; y por último, este artículo ni otorga ni quita ningún derecho subjetivo al heredero aparente que puede seguir reivindicando el inmueble si así lo considera y tiene justificación para ello.

XI. En definitiva, la eliminación del artículo 28 LH me parece adecuada, justa y coherente con un sistema de seguridad jurídica de calidad y sin fisuras que es el que debe defenderse y mantenerse en nuestro ordenamiento.

V. RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- 22 de enero de 2010
- 20 de enero de 2020

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- 4 de septiembre de 2019
- 30 de octubre de 2019

DIRECCIÓN GENERAL DE FE PÚBLICA Y SEGURIDAD JURÍDICA

- 12 de junio de 2020

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BANKINTER, <https://www.bankinter.com/blog/finanzas-personales/desaparece-articulo-mas-injustos-ley-hipotecaria>
- MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A. (2021). ¿Nadie va a derogar nunca el artículo 28 de la Ley Hipotecaria? *El Notario del siglo XXI*, núm. 99, septiembre-octubre, 1-8, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10638-nadie-va-a-derogar-nunca-el-articulo-28-de-la-ley-hipotecaria>.
- MARTORELL, V. (2021). La supresión del artículo 28 de la Ley Hipotecaria por la ley 8/2021: de la obsolescencia a la modernidad, pasando por la contradicción. *Notarios y Registradores*, disponible en <https://www.notariosyregidores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/supresion-articulo-28-ley-hipotecaria/#>.
- PÉREZ RAMOS, C. (2021). Pretendiendo explicar una posible reforma del artículo 28 de la Ley Hipotecaria. *Revista El Notario del Siglo XXI*, núm. 99, septiembre-octubre, 1-6, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10636-pretendiendo-explicar-una-posible-reforma-del-articulo-28-de-la-ley-hipotecaria>.
- SERRANO DE NICOLÁS, A. (2021). Artículo 28 Ley Hipotecaria, sus vicisitudes históricas y sentido actual. *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 1 (enero-marzo, 2021), 51-92, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216.

VALLS I XUFRÉ, J.M. (2021). Artículo 28 de la Ley Hipotecaria. Una anomalía anacrónica a revisar. *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre, núm. 99, 1-9, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10637-articulo-28-de-la-ley-hipotecaria-una-anomalía-anacrónica-a-revisar>.

NOTAS

¹ Sobre el origen y evolución histórica del artículo 28 LH, véase SERRANO DE NICOLÁS, A. (2021). Artículo 28 Ley Hipotecaria, sus vicisitudes históricas y sentido actual. *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 1 (enero-marzo, 2021), 51-92, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216.

² No deja de sorprender que se aprobara este artículo en 1946 para facilitar el «greso» de los herederos de las «colonias» españolas, cuando Cuba, la última de nuestras colonias se perdió en 1898. Por lo tanto y como sugiere la redacción de Bankinter, en su blog, probablemente este artículo ya nació obsoleto. Véase: <https://www.bankinter.com/blog/finanzas-personales/desaparece-articulo-mas-injustos-ley-hipotecaria>

³ SERRANO DE NICOLÁS, A. (2021). Artículo 28 Ley Hipotecaria, sus vicisitudes históricas y sentido actual, *ob. cit.*, 78.

⁴ PÉREZ RAMOS, C. (2021). Pretendiendo explicar una posible reforma del artículo 28 de la Ley Hipotecaria. *Revista El Notario del Siglo XXI*, núm. 99, septiembre-octubre, 5, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10636-pretendiendo-explicar-una-possible-reforma-del-articulo-28-de-la-ley-hipotecaria>.

⁵ En este sentido, manifiesta MADRIDEJOS FERNÁNDEZ que el Registro de Últimas Voluntades «se trata de un registro informativo y que, en todo caso, debe prevalecer el testamento posterior, figure o no registrado, pero también lo es que los errores son estadísticamente mínimos y en la inmensa mayoría de los pocos casos en que tales errores existen resulta posible su subsanación a posteriori», y continua este autor explicando en relación a la posibilidad de testamentos no inscritos que «Es cierto que el problema puede derivarse de la existencia de testamentos ológrafos, que no acceden al Registro de Últimas Voluntades, y que, si tardan en aparecer y protocolizarse, pueden propiciar que se abra la sucesión con base en un testamento notarial revocado por el ológrafo o en una declaración de herederos abintestato improcedente. Pero, frente a ello, hay que señalar, una vez más, que no se puede generalizar una solución extraordinaria en atención a situaciones patológicas que estadísticamente son muy escasas ya que el número de testamentos ológrafos es insignificante frente al de testamentos notariales, que el problema de los testamentos ológrafos se plantea tengan o no los sucesores la condición de herederos forzados y que, en cualquier caso, la solución del artículo 28 LH sería solo parcial, puesto que se suspende la fe pública registral durante dos años siendo así que el plazo previsto por el Código civil para su protocolización es de cinco años». Véase MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A. (2021). ¿Nadie va a derogar nunca el artículo 28 de la Ley Hipotecaria? *El Notario del Siglo XXI*, núm. 99, septiembre-octubre, 4, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10638-nadie-va-a-derogar-nunca-el-articulo-28-de-la-ley-hipotecaria>

⁶ MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A. (2021). ¿Nadie va a derogar nunca el artículo 28 de la Ley Hipotecaria?, *ob. cit.*, 3: «En este sentido, creo que el artículo 28 intentar resolver, de forma fragmentaria (solo si el que hereda no es legitimario, es decir, excluyendo la mayoría de los casos) y temporal (por el plazo arbitrario de dos años), un problema que muy pocas veces se da en la práctica, imponiendo con carácter general una solución prevista para una situación patológica excepcional, lo que supone que para proteger a unos hipotéticos beneficiarios, muy escasos en la práctica, se generan gravísimos problemas en la sucesión por colaterales o extraños y se produce un grave quebranto del tráfico».

⁷ Véase: <https://www.bankinter.com/blog/finanzas-personales/desaparece-articulo-mas-injustos-ley-hipotecaria>

⁸ Sobre la aplicabilidad del artículo 28 LH a los derechos forales, y la dificultad que esto entraña por las diferentes figuras contempladas en ellos, véase VALLS I XUFRÉ, J.M. (2021).

Artículo 28 de la Ley Hipotecaria. Una anomalía anacrónica a revisar. *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre, núm. 99, 1-9, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10637-articulo-28-de-la-ley-hipotecaria-una-anomalia-anacronica-a-revisar>

⁹ Véase en este sentido a PÉREZ RAMOS, C. (2021). Pretendiendo explicar una posible reforma del artículo 28 de la Ley Hipotecaria, *ob. cit.*, 5: «Y es que si fueran frecuentes los casos en que aparecieran herederos reales cuyos derechos fuesen burlados tendría sentido mantener un precepto como el artículo 28 LH, porque si la aplicación del artículo 34 LH se convierte en la regla general y no en la excepción se estaría pervirtiendo el sistema; y es que el artículo 34 LH es el último dique, el mecanismo de seguridad que se activa cuando el sistema de transmisión del dominio falla».

¹⁰ VICENTE MARTORELL recoge las palabras de Javier OÑATE en el chat de Telegram *Vanguardia Notarial*, en su artículo: MARTORELL, V. (2021). La supresión del artículo 28 de la ley hipotecaria por la ley 8/2021: de la obsolescencia a la modernidad, pasando por la contradicción. *Notarios y Registradores*, disponible en <https://www.notariossyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/supresion-articulo-28-ley-hipotecaria/#>.