

DEROGADO, POR FIN, EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY HIPOTECARIA: ¿Y AHORA QUÉ?

Jesús-Julián Fuentes Martínez
Notario

«Tres palabras rectificadoras del legislador,
y bibliotecas enteras de derecho se convierten en basura.»
JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN

«[...] el principio de seguridad jurídica, [...], no ampara la necesidad de preservar
indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico
dado en relación con derechos o situaciones determinadas.»
Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre

1. BREVE EXCURSUS HISTÓRICO

Hace ya bastantes años leí con verdadero interés un libro de Antonio Hernández Gil que agrupaba varios artículos, o ensayos, del autor bajo el título *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*.¹ El primero de los ensayos versaba, precisamente, sobre el sentido y el alcance de la cita que abre este artículo, y el ilustre civilista lo titulaba así: «El viejo anatema contra el saber de los juristas».

Vaya por delante que la frase de Von Kirchmann me parece del todo exagerada, pues siempre he creído que, en la dogmática alemana, quien realmente acertó fue el gran Ihering, quien, en un libro ya clásico, dejó muy claro que la lucha es el trabajo eterno del derecho: «Si es una verdad ganarás el pan con el sudor de tu frente, no lo es menos añadir también: solamente luchando alcanzarás tu derecho». Y a fe que la derogación del artículo 28 de la Ley hipotecaria (LH) ha costado, pues ha supuesto una no desdeñable lucha.

1. Pamplona, Civitas, 2016 (última edición) (Cuadernos Civitas). También recogido en Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, Madrid, Espasa Calpe, 1987.

He querido traer a colación estas dos reflexiones iniciales para poner de relieve que tal vez la derogación —ansiada derogación— del artículo 28 LH hace bueno —al menos por esta vez— el anatema al que aludía Hernández Gil, porque si un precepto ha hecho verter ríos de tinta en los últimos tiempos —y al final para nada—, ha sido el tan traído y llevado artículo 28 LH. Y la solución final pudiera haber sido otra, en caso de haberse optado por reducir drásticamente el periodo de dos años de suspensión de la fe pública registral, suavizándola para situarla en un ámbito más acorde con las necesidades actuales de la sociedad y con las posibilidades que hoy ofrecen la tecnología y la comunicación. Pero no adelantemos conclusiones.

En efecto, el 3 de septiembre de 2021 pasó a mejor vida (en tanto que fue derogado por el artículo 3.2 de 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, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* [BOE] el 3 de junio) el precepto de la Ley hipotecaria que, con toda seguridad, ha levantado y provocado más polémica en los últimos tiempos. Dicho artículo 28 rezaba así:

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. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos.

Dicho esto, soy consciente de que el título de este trabajo llamará la atención, pero ha sido elegido deliberadamente, pues lo que principalmente me propongo abordar aquí no es, en modo alguno, la exégesis —realizada en su momento por cualificados juristas— en orden a determinar el alcance del precepto, sino clarificar la situación que, a mi juicio, se origina una vez operada la derogación de aquel (recordemos, desde el 3 de septiembre de 2021), respecto de inscripciones registrales anteriores a su vigencia en las que indebidamente —a mi juicio— se haya hecho constar tal suspensión de la fe pública registral.

Y cuando digo indebidamente, estoy adelantando mi postura y la conclusión final de este trabajo, que no es otra que la imperatividad de eliminar, en los libros del Registro, cualquier referencia al artículo derogado, cuya pretendida ultraactividad aun sería posible para algunos mientras no hubieran transcurrido dos años desde la muerte del causante cuyo óbito provocó un determinado asiento registral.

Pero antes de abordar a fondo la cuestión principal que se suscita en el título de este trabajo, es preciso llevar a cabo una doble tarea. La primera es una breve reseña del devenir histórico de un precepto que a día de hoy ha desaparecido, de forma radical y definitiva, de nuestro ordenamiento jurídico. La segunda es analizar las causas que suscitaron la gran polémica desatada en torno al precepto hoy derogado y que trascendió con mucho el ámbito jurídico, pues devino una cuestión que —se llegó a decir— afectaba al buen funcionamiento del mercado y a la solvencia económica de

muchas familias necesitadas de vender bienes inmuebles o de obtener créditos apor-tándolos en garantía. Pero avancemos en la exposición.

1.1. BREVE RESUMEN HISTÓRICO

Un breve resumen histórico pone de relieve cómo las finalidades que motivaron al legislador a introducir una norma como la hoy felizmente derogada, obedecieron a unas circunstancias históricas tiempo ha superadas por la propia evolución social y de las instituciones destinadas a proporcionar seguridad jurídica, hasta convertirla en absolutamente obsoleta y gravemente perturbadora para el tráfico jurídico.

Es perfectamente conocido que la primitiva Ley hipotecaria de 1861 no contemplaba —para estos casos— ningún tipo de limitación de la fe pública registral; limitación que fue introducida en virtud de la reforma operada por la Ley de 21 de diciembre de 1869. Por obra de esta reforma, el primer inciso del precepto derogado se introdujo como párrafo segundo del artículo 23 de la citada Ley, si bien el plazo que se tenía en cuenta —y se fijó— era el de cinco años a contar desde la fecha de la inscripción; la doctrina destaca, además, que la expresión que empleó entonces el legislador fue «no perjudicará a tercero», en lugar de la que posteriormente se adoptó de «no surtirán efecto en cuanto a tercero». La razón aducida por el legislador de 1869 para introducir el precepto pasaba por considerar la imposibilidad de probar legalmente que un testamento, que se presenta como título para verificar la inscripción, no estuviera destruido por otro posterior otorgado con cláusula derogatoria (cláusulas *ad cautelam* que ya en su día el Código civil común proscribió), o por haberlo revocado el testador; y que el derecho de los parientes de un finado, declarados sus herederos *ab intestato*, puede desaparecer por presentarse otros parientes más inmediatos.

Parémonos un momento y reflexionemos acerca de cuáles eran las preocupaciones del legislador decimonónico y cuán alejadas están de la realidad actual, social y jurídica, y de la seguridad que prestan el servicio y la función notarial, tanto en sucesiones testadas como intestadas, por lo que convendremos que casos como los que preocuparon al legislador del siglo XIX hoy no se dan; o se dan en casi inexistente proporción (yo, en casi treinta y seis años de ejercicio profesional, no me he encontrado con ninguno). Es preciso añadir que la excepción para el caso de las inscripciones a favor de herederos forzosos se introdujo en la Ley hipotecaria por la Ley de 17 de julio de 1877.

Como acertadamente pone de relieve el profesor Domínguez Luelmo en su Ley hipotecaria comentada,² esas dificultades a las que aludió el legislador en el preám-

2. Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *Comentarios a la Ley hipotecaria*, 3a ed., Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2019, p. 622 y sig.

bulo de la Ley de 1869 quedaron en parte superadas a través de un mecanismo que —remarco— ha demostrado con creces su eficacia a lo largo de su ya larga vida, el Registro General de Actos de Última Voluntad, creado por el Real decreto de 14 de noviembre de 1885. Así, la reforma de la Ley hipotecaria de 21 de abril de 1909 redujo de cinco a dos años el plazo de suspensión y, además, modificó la expresión «perjudicar a tercero» por la de «no surtir efecto en cuanto a tercero».

Llegamos, así, al antecedente más próximo, puesto que la versión final y definitivamente derogada del artículo 28 la proporciona la Ley de 30 de diciembre de 1944, que introduce una variación, sin duda de calado, respecto de la redacción del precepto entonces vigente: el *dies a quo* del cómputo de los dos años pasa a ser la fecha de la muerte del causante, en vez de la fecha de la inscripción. Y el Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley hipotecaria, contiene una disposición transitoria, la séptima, con una redacción de la que más adelante extraeremos consecuencias para interpretar el alcance de la derogación operada recientemente. La citada disposición transitoria reza así:

La limitación de efectos de las inscripciones de herencia establecida en el artículo veintiocho sólo se computará en la forma establecida por el mismo en las inscripciones practicadas a partir del primero de julio de mil novecientos cuarenta y cinco. En las practicadas con anterioridad, dicha limitación se regirá por lo establecido en la legislación anterior.

1.2. LA PRÁCTICA JURÍDICA EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO

Detengámonos en la fecha antes reseñada, que marca la vigencia del texto refundido de la Ley hipotecaria hasta la reciente derogación del precepto, avancemos hasta el 3 de septiembre de 2021 y hagamos una reflexión acerca de lo que ha sido el devenir habitual de la práctica jurídica, en el ámbito inmobiliario, hasta fechas no muy alejadas en el tiempo: el artículo 28 de la Ley hipotecaria parece que no existía, aunque existía. Y me explicaré.

En efecto —resulta obvio—, conocíamos perfectamente el alcance del precepto en cuestión y así lo manifestábamos —yo por lo menos— a los otorgantes cuando nos encontrábamos ante una transmisión en la cual el transmitente —su adquisición *mortis causa*— se encontraba dentro del plazo de dos años citado; sin embargo, la situación no planteaba mayores problemas y yo, personalmente, no me he topado con ningún caso en el que se haya desistido de alguna operación por tal circunstancia, hubiera o no —dato este especialmente importante— financiación hipotecaria de por medio.

¿Por qué? Pues sencillamente porque, como acertadamente pone de relieve mi admirado compañero Ángel Serrano de Nicolás (y cito literalmente) en referencia al precepto derogado:³

No es ninguna carga o gravamen lo que resulta del art. 28 LH, ni puede colisionar con el art. 207 LH, ni necesita de nota marginal para su eficacia. Podría resumirse cuanto hasta aquí se ha dicho, y también lo que sigue, en que el art. 28 LH lo único que hace —como sus antecesores arts. 23 de las sucesivas reformas— es suspender la fe pública registral (lo único y podría decirse que no puede hacer más), y, por tanto, no otorga protección durante dos años, a los que adquieran o sean acreedores hipotecarios del heredero inscrito (pero que resulta ser únicamente heredero aparente), lo que no quiere decir que por haber adquirido o hipotecado en dicho plazo ya no van a quedar protegidos, sino que a lo más que puede pasar es que se impugne, aunque cierto que de triunfar con efectos radicales pues no se goza de la fe pública registral, y al adquirente se le cancelaría su inscripción; pero, a la vez, debe tenerse presente que únicamente podrán hacerlo el heredero real o sus causahabientes, y durante dicho plazo de dos años desde la muerte; por tanto, transcurrido el mismo —y salvo que se haya iniciado la impugnación y haya accedido al Registro en dicho plazo— quedarán ya definitivamente protegidos, al margen las acciones y responsabilidades que se puedan exigir heredero real y aparente; obviamente también es aplicable el art. 33 LH cuando sean otros los problemas de que pueda adolecer el título inscrito (singularmente falta de poder de disposición), pero esto sale del ámbito del art. 28 LH, que lo único que hace es excepcionar durante dos años, desde la muerte, la fe pública registral.

No es, pues, el art. 28 LH ninguna carga o gravamen que se tenga que publicar de ninguna manera, ni que pueda considerarse como tal carga o gravamen a ningún efecto. No es sino una mera limitación temporal de efectos (que no de la facultad dispositiva), unido a que —en el caso del art. 28 LH— ni siquiera contempla, ni lo ha contemplado nunca la Ley Hipotecaria, ninguna nota marginal, a diferencia del art. 207 LH, ni puede, por otra parte, cancelarse acreditando nada, pues lo que se pudiera o no acreditar ya está acreditado, unido a que no hay forma de acreditar el hecho negativo de que no surja ninguna de las posibles situaciones que se intentan proteger [...].

3. «Artículo 28 Ley Hipotecaria, sus vicisitudes históricas y sentido actual», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 1/2021, p. 51-92; edición electrónica en la web *Notarios y Registradores*, <www.notariosregistradores.com> (consulta: 22 abril 2021).

Y el problema es que, a partir de un determinado momento, comienza a aparecer, en algunas informaciones o notas registrales (subrayo lo de algunas porque en muchísimas, una gran mayoría, no se indica nada), la referencia al artículo 28 LH respecto de determinada adquisición, bien como carga propiamente dicha, bien denominándola de otra manera. Y aquí comenzó el gran debate, del que se hicieron eco tantas y tantas informaciones periodísticas, pues esa referencia paralizó no pocas transacciones y operaciones de financiación, originándose así el gran —y convulso— debate que ha terminado con la derogación lisa y llana del precepto.

1.3. POSIBLE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY HIPOTECARIA A LA TITULARIDAD DOMINICAL

Como digo, la situación generada a raíz del reflejo, en las informaciones registrales —y en la forma que fuera—, de la posible aplicación del artículo 28 LH a la titularidad dominical que publicaba el Registro respecto de determinado disponente (transmitente, hipotecante...), originó que muchas transacciones inmobiliarias se vieran literalmente abajo y que la financiación se cerrara; no solo para aquellos adquirentes que imperiosamente necesitaban financiar la adquisición acudiendo al crédito hipotecario (existiendo esa situación especial respecto de la titularidad registral), sino también para quienes, simplemente, pretendían obtener financiación aportando en garantía un bien adquirido *mortis causa*.

Y la práctica nos mostró casos verdaderamente dramáticos, como uno que viví en persona en el que una heredera (no de un extraño) de cierta edad vio frustrada una venta al negar el banco la financiación al comprador (porque aparecía en la nota la limitación...). Y la pobre señora necesitaba vender con cierta urgencia simplemente para poder mejorar su calidad de vida, si bien la situación se pudo salvar (hasta que transcurrieran esos dos años...) formalizando un arrendamiento con opción de compra y anticipando el comprador una no desdeñable cantidad que permitió a la mujer —con la inestimable ayuda de un comprensivo comprador— salvar airosamente la situación. Como se puede comprender enseguida, los dos afectados (frustrados transmitente y adquirente) no entendían nada, y nada consideraban razonable ante una situación en la que yo no podía ofrecerles una explicación mínimamente razonable y justa. Terrible.

Y, como es de suponer, intentos doctrinales de restringir la aplicación de un precepto que se mostraba gravemente perturbador para el tráfico y completamente alejado de las necesidades de la práctica, de la economía y del valor constitucional de la seguridad jurídica, los hubo —y no pocos—. Ello, sin olvidar —como se destacaba con insistencia— que la propia terminología empleada por el precepto (ciertamente arcaica o en desuso respecto de la expresión «herederos forzosos») chocaba de manera evidente con determinadas regulaciones civiles forales especiales. Con dos legis-

laciones en especial, y me sirvo suavemente de la autoridad de mi compañero Ángel Serrano para explicarlo:⁴

EFFECTOS ESPECÍFICOS EN EL ÁMBITO CATALÁN Y NAVARRA. Con el actual art. 465-2 CCCat más la evolución histórica de la legislación hipotecaria, que se ha reseñado *in extenso*, debe considerarse totalmente superada la discusión sobre si era o no aplicable el art. 28 LH en Cataluña, pues lo es íntegramente (incluso para el cónyuge viudo que no es heredero forzoso), dado que nada tiene que ver ni en cómo, ni con qué bienes se paga la legítima, sino que desde la reforma de 1944, se atiende al aspecto subjetivo, pues difícilmente no serán herederos forzosos y solo ellos los que alegan serlo, como no ofrece duda sobre el cónyuge, al que solo se le pueden anteponer los herederos forzosos, que tampoco existirá duda de quienes son, por lo que la suspensión de la fe pública registral, en esta legislación igualmente solo encuentra sentido para los herederos colaterales o extraños, y ello al margen de que exista más o menos cuidado en la legislación estatal al contemplar la existencia de legislación civil propia, lo que produce considerables dudas en su aplicación. Por ello, y como señala la, ya citada, RDGSJPF de 12 junio 2020, para un supuesto de derecho catalán, en que se entremezcla la naturaleza de la legítima, que es unánimemente reconocida como un mero derecho de crédito, y la aplicación en Cataluña del art. 28 LH, debe admitirse que: «Por lo tanto, al remitir dicho artículo [o sea, el art. 465-2.2 CCCat] a la regulación de la legislación hipotecaria, los bienes no estarían excluidos de la restitución hasta pasados los dos años de suspensión del artículo 28 de la Ley Hipotecaria; transcurrido dicho plazo y consolidada la adquisición a favor del tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, conforme se ha dicho, sería de aplicación lo dispuesto en el apartado 3 del citado artículo 465-2». Poco más hay que decir, salvo que ya claramente consideraban al cónyuge entre los excepcionados de la suspensión de la fe pública registral, la STS 9 julio 1957, por incluir entre los herederos forzosos al cónyuge, por razón de la cuarta vidual catalana entonces vigente; y, aunque relativa a otra fase histórica, la STS 11 mayo 1909, que considera que solo se refiere a la cuota legal usufructuaria, lo que en la evolución posterior no es exacto, pues como he reiterado se atiende al aspecto subjetivo, no así se reciben los bienes por legítima o como de libre disposición del causante. Pues puede ofrecer pocas dudas si hay o no ascendientes o descendientes del causante, y ahora ya está antepuesto a los colaterales.

Para Navarra debe estarse a su Fuero Nuevo, en el que ya están específicamente protegidos en una forma concreta, por su legislación civil; por ello, resulta

4. En el citado trabajo. Deben tenerse muy en cuenta las observaciones del profesor Domínguez Luelmo en sus comentarios antes citados, que ponen de relieve la diferencia de redacción del art. 465-2 CCCat respecto de su antecedente, el art. 64 del Código de sucesiones.

un tanto superfluo el art. 28 LH, pues, incluso aunque no actúe la legislación hipotecaria, ya está protegido si el heredero aparente actuaba de buena fe, aunque éste deberá restituir lo obtenido [...].

1.4. LOS INTENTOS Y PROPUESTAS DE REFORMA

Los notarios abogamos siempre por una modificación radical, cuando no por la supresión del precepto; y citaré ahora las cualificadísimas opiniones de tres destacados compañeros, publicadas en *El Notario del Siglo XXI*.

a) Para Josep Maria Valls:⁵

Atendido el ínfimo número de testamentos ológrafos que se otorgan, la eficacia de nuestro Registro General de Actos de Última Voluntad y la realidad del conocimiento inmediato de la muerte de una persona y de la descendencia que ha tenido, propugno la derogación del artículo 28 LH, precepto que solo protege al negligente, siendo suficiente para el diligente la anotación preventiva del artículo 46 LH.

También se podría modificar el artículo 28 LH, con un nuevo texto en el que se redujera el plazo y se ampliase el ámbito subjetivo de la excepción. En cuanto al plazo, tres meses, que además es lo que tarda normalmente una herencia en quedar inscrita en el Registro de la Propiedad. Respecto a la excepción, que se incluyan, no los herederos forzosos o legitimarios, sino a los parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Incluso le cambiaría el sentido del precepto para no violentar ningún principio hipotecario y olvidar ya esa anomalía que constituye el artículo 28 LH y que podría decir: «hasta transcurridos tres meses desde la muerte del causante no podrán acceder al Registro las adquisiciones hereditarias en favor de personas que no sean parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad».

b) Para Carlos Pérez Ramos:⁶

Pues bien, los casos de debilidad del título sucesorio son posibles, sobre todo en los llamamientos a la sucesión intestada de colaterales, pero ciertamente son rarísimos hasta el punto de que si en un buscador de jurisprudencia se intro-

5. «Artículo 28 de la Ley Hipotecaria. Una anomalía anacrónica a revisar», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 96 (enero-abril 2021).

6. «Pretendiendo explicar una posible reforma del artículo 28 de la Ley Hipotecaria», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 96 (enero-abril 2021).

duce el término «artículo 28 de la Ley Hipotecaria», únicamente aparecen tres resultados (lo aplican dos Resoluciones, la citada y la de 4 de septiembre de 2019, y una sentencia del TS de 9 de julio de 1957).

No se puede obviar que cuando se introdujo el artículo 28 en la Ley Hipotecaria, no existía el Registro General de Actos de Última Voluntad, y actualmente la posibilidad de hijos desconocidos que no hayan reclamado sus derechos son excepcionales, y en las declaraciones de herederos de colaterales es frecuente que el notario publique anuncios en el BOE, que es accesible por internet desde cualquier lugar del mundo.

En fin, no parece que el título sucesorio sea tan inseguro como mencionó la Resolución de 12 de junio de 2020 por lo que en mi opinión estaría justificada la supresión del artículo 28 LH, puesto que la razón que motivó su creación se ha ido diluyendo en el tiempo. Es verdad que puede aparecer un heredero real, que incluso puede ser un legitimario, pero su interés, por muy respetable que sea, no lo es más que el del verdadero dueño en la venta de cosa ajena y no por ello se evita la aplicación del artículo 34 LH. Una solución intermedia consistiría en reducir el plazo de suspensión de la fe pública de dos años a uno; de esta forma se estaría cerrando el paso a inexactitudes del Registro, dando al heredero real un plazo breve pero tampoco cortísimo para reaccionar, y no se paralizaría el tráfico durante mucho tiempo.

Finalmente, lo que no me parece admisible mientras el precepto no sea suprimido es la postura que adoptan algunos registradores de la propiedad de no incluir la referencia al artículo 28 LH en la nota simple informativa registral. Para justificarlo se aduce que la Ley Hipotecaria no exige su mención, a diferencia del artículo 207 LH, y que sobre todo se trata de un límite legal, argumento que devalúa profundamente la publicidad registral y que dudo que judicialmente ante una reclamación de daños y perjuicios pueda tener algún recorrido: ¿de verdad que al comprador que se fió que en la nota simple se decía que la finca se vendía libre de cargas y que pertenecía al vendedor, y que fue al notario, inscribió su compra y pagó TPO, y los honorarios de uno y otro, se le puede decir cuando aparezca el heredero real que sin más debe perder su dominio aunque nada decía la nota porque era un límite legal? ¿Acaso no dirá que entonces para qué sirve el Registro, si no se puede fiar de lo que en él se publica?

c) Y para Alfonso Madríguez:⁷

En definitiva, el artículo 28 LH, intentando solucionar un problema que muy rara vez se da, complica sobremanera la sucesión de colaterales y extraños,

7. «¿Nadie va a derogar nunca el artículo 28 de la Ley Hipotecaria?», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 96 (enero-abril 2021).

dificulta el tráfico jurídico y, muchas veces, obliga a mantener vacía una vivienda durante dos años de forma injustificada y antieconómica, por lo que su subsistencia no puede explicarse más que por la desidia del legislador.

Según noticias de última hora, a propuesta del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) se ha introducido una enmienda en el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, aprobado en el Congreso y ahora en tramitación en el Senado, por la que se da al artículo 28 LH la siguiente redacción: 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. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos, así como las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por título de sucesiones sujetas a Derechos civiles forales o especiales.

La justificación de la enmienda era evitar los efectos perjudiciales que el artículo 28 LH proyecta sobre los derechos civiles territoriales en los que la configuración de la legítima no es una parte de los bienes de la herencia, sino una parte del valor de los mismos, que puede ser libremente atribuido por el testador. Sin embargo, lo cierto es que el texto propuesto no hace diferencias entre los diversos derechos civiles forales y, de hecho, la aplicación del artículo 28 LH ya había sido excluida por la DGSJFP en las sucesiones regidas por una ley foral en la que la legítima se configura como *pars valoris*. En todo caso, si el texto llega a aprobarse definitivamente se estaría suprimiendo la limitación de la fe pública del artículo 28 LH en todas las sucesiones sujetas al derecho foral, con independencia de cuál sea la configuración de la legítima en cada territorio foral, pero, inexplicablemente, se mantendría la limitación, con toda su problemática, en todas las sucesiones sujetas a la legislación civil común, lo que supondría desaprovechar una gran oportunidad de suprimir, con carácter general y para todos los ciudadanos, una norma perturbadora y, hoy en día, carente de fundamento. Sería deseable que en lo que queda de tramitación parlamentaria se pueda reflexionar sobre la conveniencia de una reforma mucho más lógica y radical: la supresión pura y dura, en toda España, del artículo 28 LH.

1.5. DOS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Hay dos resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) (antes Dirección General de los Registros y del Notariado [DGRN]) que se enfrentan con el citado precepto —entonces vigente— y que tal vez debieron

discurrir por otros derroteros, muy especialmente la segunda, a la vista de las especialidades del derecho civil catalán.⁸

1.5.1. *Solicitud de cancelación de la limitación del artículo 28 de la Ley hipotecaria practicada en una herencia cuyo causante es inglés*

En respuesta al recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador de la propiedad de Estepona núm. 1, la Resolución de 4 de septiembre de 2019 de la DGRN acuerda denegar la práctica de la cancelación en relación con la limitación temporal del artículo 28 de la Ley hipotecaria y su *ratio* fundamental se basa en dos ideas básicas: la aplicación de la ley extranjera a la sucesión *mortis causa* no solo es compatible con el artículo 28 LH, sino que refuerza su objetivo y finalidad; practicado un asiento, este se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales.

El supuesto contemplado consiste en la presentación en el Registro de la Propiedad de una escritura de venta de una finca adquirida por herencia, abierta la sucesión con posterioridad al 17 de agosto de 2015, debidamente inscrita, y en la solicitud incidental de la cancelación de la limitación de efectos de la fe pública registral del artícu-

8. Es de indudable autoridad la opinión del registrador Antonio Cumella en el blog *Conflegal* el 25 de enero de 2021:

En todo caso, la inaplicación e inviabilidad del artículo 28 de la LH en el ordenamiento sucesorio catalán responde a varias razones:

Primera: contradice los precedentes históricos que rigen en Cataluña las relaciones entre el heredero real y el heredero aparente. El origen directo de la regulación en Cataluña se halla en el Senado-consulta Juvenciano (escuela proculeyana), conforme al cual quedaba vedada toda reivindicación o reclamación frente al adquirente del heredero aparente, con independencia de que la transmisión realizada por éste se hubiese formalizado o no en los dos años siguientes a la muerte del causante. Y esta irreivindicabilidad fue la que recogió el artículo 275 de la Compilación y posteriormente pasó al artículo 64 del Código de sucesiones con idéntica redacción. Sin embargo, el actual número 2 del artículo 465-2 CCC, a diferencia de sus precedentes, excluye de la restitución a «los bienes adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe, de acuerdo con lo establecido por la legislación hipotecaria», lo que dio pie a pensar que el legislador catalán optaba por el reconocimiento de la aplicabilidad del artículo 28 de la Ley hipotecaria en Cataluña, idea ésta que viene además avalada por la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 de junio de 2020.

Segunda: el legitimario catalán es titular de un derecho de crédito frente al heredero que por tal razón no debe limitar la disponibilidad de los bienes que integran el caudal relicto. La titularidad de ese crédito hereditario por parte del legitimario debe protegerse por el ordenamiento jurídico en la misma forma y bajo idénticos parámetros que la de cualquier acreedor. Lo que resulta contraproducente es, por mor de la aplicación del artículo 28 LH, restringir o limitar la disponibilidad de los bienes hereditarios, máxime cuando en la mayoría de las ocasiones la obtención del dinero preciso para satisfacer la legítima se obtiene con la propia enajenación o gravamen de dichos bienes.

lo 28 LH a dos años desde la muerte del causante, por estar sujeta la sucesión al derecho inglés, donde no existen las legítimas.

El registrador inscribe la transmisión, pero suspende la cancelación solicitada, pues el sistema registral y sus efectos se rigen por la ley española, con independencia de la legislación aplicable al negocio que pretende acceder al Registro buscando amparo en los especiales efectos tuitivos que derivan de la inscripción.

Contra la nota anterior, el notario autorizante interpone un recurso en el que, entre otras consideraciones, expone:

La aplicación del precepto de forma generalizada a ciudadanos sujetos a legislaciones de clara inspiración anglosajona, sin limitación alguna en las facultades dispositivas *mortis causa*, supondría una clara desvirtualización del mismo y su aplicación más allá de su letra y espíritu. En países donde no hay legítimas, ¿qué razón de ser tendría la protección del heredero real, que por esencia no existe? En el mismo sentido, la aplicación del precepto de forma indiscriminada, conllevaría hacer obsoleto y contradictorio el propio artículo; en casos de inexistencia de legítima, la protección del heredero real (inexistente) por vía del art. 28 LH, no podría tener más fundamento que la teórica aparición de algún otro título sucesorio, y esto puede ocurrir haya o no herederos forzosos, pero para estos, el precepto se declara expresamente excepcionado. ¿No estamos extralimitando el precepto?... En legislaciones donde solo hay herederos voluntarios, el precepto estaría descontextualizado, realizaría la protección de unos derechos sucesorios que ningún precepto del ordenamiento en cuestión contempla y en favor de unos «herederos reales» que por definición no existen.

La DGRN desestima el recurso y confirma la calificación registral en base a:

— Ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones de la UE: el artículo 1.2l del Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio, excluye del ámbito de aplicación del Reglamento «[...] cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un Registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo». Por tanto, los efectos de la inscripción se regirán por el derecho español.

— Respecto a si la ley aplicable y su ámbito, tal como se regulan en los artículos 21, 22, 23 y 83 del Reglamento, pueden ser relevantes a los efectos de la constancia registral de la limitación temporal del artículo 28 LH, señala que el fundamento de esta disposición es la inseguridad en el título sucesorio por 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 en parte de la sucesión. Y como se valora

más improbable, salvo preterición, esta circunstancia en herederos forzosos, el segundo inciso exceptúa las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos. Por ello entiende que el artículo 28 LH, ni en su redacción actual ni en sus versiones anteriores, no se dirige —especialmente y como considera el recurrente— a la comprobación de la existencia de legitimarios —titulares de partes reservadas, en la terminología del instrumento europeo—, sino principalmente a la comprobación de herederos voluntarios o beneficiarios de la sucesión. Y concluye que la aplicación de la ley extranjera a la sucesión *mortis causa*, máxime de un tercer estado no europeo, no solo es compatible con el artículo 28 LH, sino que refuerza su objetivo y finalidad.

— Por último —añade—, una vez practicado un asiento, aun no tratándose de una carga o gravamen (Sentencia del Tribunal Supremo [STS] de 13 de mayo de 2013), sino de la expresión de la limitación temporal de efectos de la fe pública (art. 28 LH), el asiento practicado está bajo la salvaguardia de los tribunales y no es posible su cancelación, por cuanto no existe un determinado interesado, si no es, en su caso, por resolución judicial.

1.5.2. *Sobre una posible cancelación de las limitaciones del artículo 28 de la Ley hipotecaria en una sucesión regida por el derecho civil catalán*

En relación con el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador titular del Registro de la Propiedad de Berga por la que se deniega la inscripción de un acta notarial de cancelación de las limitaciones del artículo 28 LH, la Resolución de 12 de junio de 2020 de la DGSJFP entiende que la suspensión de la fe pública registral recogida en el artículo 28 LH protege al sucesor real frente al aparente, no solo al legitimario, y se aplica aunque no existan legitimarios o la legítima sea un derecho de crédito.

Hechos: en el Registro figura inscrita una finca a título de legado y se presenta una acta de notoriedad en la que el notario afirma que el causante «carecía de parientes que tengan la condición de legitimarios conforme a la legislación civil catalana» «al efecto de cancelar la limitación de efectos de la fe pública registral prevista en el art. 28 LH».

El registrador deniega la cancelación solicitada, ya que la suspensión de la fe pública que establece el citado precepto solo deja desplegar sus efectos por el transcurso del plazo que el mismo artículo señala, esto es, dos años a contar desde la muerte del causante, por lo que no es posible, por tanto, cancelar la constancia registral de dicha suspensión.

Al margen de la cuestión relativa a la competencia para resolver el recurso, se planteó si eran cancelables las limitaciones del artículo 28 LH, verdadera cuestión de fondo que el centro directivo resuelve confirmando la calificación registral negativa.

Tras realizar un repaso histórico sobre el artículo 28 LH y su fundamento, la Resolución señala que dicho precepto aplica:

— Como regla general una suspensión de la fe pública en el caso de conflicto entre el heredero aparente, titular registral, y el real, protegiendo a este con la suspensión de efectos para quienes adquieran de aquel. Para que pueda cancelarse la limitación del art. 28 LH será necesario el transcurso de dos años desde el fallecimiento del causante y que el adquirente reúna las condiciones del art. 34 LH.

— Una excepción. La existencia de un heredero real distinto del aparente se valora más improbable, salvo preterición, en el caso de existir herederos forzosos, que cuentan con la condición de herederos por reconocimiento legal. Por ello exceptúa, de la limitación de efectos de la fe pública respecto de terceros adquirentes, las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos. En consecuencia, la excepción a la suspensión de efectos de la fe pública registral que establece el art. 28 se sostiene en dos requisitos cumulativos: adquirir de un heredero forzoso y hacerlo con las condiciones exigidas por el art. 34 LH.

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, es un derecho de crédito (arts. 451.1 y 451.15, Código civil catalán). 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 (art. 451-11). 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 art. 28 LH, de forma que dicho tercero devendrá inatacable en su adquisición. En cualquier caso, la inaplicabilidad de la excepción no implica que no sea aplicable la regla general.

Respecto de la acción de petición de herencia, afirma el recurrente que no hay en Cataluña ninguna diferencia en la acción de petición de herencia según se plantee la acción contra un heredero aparente que sea legitimario o contra un heredero aparente que no lo sea, pero en este sentido hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 465-2 (régimen jurídico del heredero aparente), el cual hace una remisión a la regulación de la legislación hipotecaria, por lo que los bienes no estarían excluidos de la restitución hasta pasados los dos años de suspensión del art. 28 LH. Transcurrido dicho plazo y consolidada la adquisición a favor del tercero del art. 34 LH, conforme se ha dicho, sería de aplicación lo dispuesto en el apartado 3 del citado art. 465-2.

1.6. PRIMER INTENTO LEGISLATIVO DE REFORMA

Un primer intento legislativo de reforma tuvo lugar ya en la fase de tramitación parlamentaria de la Ley 8/2021. Me refiero a la enmienda 51 al Proyecto de ley, presentada en el Congreso por el Partido Nacionalista Vasco (PNV), que proponía esta redacción para el precepto hoy derogado:

Artículo 28. 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. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos, así como las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por título de sucesiones sujetas a derechos civiles forales o especiales.

La solución, a mi juicio, era realmente mala: primero, porque seguía manteniendo una terminología absolutamente arcaica; además, el tenor del precepto, en sí mismo, resultaba claramente discriminatorio y partía de un prejuicio apriorístico al presuponer, equivocadamente, que en los territorios con derecho civil especial o foral propio solo se aplica a las herencias el derecho especial, y no el común, algo por completo equivocado, tal y como nos recuerda cada día la práctica. Es más, es perfectamente posible que a la sucesión de un bien determinado se apliquen dos legislaciones distintas, lo que, de haberse aprobado la enmienda propuesta, hubiera conducido a un auténtico disparate (por ejemplo, sería el caso de dos copropietarios con distinta vecindad civil que conmueren).

Posteriormente y en la tramitación parlamentaria en el Senado, prosperó una enmienda que, lisa y llanamente, proponía la derogación del precepto, postura que finalmente triunfó. Son de reseñar las siguientes —y esclarecedoras— frases de la exposición de motivos de la Ley publicada finalmente en el BOE:

[...] 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 [...].

2. CÓMO INTERPETAR LA DEROGACION REALIZADA Y, EN ESPECIAL, QUÉ IMPLICA Y QUÉ ALCANCE TIENE RESPECTO DE ASIENTOS PRACTICADOS ANTES DE SU ENTRADA EN VIGOR

Voy a exponer dos posturas que, como veremos, son por entero opuestas.⁹ Al final expondré mi posición sobre el particular.

2.1. ENFOQUE NOTARIAL

Desde el campo notarial y para Vicente Martorell:¹⁰

4.2. Situación transitoria

La Ley 8/2021 carece de previsión transitoria alguna para las sucesiones causadas antes del 3 de septiembre de 2021, limitándose a decir que se suprime el artículo 28 de la Ley hipotecaria.

Entiendo que ello supone que la limitación del antiguo artículo 28 de la Ley hipotecaria dejará de aplicarse incluso a las sucesiones causadas antes de dicha fecha, aunque no hubiese transcurrido el plazo de 2 años, salvo que ya se hubiera promovido contienda judicial al respecto.

Por lo mismo, en el caso de que dicha limitación se hubiera anotado en el Registro de la Propiedad, podrá ser cancelada a simple instancia del titular registral o de oficio al practicarse cualquier asiento, pues no tiene la consideración de carga, sino que era una simple limitación legal cuya constancia registral ni siquiera estaba prevista.

Traslado los argumentos de mi compañero Javier Oñate en favor de las consecuencias anteriormente expuestas:

— El art. 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 procedimental, de manera que el derecho a reivindicar del supuesto heredero real no se lo daba ni se lo quitaba este precepto.

9. Todas ellas publicadas en la web *Notarios y Registradores*, <www.notariosyregistradores.com> (consulta: 22 abril 2021).

10. Vicente MARTORELL, «La supresión del art. 28 de la Ley Hipotecaria por la Ley 8/2021: de la obsolescencia a la modernidad, pasando por la contradicción», *Notarios y Registradores* (en línea), 3 de junio de 2021, <www.notariosyregistradores.com> (consulta: 22 abril 2021).

— 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 art. 1939 del Código civil por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2020.

[...]

[...], la Ley 8/2021 ha suprimido radicalmente este art. 28 LH, desde su entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021.

Entiende, además, la doctrina mayoritaria, que dicha supresión es también de aplicación a las sucesiones causadas antes de su entrada en vigor y respecto de las cuales no se hubiese promovido contienda judicial y anotado la demanda.

En consecuencia:

— Pueden esperar a dicha fecha o anticipar la operación, es decisión suya. Depende ya del comprador si quiere seguir adelante o esperar. También de la entidad de crédito, las cuales he visto que tienen distintas políticas al respecto: continuar con la operación en función de la confianza que les merezcan los antecedentes, retirarse en todos los casos, admitirlo sólo cuando el comprador lo va a destinar a su vivienda habitual, rechazarlo en el caso de destinarse a la promoción inmobiliaria o a la reventa, la «importancia» para ellos del cliente, etc.

— Llegada dicha fecha, si la mención registral al art. 28 LH les entorpece la operación, pueden solicitar previamente su cancelación, pues no es una carga que exija un especial procedimiento sino una limitación legal que ha sido suprimida. Caso de que el Registro de la Propiedad se negase a cancelarla, soliciten una calificación formal por escrito al respecto, a los efectos de interponer el correspondiente recurso.

2.2. ENFOQUE REGISTRAL

a) Para Antonio Manuel Oliva Izquierdo:¹¹

[...] en cuanto al artículo 28 de la Ley hipotecaria se refiere, queda el mismo suprimido, con fecha 3 de septiembre de 2021, por el apartado segundo del artí-

11. Antonio Manuel OLIVA IZQUIERDO, «Principales novedades y preceptos a destacar, desde una perspectiva registral, de la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Notarios y Registradores* (en línea), 2 de septiembre de 2021, <www.notariosyregistradores.com> (consulta: 22 abril 2021).

culo 3 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Este precepto, que no contiene previsión transitoria alguna para las sucesiones causadas antes del 3 de septiembre de 2021, se limita a suprimir el citado artículo 28 de la Ley hipotecaria, lo que plantea una importante problemática. A este respecto, y ante la falta de una regulación específica, debe acudir, dada su aplicación supletoria, al primer inciso de la disposición transitoria primera del Código civil, que establece que «se registrarán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca».

Como resultado, puede entenderse que el régimen jurídico de dicho artículo 28 de la Ley hipotecaria ha de ser el siguiente:

1) Hasta el 2 de septiembre de 2021 inclusive (último día en vigor del artículo 28 de la Ley hipotecaria), ha de seguir aplicándose el artículo 28 de la Ley hipotecaria a las inscripciones por herencia o legado que entren dentro de su ámbito de aplicación, por hallarse dicho precepto vigente al no haberse introducido disposición transitoria alguna al respecto.

2) Desde el 3 de septiembre de 2021 inclusive en adelante (entrada en vigor de la supresión del artículo 28 de la Ley hipotecaria), no debe aplicarse en lo sucesivo la limitación legal de dicho precepto a inscripciones por herencia o legado que hubieran entrado dentro de su ámbito de aplicación, por haberse suprimido el mismo con dicha fecha por el apartado segundo del artículo 3 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en relación con su disposición final tercera.

3) En cuanto a las cancelaciones de la limitación legal del artículo 28 de la Ley hipotecaria, hemos de distinguir tres supuestos diferentes:

i) entre el 3 de junio de 2021 y el 2 de septiembre de 2021 inclusive: han de cancelarse las limitaciones legales del artículo 28 de la Ley hipotecaria, conforme vayan caducando por haber transcurrido dos años desde la muerte del causante, en virtud de instancia o con la práctica de cualquier operación al amparo del artículo 353 del Reglamento hipotecario, al hallarse todavía vigente el referido artículo 28 de la Ley hipotecaria.

ii) entre el 3 de septiembre de 2021 y el 2 de septiembre de 2023 inclusive: deben cancelarse las limitaciones legales del artículo 28 de la Ley hipotecaria, conforme vayan caducando según hayan transcurrido dos años desde la muerte del causante, en virtud de instancia o con la práctica de cualquier operación al amparo del artículo 353 del Reglamento hipotecario, por haber sido practicadas bajo el imperio del citado artículo 28 de la Ley hipotecaria, entonces vigente.

iii) A partir del 3 de septiembre de 2023: necesariamente todas las limitaciones prevenidas por el artículo 28 de la Ley hipotecaria estarán caducadas, con independencia de la fecha del fallecimiento del causante, al no haberse podido introducir desde el 3 de septiembre de 2021, por lo que se podrán cancelar con mera instancia en cualquier momento o con la práctica de cualquier operación al amparo del artículo 353 del Reglamento hipotecario.

b) Para Emma Rojo:¹²

El próximo viernes día 3 de septiembre queda suprimido el artículo 28 de nuestra Ley hipotecaria como consecuencia de la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

El fundamento del artículo 28 LH se encontraba, según la doctrina tradicional, en la inseguridad del título sucesorio toda vez que podían aparecer en el último momento parientes del causante que no hubieran sido tenidos en cuenta o bien, un testamento de fecha posterior en el que se nombrara un heredero diferente. Como ha quedado expuesto, la Ley 8/2021, ha previsto la supresión del artículo 28 LH.

¿Cómo proceder desde el punto de vista registral respecto de las inscripciones practicadas con anterioridad? ¿Y respecto de las posteriores a dicha fecha? El día 3 de septiembre, ¿debemos proceder a cancelar todos los asientos en los que consten inscritos la limitación del artículo 28 LH?

Tras la Ley 8/2021, la práctica registral, en mi opinión, debe ser la siguiente:

I. Las inscripciones de herencia o legado que se inscriban antes del día 3 de septiembre, siguen las reglas generales por todos conocidos, es decir, todas las inscripciones de herencia o legado que se practiquen a favor de personas que no sean herederos forzosos se rigen por el artículo 28 y se hará constar que no surtirán efecto respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de muerte del causante.

II. Sin embargo, a partir del viernes, día 3 de septiembre, cualquier inscripción de herencia o de legado, ya sea la inscripción a favor de herederos forzosos o de otras personas, se practicará sin necesidad de hacer constar la limitación de efectos contemplada con anterioridad en el citado precepto y ello, aunque el causante haya fallecido con anterioridad al 3 de septiembre. Por lo tanto, con posterioridad al 3 de septiembre no se hace referencia alguna en la inscripción a la limitación de efectos del —antiguo— artículo 28 LH.

III. Respecto de los asientos ya practicados con anterioridad al 3 de septiembre y que consten inscritos en el Registro, no se procede a su cancelación automática toda vez que los asientos del Registro producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud por lo que hasta que no transcurran dos años desde la muerte del causante no podrán ser canceladas.

12. Emma ROJO, «Tema del mes: el 3 de septiembre y el art.28 LH», *Notarios y Registradores* (en línea), 31 de agosto de 2021, <www.notariosyregistradores.com> (consulta: 22 abril 2021).

c) Por último y también en la misma web, *Notarios y Registradores*, se hacen las siguientes indicaciones:¹³

La supresión del artículo 28 la argumenta la E. de M. alegando que los supuestos objeto de protección 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.

Aunque, a primera vista, parece razonable que se pudiera solicitar la cancelación formal de las existentes a partir del 3 de septiembre de 2021. Ésta es una cuestión muy opinable al carecer de disposición transitoria al respecto la Ley 8/2021, por lo que, de entender que resulta aplicable supletoriamente la D. Tr. 1ª Cc, habría que esperar al transcurso de dos años desde la fecha del fallecimiento del causante. En tal caso habría que considerar «derecho nacido durante la legislación anterior» a la expectativa de mayor protección que concede la normativa previa a los herederos forzosos no tenidos en cuenta en la herencia inscrita. Sería deseable que el Centro Directivo se pronunciase al respecto.

2.3. OPINIÓN DEL AUTOR

Voy a exponer seguidamente mi opinión personal, si bien, puesto que en las opiniones que se han reseñado se trae a colación el concepto de *retroactividad*, no está de más recordar que ni la Constitución ni la ley determinan qué es o qué debe entenderse «legalmente» por efecto retroactivo, por lo que tienen importancia ciertas distinciones que aporta la doctrina jurídica, que ha venido distinguiendo tres grados de retroactividad: en grado máximo, la nueva ley se aplica a la relación jurídica creada bajo el imperio de la ley antigua en todos sus efectos, tanto consumados como no consumados; en grado medio, la nueva ley se aplica solo a los efectos nacidos con anterioridad pero que aún no se han consumado, y se respetan los ejecutados conforme a la ley anterior; en grado mínimo, la nueva ley se aplica a las situaciones anteriores, pero solo respecto de los efectos que se producirán (ejecutarán, consumirán) en el futuro.

En este punto, creo obligado traer a colación la autoridad doctrinal de Federico de Castro, quien, mucho antes de la reforma del título preliminar del Código civil en 1975 y, por supuesto, de la Constitución, en su ya clásico *Derecho civil de España*¹⁴ nos decía lo siguiente, aludiendo a casos de aplicación de la nueva ley con efectos retroactivos:

13. «Ley de apoyo a las personas con discapacidad: resumen y enlaces» (editorial), *Notarios y Registradores* (en línea), 7 de julio de 2021, <www.notariosyregistradores.com> (consulta: 22 abril 2021).

14. Tomo I, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, p. 726 y sig. (reimpresión de la edición de 1954).

[...] las leyes pueden exigir su cumplimiento aunque con efectos retroactivos, aunque no lo hayan declarado mediante una cláusula especial; habrá, por tanto, casos de retroactividad por declaración expresa, y otros, en que se deduce del contexto de la ley [...]. 2. Por declaración tácita de la ley. Se entiende que la ley impone el efecto retroactivo cuando así lo requieren su sentido, carácter y fin. Hay disposiciones de tal clase que, por su mismo carácter, implican normalmente un acto retroactivo. Constituyen las formas típicas de la retroacción tácita, y su enumeración puede auxiliar la labor interpretativa. Pueden señalarse las siguientes: [...] e) Las disposiciones que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme, en cuanto sólo concediendo efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta.

Y en una nota a pie de página precisaba, respecto de la última afirmación: «Las que establecen, por ejemplo, un nuevo régimen o modifican el existente sobre el tráfico inmobiliario; carácter general e inmediato de la Ley hipotecaria [...]».

Criterios, estos, acerca de la determinación del grado de retroactividad y la posibilidad de aplicarla vía interrupción, que no han pasado muchas veces desapercibidos para las resoluciones de la DGRN (hoy DGSJFP). Sirvan de ejemplo las afirmaciones que se contienen en la Resolución de 27 de enero de 2012 de la entonces DGRN:

[...]

La segunda cuestión, directamente relacionada con la anterior [habida cuenta de la distinta normativa aplicable en momentos diferentes del documento, tales como el otorgamiento y la inscripción], es la admisibilidad o no de la irretroactividad de las normas aplicables [...]. Como regla general, el artículo 2.3 del Código civil establece que «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario», irretroactividad que igualmente proclama el artículo 9.3 de la Constitución española en relación con las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. El principio de la irretroactividad se asienta en «los deseos de certeza y seguridad jurídica y el respeto de los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas beneficiosas» (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1984), con la consecuencia de que la interpretación de las normas de derecho transitorio ha de realizarse en sentido restrictivo y, por tanto, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas.

Las sentencias del Tribunal Constitucional de 3 de febrero de 1981 y 7 de mayo de 1981 apoyan la existencia de una retroactividad *a sensu contrario* de las normas favorables, la de 11 de noviembre de 1981 niega la existencia en el caso contemplado de una retroacción de norma desfavorable y la de 6 de julio de 1982 niega la posibilidad de aplicar la retroactividad «en grado máximo» ya que ello «iría contra la misma seguridad jurídica que su artículo 9.3 garantiza». El Tribunal Supremo, en Sentencia de 25 de junio de 1980, niega la posibilidad de la retro-

acción a una orden ministerial, pues ese efecto es patrimonio de las disposiciones con rango de ley, y la Sentencia de 26 de enero de 1982 admite la posibilidad de la aplicación retroactiva de las leyes nuevas en los casos de disposición expresa de la ley, cuando se desprenda ello del propio contenido de la nueva norma y cuando sean interpretativas, complementarias o ejecutivas de una ley principal. Niegan la retroactividad de aquellas disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos las sentencias de 13 de octubre de 1981, 10 de enero y 5 de marzo de 1982.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, en doctrina reiterada (sentencias de 10 de abril de 1986 y 29 de noviembre de 1988), dulcifica o limita el alcance del principio de irretroactividad, señalando esta última sentencia que «no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas y cuyos efectos no se han consumado, pues una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución española, cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, ya que lo que prohíbe el artículo citado es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad», añadiendo también el Tribunal Constitucional (Sentencia de 4 de febrero de 1983) que el principio de la irretroactividad no puede presentarse como defensa de una inadmisibile petrificación del ordenamiento jurídico. Con rotunda claridad se pronuncia la Sentencia de 16 de julio de 1987 al establecer que «la prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros y condicionados o a las expectativas».

También el Tribunal Supremo limita el alcance del categórico pronunciamiento que realiza el artículo 2.3, distinguiendo, para ello, entre una derogación expresa y otra tácita de las normas, a los efectos establecidos en el citado artículo, por resultar ésta de la «ratio o finalidad de la Ley» (Sentencia de 17 de mayo de 1984). En ocasiones el Tribunal Supremo alude a una «retroactividad débil o de primer grado», como la Sentencia de 11 de octubre de 1988, que expresamente dice que «el silencio de una norma en orden a su retroactividad, si bien, conforme al principio proclamado por el artículo 2.3 del Código civil, impide su aplicación a hechos o relaciones que hubieran producido todos sus efectos bajo el imperio del anterior orden normativo, no siempre conduce a igual solución respecto de los efectos de dichas relaciones que se produjeran después de la entrada en vigor de la nueva regulación, pues la retroactividad débil o de primer grado puede venir impuesta, sin necesidad de mandato expreso en tal sentido, cuando así se derive del espíritu y finalidad de aquélla, en cuyo caso sus disposiciones habrán de entenderse aplicables a los tratos futuros de la relación en curso de ejecución». En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 23 de mayo de 1989, que admite la

retroactividad de la ley no sólo cuando se manifieste expresamente en tal sentido, sino también cuando se «pueda deducir del sentido de la ley, resultando patente el propósito del legislador», propósito que se presume en las «disposiciones aclaratorias o interpretativas de las leyes, en las que suplan lagunas legales y en las procesales» (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1988 y 9 de abril de 1992, que dan una relación no exhaustiva, sino meramente enunciativa de leyes con efectos retroactivos).

Por tanto, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo admiten la aplicación retroactiva de las normas a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, siempre que los efectos jurídicos de tales actos no se hayan consumado o agotado y siempre, claro está, que no se perjudiquen derechos consolidados o situaciones beneficiosas para los particulares, infringiéndose, en estos casos, la retroactividad del sentido, el espíritu o la finalidad de la ley. También la doctrina admite la retroactividad tácita de la ley y de este modo se pronuncia a favor de la retroactividad de las normas interpretativas; las complementarias, de desarrollo o ejecutivas; las procesales, pero sólo en lo relativo a que los actos de ejercicio de derecho nacidos con anterioridad a aquéllas han de sujetarse a sus trámites y procedimientos; y, por último, las que pueden establecer regímenes uniformes o acabar con abusos o incomodidades, añadiendo que el intérprete encontrará una orientación en las disposiciones transitorias del Código civil.

Así pues, esta jurisprudencia es clarificadora en cuanto a los siguientes puntos: 1. El principio general de la irretroactividad de las leyes. 2. La posibilidad de retroactividad en determinadas situaciones sin perjuicio de los derechos consolidados o situaciones beneficiosas para los particulares. 3. Que no se menciona nada en esta jurisprudencia sobre irretroactividad de doctrina, y menos aún de la dictada en resoluciones de este centro directivo. 4. Que se admite la retroactividad de las normas interpretativas, complementarias, de desarrollo o ejecutivas, pero siempre de una forma controlada y moderada y en cuanto no lesione o perjudique los derechos adquiridos con anterioridad [...].

Y se preguntará el —paciente— lector por qué traigo a colación esta doctrina; y la razón es que para mí supone un claro apoyo a la evidencia —y necesidad— de entender perfectamente posible la cancelación inmediata de cuantas menciones registrales puedan constar en el Registro a día de hoy en referencia al derogado artículo 28, incluso cuando no haya transcurrido aun el plazo de dos años a contar desde la muerte del causante.

Y es que con razón afirmaba el profesor Lacruz Berdejo¹⁵ que la opción entre los distintos grados de retroactividad suele obedecer a motivos de política y ética

15. José Luis LACRUZ BERDEJO, «Introducción», en José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de dere-*

legislativa, pues la aparición de una nueva ley supone una censura para la antigua y la necesidad de justicia hace urgente la aplicación de la nueva ley; y para Muñoz Machado,¹⁶ la eficacia de las normas acompaña naturalmente a su vigencia. Posturas, estas, que sin duda avalan lo dicho más arriba y casan con la doctrina del efecto inmediato de las leyes, que constituye la regla en ausencia de otra manifestación del legislador.

El por desgracia desaparecido compañero Joaquín Zejalbo nos dejó escrito¹⁷ lo siguiente:

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/86, de 10 de abril, citada por Suarez Collía en su libro *La retroactividad*, Madrid 2005 —su magistrado ponente fue Luis Díez-Picazo Ponce de León, catedrático de derecho civil—, el abogado del Estado nos dijo: una parte de la doctrina contrapone los efectos retroactivos de las leyes con el denominado efecto inmediato (la afección a efectos futuros de situaciones anteriores a la vigencia de la nueva ley) entendiéndose que éste último constituye la regla general en cualquier supuesto de conflicto de leyes en el tiempo. Tal construcción dogmática del efecto inmediato de las leyes puede no diferenciarse de lo que, en otras formulaciones, se caracteriza por retroactividad de grado mínimo, pero, en cualquier caso, debe convenirse en que, efectivamente, el alcance de la nueva legislación a los efectos futuros de las situaciones generadas bajo la legislación anterior, constituye una regla de derecho común y ello precisamente porque la excepcional negación de tal principio supondría limitar, en alguna medida, la eficacia derogatoria de la ley nueva, subsistiendo, respecto a determinadas situaciones jurídicas, la vigencia de la ley anterior. Resolvió el Tribunal, dando la razón a la Abogacía del Estado, reseñando que lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna obligación, hayan de recibir [...].

Como conclusiones finales, que creo que avalan mi postura de aplicación imperativa e indiscriminada de la derogación operada, que implica la absoluta cesación de efectos de aquellas menciones —indebidamente practicadas, a mi juicio— referidas al artículo 28 en asientos registrales (perfectamente cancelables a solicitud del interesado, por tanto), indicaría las siguientes.

cho civil. I. Parte general, vol. 1, Madrid, Dykinson, 2006.

16. *Diccionario de derecho administrativo*, Madrid, Temis, 2005.

17. En la web *Notarios y Registradores*, marzo de 2006, <www.notariosyregistradores.com> (consulta: 22 abril 2021).

a) El legislador de 2021 ha dejado bien a las claras cuál es su criterio sobre las razones que le han llevado a derogar un precepto cuya aplicación devino gravemente perturbador para el buen orden económico y para la seguridad jurídica. Y que los efectos de la derogación (que implica que no se suspende la fe pública registral) son inmediatos e indiscriminados, con independencia de cuando se produce la muerte del causante.

b) Se quiera o no, la cuestión que subyacía en el teórico *leitmotiv* del precepto derogado, se basaba en la dialéctica heredero aparente / heredero real, tal y como habían apuntado acertadamente mis colegas antes mencionados, situación que ha de resolverse en base a los criterios de fondo que se deriven de la legislación civil aplicable a determinada sucesión; y es la solución por la que ha optado el legislador de 2021.

c) En efecto, el legislador ha considerado tan residuales los casos en los que puede aparecer ese conflicto heredero real / heredero aparente, que los reconduce al ámbito en el que han de dirimirse: el judicial. En el cual, como es sabido, cabrá solicitar medidas cautelares tales como la anotación preventiva de la demanda (art. 42 y sig. LH), que tiene la virtud de enervar la fe pública registral y advertir así —con vistas al futuro— del titular inscrito al que pretenda adquirir.

d) La regulación que se contenía en el derogado artículo 28 era adjetiva, pues, como acertadamente pone de relieve Vicente Martorell, no atribuía derecho subjetivo alguno y chocaba frontalmente con la pluralidad legislativa existente en nuestro ordenamiento civil, a la vez que perturbaba gravemente el tráfico jurídico. El legislador de 2021 ha querido acabar de una vez por todas con ella; primero, porque las circunstancias que pudieron justificar su existencia ya no existen; segundo, porque considera que sus radicales efectos eran perjudiciales para la economía.

Y lo que no tiene lógica es entender que una herencia causada antes del 3 de septiembre de 2021 y presentada a inscripción después, quede «limpia» registralmente (y los conflictos que se puedan suscitar ya se resolverán en los tribunales conforme a la legislación sustantiva), y las que estén en la misma situación, e inscritas antes, no lo queden. Y no puede decirse que, respecto de aquellos supuestos en los que se haya practicado la mención registral del artículo 28 LH (no me atrevo a calificarla de otra forma) antes del 3 de septiembre de 2021, opera la salvaguardia de los tribunales y no cabe la cancelación hasta que pasen dos años desde la muerte del causante, pues por encima de esa teórica salvaguardia está —y prevalece— la imperatividad de la ley, que se impone a todo y a todos.

d) Retomo las afirmaciones de Federico de Castro que antes transcribí. Y, sea porque entendamos que la retroactividad es en este caso máxima, por la propia intención del legislador que se deduce de la exposición de motivos y en base a un proceso de interpretación lógico, sea por la eficacia inmediata e incondicionada de una disposición legal que quiere acabar con una situación que ve perjudicial, no veo que sea posible traer a colación la doctrina de la disposición transitoria primera del Código civil de 1889, puesto que aquí no cabe hablar de derecho subjetivo adquirido alguno

y es la legislación civil sustantiva la que determinará y protegerá los derechos subjetivos, no la Ley hipotecaria, en base a un precepto que simplemente ya no existe.

Y precisamente esa comparación del texto final de esta Ley 8/2021 (que no contiene norma transitoria alguna respecto del precepto derogado) con la del texto refundido de 1946 de la Ley hipotecaria, que sí que contenía una disposición transitoria para el artículo 28, es argumento evidente de que el legislador no ha contemplado la subsistencia de nada de lo que eventualmente se hubiera podido reflejar tubularmente con anterioridad. Como sí hizo, por el contrario, en 1946, queriendo entonces mantener la aplicación del precepto, aunque fijando un *dies a quo* distinto. Hoy, simplemente, ha querido eliminarlo.

e) Algunos compañeros registradores han defendido que las herencias que ingresen en el Registro después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, aun habiendo fallecido el causante con anterioridad —esto es, vigente aún el art. 28 LH—, quedan libres de esa «mención», con la consecuencia —añado yo— de que habrán de resolverse las cuestiones que puedan suscitarse entre heredero real y heredero aparente al margen del Registro. Con mayor razón, en mi opinión, y por un criterio de pura igualdad, habrá de suceder lo mismo con aquellas herencias inscritas antes y respecto de las cuales se practicó, a mi juicio indebidamente, la mención citada; porque si hay otras muchas adquisiciones hereditarias en las que no se hizo constar nada y si alguien alega ahora la aplicación del art. 28 LH, su pretensión no tiene recorrido alguno, puesto que el precepto ha sido expulsado del ordenamiento jurídico, no es ilógico entender aplicable el mismo trato para los que sí han visto reflejado el precepto hoy derogado en su asiento registral. Por ello creo que hay argumentos más que sobrados para entender absolutamente posible su cancelación, por solicitud con amparo en el párrafo segundo del artículo 82 LH y también en aplicación del artículo 353.3 del Reglamento hipotecario.

Y retomo también la cita inicial de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1988, pues sirve de apoyo claramente a la afirmación de que aquí —con la postura que defiende— no se está perjudicando a nadie; el que crea estarlo, ha de acudir a los tribunales y alegar y probar su derecho, y nada más. Y lo que ha hecho el legislador es atender una demanda que había devenido un verdadero clamor, para evitar «preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas».

O, como bien decía la citada Resolución de la entonces DGRN del año 2012:

[...] la doctrina admite la retroactividad tácita de la Ley y de este modo se pronuncia a favor de la retroactividad de las normas interpretativas; las complementarias, de desarrollo o ejecutivas; y, por último, las que pueden establecer regímenes uniformes o acabar con abusos o incomodidades [...].