

**III. OTRAS DISPOSICIONES****MINISTERIO DE JUSTICIA**

**15075** *Resolución de 15 de julio de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad interina de Sant Vicenç dels Horts nº 2 a inscribir una escritura de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por el notario de Barcelona, don Juan Ignacio Castro-Girona Martínez, contra la negativa de la registradora de la Propiedad interina de Sant Vicenç dels Horts número 2, doña María del Rosario Fernández de Ateca, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario.

**Hechos****I**

En escritura autorizada por el notario de Barcelona, don Juan Ignacio Castro-Girona Martínez, el 4 de mayo de 2007, número de protocolo 1.160, don J. D. S. P. D., divorciado, y don J. M. F. A., casado, ambos de nacionalidad portuguesa y vecinos de Vallirana, constituyeron hipoteca sobre la vivienda, finca registral 4.881 de Vallirana, que habían adquirido por mitades indivisas en escritura otorgada con el número anterior de protocolo, el segundo para su régimen legal del Derecho de Portugal, sin que conste el nombre de su cónyuge.

**II**

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Sant Vicenç dels Horts número 2 el día 21 de junio de 2010, fue objeto de la siguiente calificación: «Calificado el precedente documento, se ha observado: Hechos: Primero. Que la escritura atorgada en Barcelona, el cuatro de mayo de dos mil siete, ante el Notario don Juan Ignacio Castro-Girona Martínez, número 1.160 de su protocolo, fue presentada el día veintiuno de junio de dos mil diez según el asiento 1.517 del tomo 16 del Libro Diario de Operaciones, prorrogado de conformidad con el artículo 432 2 y 4 del Reglamento Hipotecario el mismo día veintiuno de junio de dos mil diez por haberse prorrogado el asiento conexo 1.348 del tomo 16 del Libro Diario de Operaciones, aportada documentación complementaria y nuevamente prorrogado el asiento de presentación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento Hipotecario el día nueve de noviembre de dos mil diez. Segundo. Que en la mencionada escritura don J. D. S. P. D., quien manifiesta ser de nacionalidad portuguesa y divorciado, y don J. M. F. A., quien manifiesta ser igualmente de nacionalidad portuguesa y estar casado en el régimen legal de Portugal, como dueños por mitades indivisas de la vivienda unifamiliar aislada sita en término de Vallirana, (...), que se corresponde con la finca número 4.881, al folio 101 del tomo 1.895 del archivo, libro 74 de Vallirana, previa manifestación de que dicha finca va a constituir la vivienda común de ambos, constituyen hipoteca a favor de la entidad Caja de ahorros y Monte de piedad de Madrid en garantía de determinado préstamo. En la escritura presentada no consta el nombre de la esposa de don J. M. F. A. ni resulta acreditado el derecho extranjero aplicable para actos dispositivos de su régimen económico matrimonial. Tercero. Que de los libros del Registro resulta que los mencionados don J. D. S. P. D. y don J. M. F. A., son dueños por mitades indivisas de la finca número 4.881 por compra en virtud escritura otorgada en Barcelona, el cuatro de mayo de dos mil siete, ante el Notario don Juan Ignacio Castro-Girona Martínez número 1.159 de su protocolo, resultando asimismo del Registro que don J. M. F. A. en el momento del otorgamiento de dicha escritura ostentaba la nacionalidad portuguesa y estaba casado en régimen legal

del Derecho de Portugal, y que adquirió una mitad indivisa de la repetida finca 4.881 de Vallirana para su régimen legal del derecho de Portugal. Sin que asimismo se expresara el nombre de la esposa. Fundamentos de Derecho. I. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria establece que los Registradores calificaran bajo su responsabilidad “la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas”. Dicha validez en la escritura presentada puede verse afectada por las limitaciones que para la actuación de los consortes se deriven del régimen económico matrimonial del derecho de Portugal al que esta sujeto don J. M. F. A. En su día se practicó la inscripción de dominio de conformidad a lo establecido en el artículo 92 del Reglamento Hipotecario según el cual “cuando el régimen económico matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a la legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquellos, haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, si constare”. Al no constar acreditado cual es el Derecho positivo extranjero aplicable en este supuesto, en aras al principio de seguridad jurídica para los posibles derechos que pudieran corresponder a la esposa de don J. M. F. A., cuyo nombre no consta, y conforme al artículo 38 de la Ley Hipotecaria que establece la presunción legal de veracidad de las declaraciones de los libros del Registro, es necesario justificar que según el Derecho aplicable a este supuesto no es preciso el consentimiento de la esposa para realizar actos dispositivos sobre una vivienda adquirida constante matrimonio y vigente su régimen económico matrimonial legal. Ya que en caso contrario podría llegar a ingresar en el Registro un título afectado a un vicio de nulidad por causa de limitación de las facultades de disposición. En este sentido el artículo 12 del Código Civil establece, “la persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la legislación española”, y asimismo el artículo 36 del Reglamento Hipotecario dispone que “la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad necesaria para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que se aplicable...”. II. Según establece el artículo 569-31 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. “1. En las hipotecas que un cónyuge o una cónyuge constituye sobre derechos o participaciones de la vivienda familiar del matrimonio o que un conviviente o una conviviente constituye sobre derechos o participaciones de la vivienda común de la unión estable de pareja, el otro u otra cónyuge o el otro u otra conviviente no titular debe darle el consentimiento. Si no se lo da, se requiere autorización judicial. 2. La persona que hipoteca una vivienda, si esta no tiene el carácter de familiar o común, debe manifestarlo expresamente en la escritura de constitución de la hipoteca...”. En la escritura presentada se hace constar que la vivienda hipotecada va a constituir la vivienda común de los dos titulares registrales de la finca, don J. D. S. P. D. y don J. M. F. A., pero de dicha manifestación no se desprende expresamente que asimismo dicha vivienda no constituya la vivienda familiar de una tercera persona pareja estable del primero ni de la esposa del segundo. Por lo que suspendo dicha inscripción en tanto no subsanen los defectos citados. Queda prorrogado el indicado asiento de presentación, por el plazo de 60 días contados a partir de la notificación de la calificación negativa según lo preceptuado en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Contra esta nota de calificación (...) Sant Vicenç dels Horts, veintitrés de noviembre de dos mil diez. La Registradora interina (firma ilegible) Fdo.: María del Rosario Fernández de Ateca».

## III

Solicitada la calificación sustitutoria, la registradora sustituta resolvió con la nota que figura a continuación: «Registro de la Propiedad de Barcelona n.º 26. Calificación negativa (...) I.–Hechos: Que en la mencionada escritura don J. D. S. P. D., quien manifiesta ser de nacionalidad portuguesa y divorciado y don J. M. F. A., quien manifiesta ser igualmente de nacionalidad portuguesa y estar casado en el régimen legal de Portugal, como dueños por mitades indivisas de la vivienda unifamiliar aislada sita en término de Vallirana, (...),

que se corresponde con la finca número 4.881, al folio 101, del tomo 1.895, del archivo, libro 74 de Vallirana, previa manifestación de que dicha finca va a constituir la vivienda común de ambos, constituyen hipoteca a favor de la entidad Caja de ahorros y monte de piedad de Madrid en garantía de determinado préstamo. La escritura presentada no consta el nombre de la esposa de don J. M. F. A. ni resulta acreditado el derecho extranjero aplicable para actos dispositivos de su régimen económico matrimonial. II. Fundamentos de Derecho. Artículo 92 y 36 del Reglamento Hipotecario y 9 del Código de Familia, Ley 9/98 de 15 de julio. -Como ha señalado reiteradamente la DGRN, entre otras muchas, en las Resoluciones de 29 de 10 de 2002, 3 de 1 de 2003, 20 de 1 de 2003, en caso de compra por extranjeros de un bien inmueble, y a pesar de la dicción literal del art. 51.9 del RH, no es preciso que se manifieste cuál es su régimen económico matrimonial, bastando que se exprese que “adquieren conforme a su régimen económico matrimonial”; y así se inscribió en su día la compra del inmueble por parte de los señores don J. D. S. P. D. y don J. M. F. A.; la determinación de cual sea ese régimen al que esta sujeto el bien queda diferida por tanto de su enajenación por lo que debe especificarse dicho régimen, a efectos de determinarse los derechos que pueda ostentar el cónyuge no adquirente, así como, en su caso, comprobar si se ha de manifestar, conforme a la legislación de su país si es el domicilio conyugal, y en su caso, si es necesario la intervención del otro cónyuge no interviniente (R 26 de 2 de 2008). No obstante, como ha señalado la propia DGRN, en la R de 26 de 8 de 2008, el propio Notario autorizante de la escritura, en su caso, puede aseverar que le consta por notoriedad el régimen a que esté sujeto el bien, por conocer la normativa extranjera, y que no es necesaria, en su caso, la intervención del otro cónyuge no compareciente (...) Barcelona, 21 de diciembre de 2010. La Registradora interina, (firma ilegible) Fdo. Amparo Cuesta Chasco».

## IV

El notario autorizante, don Juan Ignacio Castro-Girona Martínez, interpuso recurso contra la calificación mediante escrito con fecha de 10 de febrero de 2011, alegando: «Hechos:- Documento calificado.-Escritura autorizada por mí el día 4 de mayo de 2007, número 1.160 de protocolo. En dicha escritura los don J. D. S. P. D., de nacionalidad portuguesa y estado civil divorciado, y don J. M. F. A., de la misma nacionalidad y casado en régimen legal de Portugal, otorgaron junto con los representantes de “Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid” escritura de préstamo hipotecario de la vivienda adquirida por ellos ante mí el mismo día y con número inmediatamente anterior de protocolo. En la escritura de compraventa figura literalmente: “El precio de esta compraventa es el de trescientos veinticuatro mil quinientos cuarenta y seis euros (324.546,00 €), que la parte transmitente recibe en este acto de la adquirente, mediante dos cheques nominativos, fotocopia de los cuales dejaré incorporadas a la presente, procedente de un préstamo que le ha sido concedido en el día de hoy por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, y formalizado en escritura asimismo autorizada por mí, en el día de hoy, constituyendo la compra y la hipoteca acto o negocio complejo.” Y en la de préstamo hipotecario: “Cláusulas hipotecarias (...) Primera.-Sin perjuicio de la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de la parte prestataria, en garantía de la obligación principal de la amortización del préstamo que se formaliza en la presente escritura, don J. D. S. P. D. y doña J. M. F. A., cada uno sobre su mitad indivisa y juntos sobre el pleno dominio, teniendo en cuenta que la compraventa que precede y este préstamo hipotecario conforman un acto o negocio complejo, constituyen hipoteca a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, que la acepta, sobre la finca descrita en el número segundo del Exponen de esta escritura, la cual queda respondiendo de la suma de trescientos noventa y siete mil euros (397.000,00 €) de principal,...”. - Nota de calificación.-El documento fue calificado por la registradora de la Propiedad de Sant Vicenç dels Horts número 2. Solicitada la calificación sustitutoria, la registradora sustituta resolvió con nota confirmatoria de la anterior. Con posterioridad, el día 9 de febrero de 2011, presenté telemáticamente copia electrónica autorizada del acta número 197 de protocolo, con la que se complementan los datos del cónyuge de don J. M. F. A., solicitando en dicha acta nueva calificación y en su caso la calificación sustitutoria, interponiendo el presente recurso también en el supuesto de no ser

aceptada estas nuevas calificaciones. Fundamentos de Derecho: - Artículo 13 de la Constitución: "1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley. 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales". - Artículo 27 del Código Civil: "Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados". - Artículo 1320 del Código Civil: "Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos, o en su caso autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe". - Artículo 151 del Código de Familia catalán: Autorización judicial "1. El padre y la madre o, en su caso, el administrador especial, en relación a los bienes o derechos de los hijos, necesitan autorización judicial para: a). Enajenar bienes inmuebles, gravarlos o subrogarse en un gravamen preexistente si no suponen la adquisición simultánea del inmueble gravado por un precio en cuya fijación se tenga en cuenta la existencia del gravamen...". - Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1941, que concluye: "cuando se trata de una compra con pacto de hipoteca, falta aquel carácter de independencia, y en consecuencia, no puede escindir-se en los dos negocios que lo forman y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que, por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de la compraventa". - Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968, 7 de julio de 1998 y 22 de mayo de 2006, esta última vinculante. De la primera resulta que "puede el marido, en un mismo acto, por sí solo, comprar un bien inmueble sobre el que, en garantía de pago de parte del precio, aplazado se constituye una hipoteca... la voluntad de las partes ha sido crear un nexo entre dos negocios típicos de por sí independientes, para formar uno solo el negocio concluido por las partes entra dentro de la categoría de los llamados por la doctrina negocios complejos, de naturaleza unitaria...". La Resolución de 1998 citada reitera esta doctrina para el caso de compra con hipoteca formalizadas por la madre en representación legal de sus hijos menores, garantizando en este caso la hipoteca, no el precio aplazado, "sino el préstamo concedido para pagarlo", como suele ocurrir hoy en día. Con la teoría del negocio complejo, no hay que ver en este caso dos operaciones distintas a las que se les aplicarían sus propias reglas, es decir, no se trata de un acto de adquisición, en el que no sería necesario el consentimiento del cónyuge, al que le seguiría un acto de disposición o gravamen, en el que sería necesario el consentimiento del cónyuge casado en régimen de gananciales, como ocurre en el Derecho español y en el portugués. En efecto, y siguiendo al Tribunal Supremo y a la Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque sean dos escrituras, el negocio es unitario, no se habría podido adquirir la finca sin el préstamo garantizado con hipoteca. Por eso los requisitos que deben cumplirse son los de los actos de adquisición y no los de disposición o gravamen. A la hora de examinar los requisitos que deben observarse para que el negocio jurídico pueda celebrarse, son los mismos requisitos en el caso en el que el gravamen se constituya sobre la finca al adquirir y para adquirirla que en el caso que exista el gravamen con anterioridad, es decir, viene a ser lo mismo adquirir una finca ya hipotecada, que adquirirla hipotecándola para pagar el precio. Aunque cronológicamente se pueden distinguir dos momentos, compra y gravamen, esta distinción en el supuesto concreto tiene un carácter meramente teórico; así, el marido adquirente no perjudica ni puede perjudicar los intereses de la mujer en esta vivienda, toda vez que sin la hipoteca no habría adquirido derecho alguno sobre la misma. El inmueble ingresa en el patrimonio ganancial, pero la deuda, es sólo privativa. No aplicar esta teoría del negocio complejo significaría no ya para nacionales de países de la Unión Europea, como es el caso, sino para otros nacionales inmigrantes cuyos regímenes económicos matrimoniales fueran de comunidad, condenarles a no poder adquirir con financiación inmuebles en nuestro país, sin consentimientos que difícilmente se pueden obtener, o llevarles a ocultar sus estados civiles para poder así financiar sus adquisiciones. Además no parece razonable que nuestro

sistema de seguridad jurídica preventiva deba garantizar y proteger menos al menor o al cónyuge español que a los extranjeros impidiendo la autorización de este tipo de negocios complejos. Finalmente, se entiende suficiente alegar la Resolución vinculante de 22 de mayo de 2006, cuyos requisitos de aplicabilidad se cumplen en las escrituras por mí autorizadas. Esta Resolución establece in fine que: "2. El artículo 1320 del Código Civil, introducido por la Ley de Reforma de 13 de mayo de 1981, responde a la necesidad de conservación del hogar familiar. Ahora bien, este artículo 1320 del Código Civil está pensado para aquellos supuestos de disposición, debiendo entenderse incluida la constitución de hipoteca, de la vivienda habitual perteneciente a uno solo de los cónyuges, pero no lo está para el supuesto de hipoteca en garantía de préstamo hipotecario que financia la adquisición de la misma vivienda hipotecada aun y cuando el destino final de la vivienda adquirida sea constituir el hogar familiar, porque ello implicaría una restricción de las facultades adquisitivas de los cónyuges, no permitida en nuestro Derecho, donde los cónyuges pueden adquirir toda clase de bienes aún cuando éstos estén gravados y aun cuando vayan a constituir el domicilio conyugal, sin contar con el consentimiento del otro cónyuge ni hacer manifestación alguna acerca de su destino final, y ello tanto si su régimen económico matrimonial es el de separación de bienes (artículo 1437 del Código Civil) como el de gananciales (cfr. artículo 1370 del Código Civil y Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de junio de 1993 y 4 de marzo de 1999). Por tanto, no siendo aplicable el artículo 1320 del Código Civil al supuesto en el que ingresa ya gravado- el bien inmueble en el patrimonio del cónyuge, cualquiera que vaya a ser su destino final, una interpretación finalista del precepto legal nos debe llevar a la misma conclusión cuando el acto gravamen se realiza en la escritura -inmediata-posterior a la compra y tiene por finalidad la financiación de la propia vivienda hipotecada (...)».

V

La registradora emitió su informe con fecha 21 de febrero de 2011 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 11 y 28 de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones estables de pareja de Cataluña; 569-31 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro V del Código Civil de Cataluña; 9 n.º 1, 9 n.º 2, 9 n.º 3 y 12 del Código Civil; 38 de la Ley Hipotecaria; 36, 51, 91 y 92 del Reglamento Hipotecario; 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 168 del Reglamento Notarial; y las Resoluciones de esta Dirección General de 13 de enero de 1999, 3 de enero y 12 de febrero de 2003, 1 de marzo de 2005, 22 de octubre de 2007, 26 de febrero de 2008, y 20 y 21 de enero de 2011.

1. En el presente recurso se plantea la cuestión de si es inscribible o no una escritura de constitución de hipoteca de una finca sita en Cataluña, constituida por quienes adquirieron la misma por mitades indivisas, ambos de nacionalidad portuguesa y vecinos de Cataluña. La finca fue adquirida siendo el primero de los comparecientes de estado civil divorciado y el segundo casado «en el régimen legal de Portugal», sin que conste el nombre de su cónyuge, ni intervenga éste en la escritura, ni resulte acreditado el Derecho extranjero aplicable para realizar actos dispositivos conforme a su régimen económico matrimonial. En la escritura de constitución de hipoteca se afirma que «la compraventa que precede y este préstamo hipotecario conforman un acto o negocio jurídico complejo». La registradora suspende la inscripción por considerar que es necesario en tal situación justificar que según el Derecho extranjero aplicable a este supuesto no es preciso el consentimiento del cónyuge del compareciente casado para llevar a cabo actos dispositivos (en este caso, la constitución de una hipoteca a favor de tercero) sobre una vivienda adquirida constante matrimonio y vigente su régimen económico matrimonial.

2. El sistema español de seguridad jurídica preventiva tiene como uno de sus pilares básicos la publicidad de la titularidad del dominio y demás derechos reales sobre bienes



inmuebles. De aquí que la determinación de la titularidad deba quedar reflejada en los asientos del Registro de la Propiedad. Tratándose de personas casadas, la titularidad queda afectada por la existencia convencional o legal de un régimen económico matrimonial que determina el ejercicio y extensión del derecho. Para que dichas circunstancias puedan ser conocidas por terceros el Registro debe publicarlas y de ahí que nuestro ordenamiento exija la debida constancia de cuál sea el régimen económico matrimonial aplicable al titular registral.

Tratándose de adquisiciones llevadas a cabo por personas cuyo régimen económico matrimonial esté sujeto a una Ley extranjera la regla es la misma pues la finalidad de publicar una situación jurídica cierta, de conformidad con el principio de especialidad, no se ve modificada por dicha circunstancia. La cuestión empero es más compleja pues la determinación de cuál sea el régimen aplicable implica el conocimiento del Derecho extranjero lo que no es obligado para los funcionarios españoles. Esta oposición entre la exigencia legal de publicar en toda su extensión el derecho adquirido y las dificultades para determinar cuál ha de ser el régimen matrimonial legalmente aplicable ha sido cuestión de preocupación ya desde antiguo para nuestra jurisprudencia y para este Centro Directivo. A esta dificultad pretende dar respuesta el artículo 92 del Reglamento Hipotecario.

Por otro lado, debe tenerse presente que la entrada en juego de un ordenamiento extranjero no supone la renuncia a la determinación de la situación jurídica publicada ni que el notario español pueda adoptar una actitud pasiva. De un lado, el artículo 159 del Reglamento Notarial no hace distinción alguna, por lo que el autorizante debe indagar la situación de los otorgantes a fin de averiguar si existen capítulos o contrato matrimonial entre ellos para proceder, tal y como exige dicho precepto, testimoniando, en su caso, los aspectos particulares que puedan ser relevantes al efecto (vid. Resolución de 15 de junio de 2009). De otro, el notario español está obligado a aplicar la norma de conflicto española (artículo 12.6 del Código Civil) y a determinar, de acuerdo a dicha norma, la ley material que resulte aplicable al régimen económico de los cónyuges. Así aunque el notario desconozca el contenido de la ley material extranjera reflejará debidamente en la comparecencia del instrumento público cuál ha de ser la norma aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. En definitiva, no debe confundirse la falta de obligatoriedad de conocer el Derecho extranjero con el deber de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable.

Ahora bien, en el momento en que el bien adquirido con sujeción a un régimen económico matrimonial extranjero sea objeto de un acto de disposición no es posible mantener la indeterminación y en consecuencia debe acreditarse el contenido y la vigencia del Derecho extranjero concreto aplicable al caso. Como ya ha indicado este Centro Directivo en diversas Resoluciones (cfr. Resoluciones de 3 de enero de 2003 y 26 de febrero de 2008) el singular régimen de constancia del régimen económico-matrimonial de los cónyuges extranjeros en la inscripción de los bienes y derechos que adquieren, previsto en el artículo 92 del Reglamento Hipotecario difiere el problema para el momento de la enajenación posterior, pues en tal momento es preciso el conocimiento del Derecho aplicable al caso concreto, en cuanto a las reglas que disciplinan el régimen de disposición del bien y requisitos que el mismo impone. Dicho régimen no se aplicará, según el criterio sentado en las citadas Resoluciones, si la enajenación o el gravamen se realiza contando con el consentimiento de ambos cónyuges (enajenación voluntaria), o demandando a los dos (enajenación forzosa).

3. En el presente expediente dos ciudadanos de nacionalidad portuguesa hipotecan una vivienda, que fue adquirida en estado de divorciado el primero y casado el segundo «en el régimen legal de Portugal», y así consta en la inscripción conforme al citado artículo 92 del Reglamento Hipotecario. Ello supone que, de acuerdo al artículo 9.2 del Código Civil, la ley aplicable respecto del contratante casado sería la portuguesa como la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo y, por tanto, para otorgar la escritura pública por la que se hipoteca la vivienda, y para practicar, en su caso, la ulterior inscripción registral, el notario y la registradora, deben conocer el régimen económico matrimonial del hipotecante, al objeto de determinar si goza por sí sólo de facultades dispositivas.

No puede invocarse en contra de esta afirmación el hecho de que se trate, tal y como alega el recurrente, ante un negocio jurídico complejo y unitario que debería recibir el mismo

trato que el que se atribuye a los supuestos de adquisición de un bien ya gravado previamente con una carga hipotecaria y que, por tanto, no sería preciso el consentimiento concurrente del cónyuge del adquirente cualquiera sea el régimen económico del matrimonio. Sin prejuzgar ahora si realmente es un supuesto de tal naturaleza en el caso de que fuera aplicable el ordenamiento español, debe tenerse de nuevo presente que la admisibilidad de tal posibilidad en el presente supuesto queda también sometida a lo que establezca al respecto el ordenamiento portugués como ley aplicable a los efectos del matrimonio.

4. La aplicación al presente supuesto de la legislación portuguesa queda sometida necesariamente a su acreditación ante la registradora ya que, al igual que en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (cfr. artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), también lo ha de ser en el notarial y registral (vid., entre otras, Resoluciones de 17 de enero de 1955, 14 de julio de 1965, 27 de abril de 1999, 1 de marzo de 2005 y 20 de enero de 2011). Es cierto, no obstante, que este Centro Directivo ya ha señalado en diversas ocasiones que la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial. En consecuencia, los preceptos mencionados son como subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del derecho extranjero no proporcionen una solución. Una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta. No cabe, en consecuencia, someter la validez del acto a lo dispuesto en el ordenamiento español, tal y como sucede en un proceso judicial.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son «la aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable». El precepto señala además que «Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles». La enumeración expuesta no contiene un «*numerus clausus*» de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse «entre otros medios», por los enumerados.

Por otro lado, al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no sólo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia (vid., entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999, y Resolución de 20 de enero de 2011). Es decir, no basta la cita aislada de textos legales extranjeros sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país. Asimismo, esta Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (cfr. artículos 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 168.4 del Reglamento Notarial y 36.2 del Reglamento Hipotecario), pueden realizar bajo su responsabilidad una valoración respecto de la alegación de la ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma (vid., entre otras, Resoluciones de 14 de diciembre de 1981, y 5 de febrero y 1 de marzo de 2005). La indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque aquél no sea invocado por las partes. En consecuencia,

como señaló la Resolución de 20 de enero de 2011, el registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero de acuerdo a los imperativos expuestos, podrá aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá suspender la inscripción.

Pues bien, en el presente caso no consta acreditado ante la registradora cuál es el contenido vigente del Derecho positivo extranjero aplicable –en este caso el ordenamiento portugués– con relación a la necesidad de contar con el consentimiento de la esposa para realizar actos dispositivos sobre una vivienda adquirida constante matrimonio y vigente su régimen económico matrimonial legal, ni la propia registradora ha suplido la falta de acreditación de tal ordenamiento por parte de los recurrentes, por lo que la actuación de ésta resulta plenamente acertada.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 15 de julio de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.<sup>a</sup> Ángeles Alcalá Díaz.