

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1968.

Año XXXV

Mayo-Junio 1969

Núm. 372-373

El Registro de la Propiedad en Australia actualmente. (Cien años de sistema Torrens)

(Continuación.)

EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE FE PUBLICA DEL REGISTRO

Aun la situación jurídica de máxima protección tiene sus excepciones, las que naturalmente con mayor razón afectan a la situación de primer grado expuesta al tratar del principio de legitimación.

En la exposición de estas excepciones procederemos agrupando las referentes a la exactitud del Registro y las referentes a su integridad, porque aunque la línea de separación de ambos conceptos no aparece bien definida en algunos casos, en términos generales contribuye a la sistematización.

Esta distinción es puesta de relieve por Hogg (pág. 96), quien escribe que: «La garantía de título dada por la legal concluyencia del Registro opera de dos modos, y el Registro tiene dos funciones afirmativa y negativa, respectivamente. Afirmativamente, el Registro garantiza que el título del propietario es como está esta-

blecido en el Registro: negativamente, la garantía es que el título del propietario no es afectado por algo que no consta en el Registro y que no hay derechos de equidad ejercitables contra el propietario, mas que aquellos que constan en el Registro.»

EXCEPCIONES REFERENTES A LA EXACTITUD DEL REGISTRO

La primera excepción que consignan los respectivos arts. 42 de las Leyes de Victoria y de Nueva Gales del Sur, 68 de Australia Occidental, 40 de Tasmania y 44 de Queensland, es la de:

LA PROPIEDAD O DERECHO DE UN TITULAR RECLAMANDO LA MISMA FINCA
BAJO UNA CONCESIÓN DE LA CORONA O CERTIFICADO DE TÍTULO REGIS-
TRADOS CON ANTERIORIDAD (35).

Refiriéndose a ella, dice Hogg (pág. 132), que esta doble y contradictoria registración, referida como caso en que una registración es inconclusiva, ocurre cuando una persona está registrada con respecto a un derecho, inscrito ya en el Registro a nombre de otra, a causa de algún error sustancial en cuanto a título, y no meramente en cuanto a identidad, superficie o límites de las parcelas. Cuando ocurre tal error, la registración primera en fecha prevalece y permanece conclusiva, mientras la última en fecha es anulada. Es, desde luego, imposible que el registro sea literalmente conclusivo en cuanto a la propiedad de ambas personas, aunque una puede tener derecho a indemnización (36).

(35) El apartado V del art. 69 de la ley de Sur Australia consigna como excepción: Cuando dos o más certificados están registrados respecto del mismo inmueble. En cuyo caso, el título originalmente primero en fecha de registración prevalecerá, pero sin perjuicio del efecto de lo realizado, bajo la parte XIX A) de esta ley (que es la referente a rectificación de certificados adicionada en 1945 y a que antes nos hemos referido).

(36) El art. 214 de la ley de Sur Australia y el apartado 2) del art. 126 de Nueva Gales del Sur en casos de anterior concesión de la Corona, permiten ejercitar una acción para la indemnización de daños contra aquella persona que el gobernador designe como representante para la defensa.

Kerr escribe (pág. 242) que el efecto de esta disposición es que el certificado emitido con prioridad en cuanto a fechas, será prueba concluyente en cuanto a la propiedad de la finca disputada, salvo si la finca ha sido incluida en el anterior certificado a través de una falsa descripción de lindes, o salvo si el poseedor del certificado posterior ha adquirido el título por prescripción antes de la emisión del primer certificado, en cualquiera de cuyos casos no prevalecerá el anterior certificado (*Pleasance v Allen*, 1889; *Everland v Lenehan*, 1901).

En *Re Registrar of titles and Esperance Land Co.* (1889), donde la finca sólo era comprendida en parte en el primer certificado, fué establecido que el Registrador estaba facultado para reclamar el último certificado para su rectificación.

Explicando esta excepción, dice Canaway (pág. 80): «Las fechas de los instrumentos no determinará en todos los casos sus prioridades. Donde, por ejemplo, las raíces de un título bajo la Ley del Registro son completamente independientes, la raíz del título que es anterior en fecha tendrá prioridad, y esta prioridad se extenderá a todos los instrumentos derivados.

La presente excepción no se aplica a una concesión registrada (*Pannan v Pannan*) o certificado de título (*Hassett v Colonial Bank*) después que han sido concluidos.

Según la cita que hace Wiseman (pág. 99) de *Hassett v Colonial Bank of Australasia* (1881), en este caso se trató de una finca que había sido vendida judicialmente y se había expedido un nuevo certificado de título al comprador; y que al parecer, el juez entendió que la ley se refería a aquellos casos en que dos certificados pueden ser expedidos respecto de diferentes derechos en la misma finca, verbigracia, usufructo y propiedad. Pero que éste no fué el punto de vista tomado en *Stevens v Williams* (1886), en que dos certificados de título referentes a propiedad incluían el mismo trozo de tierra en sus respectivas fincas, y resolvió que el certificado de fecha anterior prevalecía y era preferente.

Baalman dice que es obvio el caso en que dos concesiones de la Corona existen al mismo tiempo sobre la misma finca. Pero lo que no está claro es el momento en que estas circunstancias han de existir, y si la precedencia pasará automáticamente a un titular que recibe un nuevo certificado de título en fecha posterior a

la de la segunda concesión de la Corona. Probablemente la prioridad subsistiría, habiendo sido establecida de una vez para siempre cuando primeramente ocurrió el conflicto.

Beckenham y Harris (pág. 96) no manifiestan duda alguna; dicen que la preferencia dada al primer registrado, certificado de título o concesión de la Corona, se extenderá a todos los derivados, certificados de título.

En el mismo sentido, dice Harrison que un subsiguiente certificado tiene el orden de prioridad que correspondía al certificado que él representa.

PRESCRIPCION ADQUISITIVA CONTRA EL REGISTRO

En la mayoría de Estados australianos la prescripción adquisitiva es una excepción en cuanto a la exactitud del Registro.

Las primeras leyes Torrens no contenían expresas referencias respecto a ello. Cuando el problema se hizo patente, Sur Australia y Nueva Gales del Sur establecieron disposiciones denegando su admisión contra el Registro. Australia Occidental y Victoria la admitieron expresamente (esta última conserva su admisión en la ley de 1954) (37).

En Queensland la ley continuó guardando silencio sobre el asunto. Hogg (en «Australian Torrens System», pág. 809) y con apoyo en la sentencia del Privy Council de 1897, referente a Honduras Británica (caso *Belize Estate Co v Quilter*), opinaba que cuando la Ley del Registro no excluía expresamente la prescripción, ésta se aplicaba contra el Registro. En análogo sentido se expresó en *Registration* (pág. 88), con las siguientes palabras: «El asunto ha sido objeto de decisiones judiciales, y el balance de autoridad es a favor del punto de vista que la prescripción se aplica a la finca registrada cuando no ha sido expresamente excluida.» En cambio, Kerr (pág. 252), dice: «Parece claro que en ausencia de

(37) Puede verse un reciente caso respecto a este Estado. *Kirk v Sutherland* (1949), en que el juez admitió la adquisición por prescripción de una parcela a favor del transferente, a pesar de negarlo éste, si bien entendió no había sido transferida con la finca esta parcela («Australian Law Journal», enero de 1950, pág. 506).

expresa declaración en contrario, la prescripción adquisitiva sería estimada ser inconsistente con las disposiciones de las Leyes Torrens, en cuanto a la indestructibilidad del título.» El Tribunal Supremo de Queensland resolvió en 1936, en el caso *Miscamble v Phillips and Hoeflich*, que no se aplicaba la prescripción adquisitiva contra el propietario registrado, fundándose en que el art. 33 de la ley establece que el certificado del título será prueba concluyente de que el titular está investido o posesionado. Esta decisión fué impugnada por Harrison, en su estudio *Title by adverse possession* (en «The University of Queensland Law Journal», septiembre de 1951, pág. 7), sosteniendo que las palabras «investido» o «posesionado» habían de entenderse en el sentido de titulado, y aduciendo el caso resuelto en sentido contrario por el Consejo Privado respecto de Honduras Británica antes citado. En la actualidad, en virtud de enmienda realizada por ley de 1952, en Queensland se aplica la prescripción adquisitiva contra el registro, regulando la forma de rectificar el registro mediante un procedimiento análogo al de la registración inicial. (Puede verse sobre ello «Australian Conveyancer and Solicitors Journal», enero de 1953, página 4).

Considerando el problema en sus términos generales, mientras Hogg (en su Introducción a la obra de Kerr), escribe que parece lo mejor, jurídica y comercialmente, que la prescripción adquisitiva deba aplicarse, y que no debe ser permitido a los propietarios registrados dormir sobre sus derechos solamente porque sus fincas estén bajo el sistema Torrens. Jessup (pág. 380) dice que la indestructibilidad del título está firmemente fijada por igual en la mente de juristas y legos. Está de tal manera comprendida como parte de nuestra vida de negocios, que cualquier separación se encontraría ciertamente con una hostilidad aún mayor que la que encontró la introducción del sistema mismo. Si la práctica de permitir a una persona que sobreponga la posesión contra el certificado de título es encontrada satisfactoria en algunos Estados, no parece que sería aceptable para el pueblo de Australia del Sur.

Pero en 1945 fué templado el principio negativo de la prescripción adquisitiva contra el Registro en Sur Australia por la ley de 1945. La que Jessup explica con las siguientes palabras:

Todos los Estados han experimentado las molestias que sur-

gen cuando un propietario registrado, simplemente abandona las fincas y fracasan todos los esfuerzos para encontrarle. En época de inflación, casi todo inmueble parece ser una buena especulación en potencia, y algunos inmuebles son adquiridos solamente con este fin. Cuando las esperanzas no son realizadas, el propietario registrado puede simplemente olvidarlo, y con el transcurso del tiempo, o es vendido por atrasos en la contribución o un extraño toma posesión y hace mejoras sustanciales. En algunos Estados la posesión adversa (prescripción), tal como la entendemos en derecho común, es permitida. La maquinaria prevista por la Parte VII-A del Real Property Act, no ha derogado, sin embargo, los principios del Sistema Torrens. Si un propietario registrado, o alguien reclamando a través de él, no hace objeción a que su título le sea quitado, y eso es lo único que tiene que hacer, o si él o alguien reclamando tras él no puede ser hallado, entonces la indestructibilidad del título no es siquiera necesaria, pues no hay nadie que la requiera. Se debe saber que una objeción puede ser hecha por un «caveat», y esto no es preciso que sea de una forma particular. Si el Registrador general no está satisfecho de que el caveator tiene un derecho puede pasar el asunto al Tribunal. La única cuestión para el Tribunal es si la parte instante del «caveat» es un propietario registrado o si es titulado a un derecho a través del propietario registrado. El paso del tiempo es, por tanto, completamente inmaterial si ha sido hecha una objeción.

La materia es regulada por los arts. 80 a) al 80 i), adicionales en 1945.

El principio en que se basa la reforma parece ser análogo al establecido en los arts. 662 del Código Civil suizo, y 927 del Código Civil alemán. (Puede verse sobre ello, Wolf, *Derecho de cosas*, vol. I, págs. 361 y sigs.)

En Nueva Gales, donde no se admite, se han levantado voces en favor de su admisión. Pueden verse las notas de W. B. Fleming, mayo de 1944, pág. 11, y W. A. Dowe, noviembre 1944, «*Australian Law Journal*» y especialmente Harold Wheeler, *The House that Torrens Built. Adverse possession*, abril de 1945, pág. 343, quien califica de infortunada la alteración del derecho general, que tiene por norma expulsar al hombre que duerme sobre sus derechos en

favor de su vecino más vigilante, y dice que la confusión surge de equiparar «título» y «certificado de título». Puede ser procedente hacer un certificado de título indestructible, pero esto no debe impedir la cancelación del certificado y la expedición de otro al reclamante, que establece un mejor título, ya por prescripción adquisitiva o de otro modo.

Pone de relieve la cantidad de terrenos abandonados o nunca ocupados en los distritos rurales, no obstante haber sido objeto de concesiones por la Corona.

En *Turner v Myerson* (1917), referente a Nueva Gales, se expresó que era uno de los grandes fallos del sistema de la ley que no hubiera disposición por la que una continua y prolongada posesión cristalizara en un título.

Baalman, en su citado trabajo *Torrens System Wrong description of parcels - Indefeasibility* («Australian Law Journal», enero 1953, pág. 474), se pronuncia a favor de la admisión de la prescripción adquisitiva contra los títulos Torrens, de forma que el plazo comience a correr cada vez que es registrado un nuevo propietario. Ya Hogg (en *Registration*, pág. 88), había mostrado su preferencia por tal forma intermedia, que era la aplicada en Tasmania por la jurisprudencia ante el silencio de la ley (38). Con posterioridad a la obra de Hogg, en Tasmania, en 1932, fué complementada la ley (arts. 146 y sigs.), admitiendo en general la prescripción adquisitiva, pero disponiendo que no afectará al título registrado hasta que se haya presentado en el Registro la solicitud de rectificación. (Puede verse sobre ello Dowson y Sheppard, *Land Registration*, pág. 129, y «Australian Law Journal», febrero de 1953, pág. 390.) Ruoff también opina que Tasmania ha encontrado la más sana solución a un difícil problema («Australian Law Journal», junio 1952, pág. 121).

(38) *Featherstone v Hanlon* (1886); *Re Bartlett* (1907); *Burke v Lock and Anor* (1910).

EXCEPCIONES REFERENTES A LA INTEGRIDAD DEL REGISTRO

RESERVAS CONTENIDAS EN LA CONCESION DE LA CORONA

La Ley de Victoria de 1954 exceptúa en el apartado a) del artículo 42, y análogamente el art. 68 de Australia Occidental y 40 de Tasmania: «Las reservas, excepciones, condiciones y poderes contenidos en la concesión de la Corona del inmueble.»

Refiriéndose a estas reservas, escribe Baalman (pág. 148), «que todos los certificados de título son ahora expedidos, sujetos, no obstante, a las reservas y condiciones contenidas en la concesión, referidas más adelante». El hecho de que tal provisión exista en el cuerpo del certificado, impediría su construcción como una notificación dentro del significado del art. 42, dado que tal expresión no parece tener un sentido preciso. Es una práctica departamental (que empezó con el volumen 1.200 del libro-registro) el anotar en los certificados de título notificaciones expresas llamando la atención sobre los caracteres más salientes de las reservas en concesiones, como, por ejemplo, las reservas de minerales. Pero ello no es más que una práctica de conveniencia, y no debe tomarse como exhaustiva del contenido de una concesión.

Cargas de renta fueron comúnmente reservadas a la Corona en las concesiones de fincas en propiedad expedidas con anterioridad al año 1862. Es posible encontrar casos en que la finca está sujeta al pago de cargas de renta, pero ha sido una práctica constante del Departamento ordenar el asunto cuando ha sido llevada la finca al Registro, bien obteniendo prueba de redención o endosando una notificación de cualquier responsabilidad en el certificado de título.

Cuando una concesión de la Corona que ha sido registrada bajo la ley es reemplazada por un certificado de título, el Registrador general asienta una nota sobre la concesión, cancelándola.

Pero la cancelación operará, sin duda, sólo en cuanto la concesión haya constituido prueba positiva de propiedad. Como instrumento, la concesión cancelada aún será relevante para determinar el alcance de los derechos inmobiliarios sometidos a la Ley del Registro, por ejemplo, tierra—exceptuando minerales—, o las condiciones de la concesión de estos derechos.

Muchas concesiones están sujetas a reversión a la Corona por incumplimiento de las condiciones impuestas sobre los concesionarios por varias disposiciones de la Ley de Consolidación de Concesiones de la Corona de 1913. Cuando las condiciones han sido incorporadas a las concesiones, no se puede decir que afectan a la indestructibilidad de los títulos registrados, que, a lo más, tienen como finalidad ser solamente títulos condicionales. Muchas de ellas deben ser buscadas en los artículos de la ley que imponen las condiciones, y que generalmente son notificadas por anotaciones cautelares en el dorso de las concesiones y al expedir los certificados de título.

Hay también numerosos artículos en la Ley de Consolidación de las Concesiones de la Corona de 1913, que declaran «nulas» las operaciones con fincas concedidas, si se hacen incumpliendo las condiciones impuestas por la ley.

En *Scottish Australian Investment Co. v Williams*, el Tribunal sostuvo que la inclusión en una concesión de la Corona de una condición para caducidad de la concesión sobre alguna contingencia futura, era irregular. (Puede verse también, en relación con este asunto, el artículo de A. R. Shaw, *Crown Lands Titles*, en «New South Wales - The Issue of a Crown Grant», octubre de 1944, página 167; y Baalman, *Torrens System - Going Behind the Grant*, febrero 1945, pág. 281, ambos en «Australian Law Journal».)

DERECHOS DE PASO PUBLICOS

La Ley de Victoria de 1954, en el apartado c) del art. 42, y la de Australia Occidental, en el art. 68, exceptúan: «Cualquier derecho de paso público».

Kerr (pág. 304), citando el art. 86 de la ley de Sur Australia y el 68 de la ley de Australia Occidental, dice que los derechos de

paso o caminos públicos prevalecerán, a pesar de la ausencia de una anotación sobre su existencia en el certificado de título, y un cesionario del propietario registrado de la finca sujeta a tales derechos de paso público, la adquiere sujeto a ellos, aunque el certificado de título, no especifique los derechos de paso.

Un camino público o carretera no es una servidumbre. Es una dedicación al público de la ocupación de la superficie de la finca para el objeto de pasar y volver a pasar (*Metters v Distrit Council of West Torrens*, 1910). Si ha sido hecha tal dedicación, es cuestión de hecho.

Baalman (pág. 134), con referencia a la ley de Nueva Gales del Sur, que menciona en general como excepción, «cualquier derecho de paso», consigna respecto a los pasos públicos, el siguiente comentario: Fué dicho por Rich, en *Vickery v Municipality of Strathfield*, 1911, que: «La redacción del art. 42 sugiere que los derechos referidos son tales capaces de existir en un particular; ello es inconsistente con su aplicación a los derechos de uso públicos. Pero, aparte de esto, los pasos públicos parecen estar completamente fuera del ámbito de la ley». Si estuvieron o no completamente fuera del ámbito de la ley en 1911, porque la propiedad del público no podría haber sido certificada, parecen haber sido traídos a la esfera de la Ley de Registro por la ley del Gobierno Local de 1919, que no sólo inviste la propiedad de todos los caminos públicos en los Consejos, sino que también faculta a los Consejos para ser registrados como propietarios del camino, bajo las disposiciones de la Ley del Registro. Es más, el derecho del público a adquirir un camino por uso ha sido abrogado por aquellas disposiciones de la ley del Gobierno Local, que prohíben la apertura de caminos públicos si no es de acuerdo con esta ley (véase *Ex parte Homlands Development Co. Ltd.*, 1936).

SERVIDUMBRES

El art. 42, apartado b) de la ley de Nueva Gales, y análogamente el 44 de Queensland, 40 de Tasmania, y en Sur Australia el apartado IV del art. 69, exceptúan el caso de omisión o equivocada descripción de cualquier derecho de paso u otra servidumbre creada

o existente sobre cualquier finca; y en la ley de Victoria de 1954 la letra d) del apartado 2.º del mismo artículo establece que la finca estará sujeta a «cualesquiera servidumbres adquiridas de cualquier forma y que subsistan sobre la finca o le afecten». El art. 68 de Australia Occidental dice adquiridas por goce, uso o subsistentes.

Respecto a una servidumbre subsistente cuando la finca es inicialmente registrada, la aplicación de esta excepción, dice Baalman, pág. 140, está más allá de toda controversia, pues así fué establecido por el Consejo Privado en el caso de James v Stevenson (1893).

Ha sido, sin embargo, una cuestión muy discutida si esta excepción se aplica asimismo respecto a servidumbres creadas con posterioridad a la registración de la finca.

La opinión afirmativa tiene a su favor la literalidad del precepto que no distingue entre unas y otras, sino que se expresa en términos generales, y a ella parece se adhiere Hogg, *Australian Torrens System* (págs. 816 y 817); aunque en pág. 884 dice: Servidumbres bajo el sistema pueden ser consideradas como gravámenes de la naturaleza de cargas sobre el inmueble, generalmente (respecto al predio sirviente), requiriendo registración para ser efectivas; en pág. 939, dice que la principal peculiaridad de las servidumbres respecto a fincas registradas es que la registración no es siempre esencial para su validez; y en la pág. 1.037, refiriéndose a «caveats» para la protección de servidumbres, deja en la incertidumbre la cuestión, expresándose en términos alternativos. Beckenham y Harris (pág. 96), claramente dicen que el punto de vista generalmente aceptado en Nueva Gales del Sur parece ser que un título certificado bajo la Ley del Registro está sujeto a cualesquiera servidumbres, cuya existencia pueda probarse, ya estén ellas anotadas como gravámenes o no, ya hayan sido creadas antes o después que la finca fué sometida a la Ley del Registro y cualesquiera que fuere la forma de su creación.

La opinión de Beckenham y Harris parece que era compartida—dice Baalman—por los autores de la adición del art. 14-A, a la ley de Nueva Gales del Sur en 1930, que en su apartado 1) permite llevar al Registro servidumbres creadas por instrumentos no registrados. Wiseman (pág. 102) dice que la finca comprendida en

cualquier certificado está sujeta a una servidumbre, aunque ella no esté especificada como un gravamen en el certificado, pues la omisión de consignarlas en el certificado del predio sirviente no relevará a éste de su afección; limitándose a citar a *James v Stevenson*, que, como vimos, se refiere solamente a la registración inicial.

Frente a esta posición se inclina por la negativa, opinión que tiene en su apoyo el que la ley tiene preceptos que regulan el procedimiento para su inscripción; Kerr, quien escribe (pág. 286), que la excepción queda limitada a las servidumbres cuya adquisición ha sido realizada antes de la registración inicial del predio sirviente. Y en el mismo sentido dice Harrison (pág. 277), que la interpretación natural que hay que dar a la palabra «omisión», es que se refiere a no registración cuando debía haber existido registración; y que los casos contemplados por la legislatura eran casos de cuando la finca fué sometida a la ley, una servidumbre existente no estaba registrada. Una descripción equivocada, es tal vez limitada similarmente a registración inicial. Las palabras podrían, sin embargo, extenderse también al caso de que al hacer una transferencia, una servidumbre previamente registrada, por error fuera omitida o mal descrita.

Si de la doctrina pasamos a la jurisprudencia, veremos que tampoco hay en ella unanimidad.

Respecto a Nueva Zelanda (donde la ley es similar), Bekenham y Harris citan varias sentencias, de las que dicen, que han trazado una definida línea de demarcación entre servidumbres que existían cuando la finca fué inicialmente registrada y las creadas después, y que estas últimas deben ser creadas por instrumentos registrados.

Canaway (pág. 80), cita *Lean v Maurice de Sur Australia* (1874) y dice que estableció que las servidumbres gravan a la finca, no obstante no constar anotadas en el certificado de título, aun cuando el predio sirviente haya sido transferido a un adquirente a título oneroso.

En el caso *Dabbs v Seaman*, referente a Nueva Gales del Sur (1925), resuelto por el Alto Tribunal Australiano, incidentalmente, Isaac y Higgins expresaron, que una servidumbre creada después que la finca ha sido sometida al Registro, debe ser registrada para afectar al predio sirviente. Starke, por el contrario, opinó que el

título del predio sirviente está sujeto a cualquier servidumbre existente sobre la finca, aunque dicho derecho no haya sido registrado (39).

Pero la cuestión no se planteó judicialmente, de modo directo, en Nueva Gales del Sur, hasta el año 1943, con el caso *Jobson v Nankervis*, en el que Nicholas rechazó la alegación del demandante de que la registración de la servidumbre era innecesaria. El siguió la línea de casos decididos en Nueva Zelanda y sostuvo que la excepción en el artículo 42 (b) se refiere sólo a servidumbres creadas antes de que la finca fuera sometida al Registro. El citó con aprobación la opinión de Williams, en *Mackenzie v Waimumu Queen Gold Dredging Co. Ltd.* (1901, Nueva Zelanda), que, «Para crear una servidumbre sobre una finca bajo la *Land Transfer Act.*, artículo 76, se requiera sea otorgado y registrado un documento de transferencia. En ausencia de tal registración, aunque tuvieran los demandantes conocimiento de la existencia del acuerdo, ellos serían protegidos por el art. 189 (art. 43 de la ley de Nueva Gales del Sur). El intentó reconciliar esta decisión con los contradictorios juicios expresados en *Dabbs v Seaman* (1925), pero sostuvo, un poco vagamente, que las circunstancias en ese caso fueron excepcionales.

Baalman, que se ocupa de esta y otras cuestiones, en su artículo *Easements under the Torrens System* («*Australian Law Journal*», noviembre de 1944, pág. 186), termina su trabajo, diciendo que está justificado un intento legislativo para conseguir un mejor equilibrio. El efecto impartido sobre las servidumbres en general, por la sentencia en *Jobson v Nankerris*, hace casi imperativa esa tentativa. Si hubo o no adecuada justificación para el punto de vista aceptado generalmente de que las servidumbres están fuera del sistema Torrens, el hecho de que este punto de vista fué adoptado ampliamente y de que ha sido perturbado, debe reaccionar en contra de la seguridad de los títulos en general.

D. M. Selby, en su artículo *Indefeasibility of title under the Torrens System. Acquisition of easements by prescription*, en «*Australian Law Journal*», marzo de 1934, pág. 393, trata de la posibi-

(39) Sobre los asuntos que versó dicha sentencia y sus consecuencias, puede verse el trabajo de Baalman, en «*The University of Queensland Law Journal*», agosto de 1950, pág. 28, titulado *The dangers of Dabbs v Seaman*.

lidad de adquirir servidumbres por prescripción sobre fincas registradas, en Nueva Gales del Sur, sin resolver la cuestión.

Ultimamente, en abril de 1957, se ha publicado (en «Australian Conveyancer and Solicitors Journal», pág. 49), un trabajo de John L. Toohey, titulado *Easements by implied Grant under the Torrens System*, en el que recoge el caso *Stevens and Evans v Allan and Armasco* (1955), referente a Australia Occidental, en el que se da por admitida la excepción de las servidumbres establecidas con posterioridad a la registración inicial respecto a este Estado y Victoria. Dicha sentencia admite que puedan constituirse por concesión implícita (40). El articulista cita, respecto a Victoria, la decisión en *Nelson v Hughes* (1947), en el mismo sentido y resolviendo que pueden adquirirse por prescripción.

En *Jensen v Hawksley* (1955), relativo a Victoria, tratándose de una servidumbre resultante a favor del primer comprador de una parcela, tan sólo de un plano presentado en el Registro por el vendedor y que luego fué retirado, suprimido el camino y nuevamente presentado por el comprador del resto de la finca, no habiéndose registrado ninguna de las adquisiciones, fué decidido que el derecho de equidad del primer adquirente a la servidumbre prevalecía sobre el adquirente del resto. Puede verse «Australian Law Journal», julio de 1956, pág. 139.

DERECHOS DE ARRENDATARIOS A CORTO PLAZO Y POSEEDORES EN GENERAL (41).

Hogg (en *Registration*, pág. 91 y siguientes), resumía la situación en los distintos Estados, diciendo: «Que en Nueva Gales del

(40) Sobre esta categoría de servidumbres constituidas por concesión implícita, puede verse *Millard Real Property*, págs. 379 y 393. A esta categoría, dice Harrison que se refieren los casos antes citados de Nueva Zelanda, que admiten la excepción para las constituidas después de la registración inicial.

(41) Los «leases» desempeñan la misión de nuestros arrendamientos, pero con distinta fórmula jurídica, la de propiedad dividida, dando derecho a posesión exclusiva y originando la relación de Landlord y Tenant. Sobre la distinción entre Lease y License puede verse el interesante artículo de Harrison *Land Law. Lease o License*, en «The University Queensland Law Journal», noviembre 1952, pág. 76; y *Modern trends in the distinction between license and tenancy*, por Evan C. Lewis, en «Australian Conveyancer and Solicitors Journal», mayo 1953, pág. 41.

Sur, el título registrado no está sujeto a cualesquiera arrendamientos o tenencias, y aunque los artículos autorizando arrendamientos se refieren a los que excedan de tres años, la mejor opinión parece ser que los por tres años o menos son válidos contra el arrendador (ya consten o no por escrito), como lo serían bajo el derecho ordinario, pero que protección adicional puede ser conseguida asentándolos en el Registro de alguna forma.

En Sur Australia los por plazo de un año o menos no son inválidos por falta de registración, aunque expresamente se permite su registración (42). Pero un derecho de prórroga o de compra no será protegido contra un subsiguiente adquirente, a menos que tal arrendamiento o convenio esté registrado o protegido por «caveat» (art. 119).

En Queensland, tanto el arrendamiento («lease») como los derechos de renovación y de compra, parecen estar seguros contra el título registrado, aun respecto de un comprador.

El artículo 11 de la ley de 1877, enmendando el 44 de la de 1861, dispone: Que no obstante las disposiciones del artículo 44 de la ley principal, el derecho de un propietario registrado no será preferente o tendrá prioridad sobre cualquier tenencia de año en año o por cualquier plazo que no exceda de tres años, creada ya antes o después de la expedición del certificado de título de tal propietario registrado.

En Victoria, Australia Occidental y Tasmania queda sujeto el título registrado al derecho de cualquier «tenant» de la finca (43).

Un «tenant» es cualquier persona que es tenedor en posesión de hecho no adversa del inmueble y el derecho protegido de tal tenedor incluye todos los derechos con respecto al inmueble que surjan de tal posesión de hecho o la acompañen (Sandhurst Build Soc v Gissing, 1889); así lo que equivale a un buen título de propiedad contra el título registrado, puede ser creado por el propietario registrado, dejando entrar en posesión una persona que esté facultada para adquirir la propiedad o a quien se le ha dona-

(42) Apartado VIII del art. 69, que exige esté en posesión el arrendatario, art. 116.

(43) Cuando Hogg escribía, regía la Ley de Victoria de 1915, pero su artículo 72 decía igual que el de la ley de 1928, y también cuando la posesión no s adversa el derecho de cualquier «tenant» del inmueble.

do sin otorgar una transferencia en forma (Matthews v Matthews (1913); Wilson v Equity Trustees Co (1911)).

La creación de una propiedad en el tenedor, que será superior al título registrado, abre las mismas posibilidades en Victoria y Australia Occidental, como respecto a la adquisición o creación de propiedad por prescripción, que será superior al título registrado. En el caso de un tenedor, como también de un ocupante adverso (en oposición al titular) se puede tratar con el inmueble en una extensión indefinida sin referencia al título registrado.

Respecto a la amplia variación en los efectos dados en las diferentes legislaciones a la posesión en contra del título registrado, hay que notar que Victoria y Australia del Oeste, en un lado de la balanza hacen la posesión superior a la registración, mientras que Nueva Gales del Sur, en el otro lado, hace la registración superior a la posesión.

Victoria y Australia Occidental hacen la posesión superior a la registración en su forma extrema. Sus leyes establecen que las fincas registradas quedan sujetas al derecho de cualquier tenedor del inmueble, aunque éstos no estén especialmente notificados como gravámenes en el Registro. En estos artículos no se hace ninguna distinción entre posesión anterior y posesión subsiguiente a la registración inicial; los casos sobre derechos adquiridos por posesión anterior a la entrada del inmueble en el Registro se aplican igualmente cuando los derechos han sido adquiridos subsiguientemente y viceversa (44).

Si la persona en posesión es solamente un tenedor, su tenencia y todos los derechos surgidos de ella son preservados intactos, y no son afectados por el título registrado (Sandhurst Build Soc v Gissing). El derecho de un tenedor ha sido construido de manera que incluye toda clase de ocupación, desde tenencia a voluntad, a un derecho a la propiedad, así que las disposiciones dejan a salvo los derechos de aquéllos en posesión adversa o no adversa y realmente proveen para todos los casos de posesión, sea la de un mero intruso o la de una persona reclamando su derecho bajo

(44) Respecto a la posición especial de Sur Australia en cuanto a los derechos del poseedor existente al tiempo de la registración inicial (apartado V del art. 69), trataremos después, al ocuparnos del valor de dicha registración inicial.

un buen título legal o de equidad (Robertson v Keith (1870) y Commercial Bank v Mc. Caskill) (1897).

Aunque no esté expresa y claramente dispuesto para Victoria y Australia Occidental, estas disposiciones, tal como judicialmente se interpretan, abarcan el caso de una persona en posesión de un inmueble bajo un buen título documental o de otra forma incompatible o contradictoria con el título de un propietario registrado; a pesar de que no haya relación de «landlord» y «tenant» en el sentido ordinario (Robertson v Keith y Black v Poole (1895).

En el caso de que el propietario registrado inicie una acción judicial para recobrar el inmueble, el registro será «prima facie», prueba suficiente de su título y de su derecho a la posesión. Pero el demandado en posesión podría establecer una situación de tenencia emparejada con un derecho de equidad bajo un contrato en conexión con la tenencia, y éste puede llegar a ser un derecho combinado superior al título del propietario registrado, quien consecuentemente dejará de recobrar el inmueble (Sandhurst Build Soc v Gissing-Comercial Bank v Mc Caskill). El demandado puede también mostrar un buen título incompatible con el título registrado, de otra forma que como mero tenedor, en cuyo caso el demandante (propietario registrado) dejará de recobrar (Robertson v Keith, Black v Poole, Pleasance v Allen (1889).

En el mismo sentido Wiseman (pág. 108), cita los casos antes consignados en la exposición de Hogg, a los que añade, «National Bank of Australasia Ltd v Joseph», que fué resuelto por el Consejo Privado, el 26 de octubre de 1920, y Mac Mahon v Swan en (1924) y, en consecuencia, con posterioridad a la publicación de la obra de Hogg, resumiendo el contenido de todos ellos, en la forma siguiente:

El inmueble incluido en el certificado está sujeto a todos los derechos de una persona que está en posesión del inmueble no adversamente, incluso la derivada de un contrato de compra sin haberse otorgado el acto dispositivo y no solamente a sus meros derechos como tenedor, es decir, que el certificado está sujeto a todos los derechos de cualquier persona en posesión.

El derecho de cualquier tenedor significa todo derecho de él sobre el inmueble que no sea separable de su derecho a continuar en ocupación, verbigracia, cuando se toma posesión bajo un con-

trato de venta. El derecho de cualquier tenedor incluye una tenencia vitalicia. El artículo, sin embargo, no protege a un tenedor con base en la posesión del tenedor en cuanto al derecho de su arrendador. Un vendedor, reteniendo la posesión de un inmueble hasta que sea pagado el total precio aplazado, está protegido por este artículo, aunque el comprador haya sido registrado como titular y haya depositado el certificado de título en un Banco como seguridad de un préstamo y el derecho de tal comprador está sujeto a la tenencia hasta que el precio sea pagado. La posesión implica conocimiento del título bajo el que tal posesión es retenida que nadie tratando con la propiedad, puede sin riesgo ignorar. Los derechos de equidad de las personas en posesión están protegidos contra los subsiguientes gravámenes de equidad, aunque el último fuere creado por el titular registrado y los subsiguientes adquirentes de gravámenes de equidad trataran sin real conocimiento de los derechos reclamados por aquéllos que están en posesión (*National Bank of Australasia Ltd v Joseph*). En *MacMahon v Swan* (1924) fué establecido que una opción de compra dada a un tenedor en posesión era protegida por ser un derecho de tal tenedor bajo este artículo (45).

Sin embargo, dice Wiseman (pág. 109), un poseedor no debe ser aconsejado en confiar en la posesión, sino que debe registrar su derecho, tan pronto como dicho derecho sea susceptible de registración.

Por su parte Kerr, después de hacer una amplia exposición de todos los casos citados (excepto *Mac Mahon v Swan* (1924), citado por Wiseman en la edición de 1931, que es la que utilizamos), exposición que es muy interesante para formar juicio del asunto, pero que no podemos reproducir por su extensión, dice (pág. 177): Wiseman y también Hogg, al parecer consideran estas sentencias como buen derecho. Parece, sin embargo, que en cualquier caso concreto se debe de considerar atentamente un argumento rechazado en las particulares circunstancias de *Sandhurst Permanent, etcétera. Society v Gissing*, que negligencia o tácito abandono por

(45) Sobre la naturaleza de la opción de compra en el derecho inglés, puede verse el artículo *Options to purchase land*, en «*Conveyancer and solicitors Journal*», julio, 1954, pág. 74; y *Options*, por Russell Fox, en «*Australian Law Journal*», mayo y junio de 1950, págs. 7 y 50.

parte del poseedor demandado le privaría de su derecho. Este razonamiento parece de acuerdo con el criterio de la necesidad de obtener un «caveat» adoptado por el Consejo Privado en *Great Western Permanent Loan Co v Friesen* (1925) y por el Alto Tribunal en *Barry v Heider* (1914). Y, en página 179, dice que es esencial hacer notar que ninguno de los derechos a que se concierne el caso *National Bank Australasia Ltd v Joseph* estaban registrados. Si ellos hubieran estado registrados, la decisión en *Culler v Thompson* (1879) tendría aplicación.

En *Cullen v Thompson*, A, un propietario registrado tomó dinero en préstamo de B, y fué inducido por él a firmar un documento que él supuso era una garantía, pero que era una transferencia del inmueble de él a B. B se registró a sí mismo como propietario, e hipotecó la finca a C. La finca era enteramente ocupada por un arrendatario por semanas de A, quien pagaba el alquiler a éste. Al descubrir el fraude de B, A presentó una demanda contra B y C para la redención. Fué declarado que, de no ser por la ley del Registro, C hubiera sido por la tenencia, afectado con un conocimiento presumible de los derechos de A, pero que en virtud de dicha ley la hipoteca de C era buena en cuanto a A.

Respecto a Nueva Gales del Sur, dice el mismo autor (pág. 180), que es el único Estado en que ninguna enmienda había sido hecha en la ley sobre el asunto de los arrendamientos a corto plazo, pero que el punto de vista que ha prevalecido es que un arrendamiento no registrado por un plazo que no exceda de tres años puede ser válido entre las partes y contra otras personas que adquieran la finca con conocimiento del mismo, pero sujeto a ser destruido por un adquirente a título oneroso de buena fe, que no conozca su existencia (*Arnold v Wallwork* (1899) *Oertel y Hordern*) (1902).

Pero con posterioridad a la publicación de su obra, en 1930, fué añadida a las excepciones del artículo 42 la contenida en el apartado d): «Los arrendamientos que no excedan de tres años, siempre que el arrendatario esté en posesión o facultado para inmediata posesión, y la opción de prórroga del arrendamiento original no exceda de un total periodo de tres años y que el titular registrado, antes de llegar a serlo, tenga conocimiento de ello contra el que él no esté protegido.»

Aunque ningún instrumento hasta que esté registrado—dice

Baalman, pág. 146—es efectivo para transmitir legales derechos sobre inmueble; ello se aplica solamente a los instrumentos que la ley requiere sean registrados y un arrendamiento es efectivo sin registración, como fué resuelto en *Josephson v Mason* (1912); pero hasta que se dictó esta disposición de excepción podía ser anulado por un comprador de la finca, a no ser que el arrendatario hubiere presentado un «caveat» o, algo irregularmente, según parece, hubiera obtenido la registración del arrendamiento. Esta excepción se cree ha sido inspirada por el caso *Munro v Stuart*, que fué decidido el año 1924. Se vendió un inmueble bajo un contrato en el que se expresaba que la venta se realizaba sujeta a las existentes tenencias y ocupaciones, sin especificarlas, pero cuya existencia conocía el comprador, quien después de inscrito procedió al lanzamiento de los arrendatarios y el juez resolvió que la expresión utilizada no ligaba al comprador a reconocer alguna específica tenencia u ocupación y el artículo 43 relevaba a él del efecto del conocimiento de las mismas. En cuanto al conocimiento del arrendamiento puede ser establecido en términos generales—dice Baalman—que un comprador será afectado por conocimiento de los derechos de cualquier persona que se encuentre en ocupación del inmueble (*Hunt v Luck* 1902), pero el conocimiento recibido con posterioridad al otorgamiento de una transferencia registrable, aunque esta no haya sido registrada, no protegerá al arrendatario conforme a lo dispuesto por el art. 43 A, que antes expusimos.

El art. 68 de la Ley de Australia Occidental, tal como fué redactado en 1950, reduce la excepción a los arrendamientos o convenios para arrendar por un plazo no superior a cinco años y estando en posesión efectiva del inmueble, disponiendo que ninguna opción de compra o renovación en cualquier arrendamiento o convenio será válida contra un subsiguiente derecho registrado, a menos que tal arrendamiento o convenio esté registrado o protegido por «caveat».

Por último, respecto a Victoria, Moerlin Fox (en su trabajo *The Victorian Transfer of Land Act de 1954*, en «*Australian Conveyancer and Solicitor Journal*», julio de 1955, pág. 76) resalta la exclusión de las opciones de compra en la Ley de 1954, diciendo lo siguiente: los derechos de un tenedor en posesión han sido siempre protegidos bajo el Sistema Torrens de Victoria, pero mientras

que el art. 72 de la ley de 1928 y sus predecesores se referían meramente a los derechos de cualquier tenedor del inmueble, decisiones judiciales habían extendido el significado de la frase a derechos que no correspondían al tenedor como tal. Así, como resultado de la decisión en *Mac Mahon v Swan*, 1924, una opción de compra concedida a un tenedor prevalecería sobre el certificado de título de un subsiguiente comprador, aunque la opción no estuviese protegida por «caveat», o en cualquier forma notificada al comprador. El nuevo art. 42 de la ley de 1954, expresamente dispone que las opciones de compra pertenecientes a tenedores no están protegidas, y el resultado es que un tenedor a quien corresponda tal opción está en la misma posición que cualquier otro a quien pertenezca un derecho de equidad y deba proteger su derecho colocando un «caveat».

CARGAS LEGALES

La Ley de Nueva Gales del Sur no consigna la excepción de las cargas legales, pero ya en 1902 Canaway enumeraba varias de éstas. Sobre ello escribe Baalman (pág. 151): «Hay numerosos derechos en el inmueble que surgen de leyes posteriores a la del Registro, y que se asume por esta razón que impiden la concluyencia del libro registro. A falta de un nombre mejor, se conocen genéricamente por cargas legales. Si es o no justificada esta asunción, bien de manera general o en algún caso específico, está sujeto a dudas considerables. Es práctica de la mayor parte de los especialistas en transferencias al examinar el título, hacer indagaciones en cuanto a la posibilidad de que el inmueble esté afectado por alguna de estas cargas. Pero ha sido difícil estar al corriente con el aumento casi anual de las cargas legales; y en cualquier caso, pocos especialistas en transferencia hacen las búsquedas que, como está previsto en el apartado 188 (2) de las Leyes de Transferencias, podrían dar protección a sus clientes.»

La Ley del Registro de Sur Australia había buscado anticiparse a este conflicto de derechos legislativos, disponiendo, en su art. 6.º, que: «Ningún derecho, en cuanto sea inconsistente con esta ley, se

aplicará a fincas sujetas a sus disposiciones, ni cualquier derecho futuro, se aplicará, en cuanto sea inconsistente con esta ley, a menos que sea expresamente dispuesto, que sea aplicable, no obstante las disposiciones de la Ley del Registro de 1886».

Pero el Alto Tribunal sostuvo que un Parlamento no podía ligar a sus sucesores, de este particular modo, y el artículo, en consecuencia, no producía los efectos pretendidos. En el caso *S. E. Drainage Board v Saving Bank of S. A.* (1939), el derecho no registrado de *S. E. Drainage Board* que expresaba la ley ser «primera carga» sobre el inmueble, se sostuvo preveleía sobre una hipoteca que había sido registrada bajo la Ley del Registro. Evatt, dijo: «La ley declara la prioridad de su carga; primera significa primera; no ha lugar para una registración de la carga bajo la Ley del Registro, y por tanto, no ha lugar para que la carga sea anulada por la registración de un derecho subsiguiente en el mismo inmueble.» El amplio principio sobre el que descansa esta prioridad de un derecho no registrado es—dijo Dixon—que si la última legislación contiene un lenguaje claro, del cual se desprende que sus disposiciones fueron dictadas para aplicarse de una manera inconsistente con la Ley del Registro, entonces deben operar de acuerdo con su significado. Pues a la última legislación se le debe dar efecto a expensas de la primera.

En la actualidad en Sur Australia hay varias leyes que imponen cargas preferentes sin necesidad de registrarlas, que detalla Jessup (en *Form and practice of The Lands Titles office of South Australia*, páginas 333 y siguientes), y contra las que protesta, no sólo en su citada obra, sino también en su artículo *The house that Torrens built* (en «*Australian Law Journal*», marzo de 1945, página 302), en el que dice que quizá el más grande enemigo legal a nuestra ley registral es la legislación que se refiere a la variedad conocida como «primeras cargas». Estas pueden ser consideradas como las hormigas blancas (termitas), que ponen en peligro la casa que Torrens construyó; y aún insiste sobre ello, en *The Torrens System Blushes?* («*Australian Law Journal*», febrero de 1954; página 602); implican—dice—una gran divergencia con los principios del sistema Torrens, produciendo un «shock» en instituciones crediticias y acreedores particulares, que encuentran relegadas sus garantías a segundo lugar y hay necesidad de realizar investiga-

ciones fuera del Registro, e incluso hay leyes que declaran nulas determinadas transacciones sin que en el Registro conste indicación alguna de estas restricciones en las facultades dispositivas del titular.

Nueva Gales del Sur también ha tomado medidas para disipar la oscuridad producida por las cargas legales, pero de diferente manera. Fué la de establecer en 1 de julio de 1920, el «Registro de pleitos, mandatos judiciales y órdenes, afectantes a inmuebles», con el propósito de obviar—dice Wells («The Practice of The Registrar General's Department» (New Sout Wales), 1953, pág. 102); la necesidad de las numerosas investigaciones que el comprador de un inmueble estaba obligado a hacer, ya estuviere el título del inmueble bajo el viejo sistema o bajo las disposiciones de la Ley del Registro». Este registro ha sido criticado sobre las bases siguientes: a) Es un intento de comprender en un sólo registro dos sistemas de título fundamentalmente diferentes. b) Para el mismo registro son prescritos diversos métodos de registración. Algunos asientos son hechos a los nombres de los propietarios del inmueble afectado, pero cuando los asientos se refieren a notificaciones y resoluciones realizadas bajo una ley, ellos se efectúan bajo el título abreviado de la ley, seguido por el nombre de la localidad en donde radican los inmuebles afectados. c) Los períodos de efectividad son diferentes; algunos asientos cesan de tener cualquier efecto al transcurrir un plazo, a menos sean renovados en forma, mientras que otros están en vigor indefinidamente o hasta que sean cancelados.

La redacción del apartado 2) del art. 43 A de la ley registral, suscita la duda, de si no es necesario investigar en el mismo, respecto de fincas sometidas al sistema, asunto que es estudiado por J. F. Murphy (en su artículo *Real Property Act, 1900 (N. S. W.) Search for Statutory Charges*, en «Australian Law Journal», enero de 1933, pág. 326), inclinándose por la necesidad de investigar en el mismo.

Hay que destacar—dice Wells—que en vista de la exoneración dispuesta por el art. 188 de la Ley de Transferencias de inmuebles, sería de la mayor imprudencia para un adquirente de propiedad o derechos sobre inmuebles dejar de inspeccionar este registro.

Dicho art. 188, establece que las cargas a que se refiere, serán

nulas contra un adquirente a título oneroso de buena fe del inmueble afectado, a menos que estén registradas al tiempo de la adquisición y el índice en forma que el adquirente debiera razonablemente haber encontrado el asiento al hacer la busca.

Este experimento legislativo, dice Baalman (en su artículo, *Experiment in Registration*, en «Australian Law Journal», marzo de 1944, pág. 351), no ha tenido éxito. En los primeros ocho años de su existencia al Registro fué virtualmente ignorado por las varias autoridades locales y departamentos a que se refería. Aún desde 1928 ha existido solamente un reconocimiento parcial de la obligación impuesta sobre aquellos responsables de procurar la validez de los derechos a que se refiere, mediante su registro. Los juristas profesionales han preferido continuar yendo de oficina en oficina y a las demás fuentes para hacer sus investigaciones, pudiendo fijarse sólo en la pequeña proporción de un 5 por 100 la de aquéllos que utilizan este Registro. Los beneficios de examinarlo son sólo negativos. Un comprador que lo examina y no encuentra nada adquiere libre de cualquier derecho que debiera constar en el Registro, pero un jurista que realiza investigaciones en otras fuentes renuncia a este beneficio, en nombre de su cliente, porque él puede encontrarse ligado por conocimiento de materias, que en otro caso no afectarían al comprador.

La ley arroja sobre las autoridades encargadas de dictar las normas reglamentarias la obligación de disponer una forma de registración o de índices que sea razonable.

Pero hasta que las autoridades aprendan, dice Baalman, cómo realizar el milagro de reconciliar un registro de fincas (Torrens), con un registro de nombres (registro general), es difícil ver cómo el registro de que tratamos, pueda ser hecho razonablemente accesible a los investigadores en ambos sistemas de registro.

Para Ruoff (*An englishman looks at the Torrens System*, en «The Australian Law Journal», junio de 1952, pág. 121), el registro de que estamos tratando constituye una rotura del que llama principio del espejo, esto es que el registro de la propiedad refleja todo lo que afecte al título de propiedad del inmueble.

A mi juicio—escribe—este registro, que está inspirado en el Registro general de cargas inglés, hubiere servido a un excelente propósito si hubiera sido confinado lo mismo que el inglés, a títulos

bajo el sistema antiguo. Pero la legislación, fallando en comprender que el registro Torrens debe contenerse completamente en sí mismo, intentó injertar este registro por igual, sobre el antiguo y nuevo sistema.

Con el fin de poner remedio a esta situación, el Ministro de Justicia nombró en 1946 un comité para la revisión del derecho de propiedad, y en especial estudiar disposiciones referentes a la registración o notificación de las cargas legales. Dicho comité terminó sus trabajos en 1954, habiéndose publicado abreviadamente su informe y proyecto de ley en los números de «Australian Law Journal», de octubre, noviembre y diciembre del mismo año, páginas 258, 335 y 336. Para dar una idea del estado de confusión a que se ha llegado en esta materia basta poner de relieve:

1.º Que los «solicitors» antiguos tienen unos cuestionarios impresos para formular al vendedor sobre este asunto más de sesenta preguntas, y los más jóvenes raramente conocen la existencia del registro de pleitos, mandamientos judiciales y órdenes.

2.º Que varios departamentos gubernamentales han impuesto primeras cargas, que resultan en conflicto entre sí. También siguen omitiendo registrar cargas registrables.

A grandes rasgos, pues no podemos detenernos en sus detalles, el Comité, en su proyecto de ley, propone la desaparición de aquel Registro especial en un plazo de dos años y la necesidad de registración en el Registro general de «deeds», o en el de la propiedad por mera notificación, si se trata de fincas sometidas al mismo, para su validez frente a los adquirentes a título oneroso, conozcan o no las cargas.

Reduce las excepciones de registración a algunos repartos contributivos y a los proyectos de planificación.

El Registrador general T. Wells, en su comentario al informe de la comisión (publicado en la misma revista, enero de 1955, página 417), no se muestra de acuerdo con la supresión de este registro especial, lo que cree perturbador, si bien insiste en la necesidad de que no debe afectar a las fincas inscritas en el registro de la propiedad.

Respecto a Victoria, la ley de 1928 consignaba la excepción de cualesquiera repartos contributivos no satisfechos y otras sumas que sin referencia a registración bajo esta ley, son por expresas

disposiciones de una ley declaradas ser una carga sobre inmuebles y respecto de la que ninguna disposición es dictada para su registración. Pero respecto de ello, dice Moerlin Fox (*The Victorian Tranfeer of Land Act of 1954*, «Australian Conveyancer and Solicitors Journal», julio de 1955), que es frecuentemente difícil determinar qué sumas se adeudan a las diversas Autoridades, respecto a las leyes que disponen que tales sumas serán una carga sin registración. En un intento para rectificar esta incertidumbre, el nuevo art. 42, se refiere, no a repartos contributivos y otras sumas, sino a contribución territorial, repartos contributivos y otras cargas que puedan ser descubiertas mediante un certificado expedido conforme al ar. 385 de la Ley del Gobierno Local 1946, artículo 93 de la Ley de Alcantarillado de los distritos de 1928, y el art. 334 de la Ley de Aguas de 1928 o de cualquier otra disposición específica para los objetos de este apartado por proclamación del Gobernador en Consejo, publicado en la «Gaceta» del Gobierno.

De este modo, cada Autoridad, cuyas cargas han de ser preferentes al certificado de título, debe de formar su propio Registro y debe expedir un certificado referente a si la finca de que se trate está afectada. La medida parece inspirada en la legislación inglesa sobre registros de cargas locales y parece el mejor paliativo del mal.

VALOR DE LA REGISTRACION INICIAL O INSCRIPCION DE INMATRICULACION

Por último, aunque parezca paradójico, pero de esta forma evitamos repeticiones, vamos a ocuparnos del valor de la inscripción primera, respecto del cual se han hecho en nuestra patria afirmaciones inexactas, aún por el mismo Gallardo, tan acertado en general en sus apreciaciones; afirmándose, que «en cuanto al título que por vez primera se expide al interesado le atribuye el Acta un valor absoluto y el propietario a cuyo favor se ha expedido resulta reconocido como dueño indiscutible sea cuales fueren los defectos que después se notaren en su titulación y sujeto únicamente al arrendamiento en favor del poseedor material del inmueble en la

época de la expedición del título y por un plazo que varía de uno a tres años, según las colonias».

Desde luego, constituye una peculiaridad del sistema australiano, el que en virtud de un procedimiento que se ha calificado de casi judicial, confiera la titularidad al inmatriculante, aunque no le correspondiera conforme al derecho general.

Fundamental en esta materia es la decisión del Consejo Privado en *Assets Co v Mere Roihi* (1905), de la que ya hemos expuesto parte. En *Boyd v Mayor of Wellington*, Salmond resumió la doctrina de dicha decisión en cuanto a la posición del propietario registrado inicialmente, con las siguientes palabras: «Cuando la finca es traída bajo la ley a instancia del propietario y en cumplimiento de una cuasi judicial investigación del título precedente por el registrador, es derecho fijado que el título registrado así obtenido, es indestructible y no puede ser atacado por los propietarios de anteriores derechos contradictorios, sobre la base que el registrador erróneamente no tuvo en cuenta aquellos derechos y expidió un título registrado a quien no estaba titulado a ello. Todos tales derechos anteriores, en ausencia de fraude u otras específicas excepciones, son conclusivamente destruidos por la traída de la finca bajo la ley, y la expedición de un título contrario a otra persona. El remedio de las personas cuyos títulos han sido así destruidos no es por medio de ataque al indestructible título registrado, sino por medio de una reclamación para compensación pecuniaria. Esto hacía tiempo que estaba así determinado por el Tribunal Supremo de Sur Australia en *Bonnin v Andrews*, una decisión aprobada por el Consejo Privado en *Assets Co v Mere Roihi*.»

Pero esta concesión de propiedad está sujeta a importantes limitaciones y condiciones.

En primer lugar, el título registrado inicialmente queda sujeto a todas las excepciones que hemos enumerado, y no son pocas, en cuanto a la exactitud e integridad del registro.

Respecto de esto, hay que resaltar:

1.º Que en cuanto a las servidumbres, todos están de acuerdo en que constituyen excepción a la integridad en caso de registración inicial, pero en cambio hay quienes sostienen que no

lo son respecto a los adquirentes posteriores protegidos, y que deben registrarse para que les perjudiquen.

2.º Que en cuanto a la indebida descripción de lindes y parcelas, que constituyen excepción en la registración inicial, la ley consigna la contra excepción respecto al adquirente a título oneroso y que doctrina y jurisprudencia entiende ha de ser también de buena fe. Lo que sucede es que hay que distinguir lo que constituye error en cuanto a descripciones y lo que constituye error en cuanto al título, lo que fué explicado por Walker, en el caso *Hamilton v Iredale* (1903), referente a una registración inicial, en la forma siguiente:

Si yo solicito el someter Blackacre bajo la ley (a lo cual tengo derecho) y en mi solicitud o en el certificado Blackacre está descrita equivocadamente de manera que me es expedido un certificado de la finca lindante, Whiteacre, o de Blackacre más un trozo de Whiteacre, está claro que hay falsa descripción de parcelas o lindes, que puede ser rectificada contra mí o cualquier adquirente a título gratuito. Sin embargo, si yo solicito someter bajo la ley un terreno respecto del que no tengo ningún título y se me expide un certificado de ese terreno, no es un caso de equivocada descripción de parcelas o lindes. Errónea descripción es, cuando teniendo intención de describir A, yo describo B, o describo A de manera que incluyo a B; pero no es ninguna descripción errónea si yo describo correctamente un terreno para el que solicito la registración, aunque el terreno no sea mío.

En este caso—refiere Baalman—Iredale había obtenido un certificado de título en una solicitud inicial para (*inter alia*) un trozo de terreno triangular en Newtown. Ante las pruebas, el Juez en primera instancia fué «convencido de que el demandado Iredale no mostraba ningún título del trozo triangular de terreno incluido en la solicitud, y que el certificado con respecto a ese trozo le fué expedido erróneamente». Los demandantes, por otra parte, mostraban un buen título documental, que empezaba con la concesión de la Corona, y también posesión continua durante más de veinte años. El Juez dictó una orden para la rectificación del certificado de título. Contra esta decisión Iredale apeló, y el Tribunal en pleno acogió la apelación. Las siguientes razones pueden ser extraídas de los diversos juicios de Stephen y Owen y

Walker. El Tribunal no puede revisar el trabajo de los examinadores de título después de que el terreno ha sido sometido a la ley, aunque aparezca que han cometido una equivocación en cuanto al título. La ley provee remedios para sus víctimas, pero no le permite entorpecer la concluyencia del libro-registro, a no ser que el caso entre dentro de una excepción mencionada en el art. 42. Indebida descripción de parcelas en excepción (c), significa indebida descripción de parcelas—no falta del título—un error del agrimensor muy distinto del del jurista. El terreno en ese caso fué descrito correctamente. Lo que el demandante quiso mostrar fué que el solicitante no tenía derecho a él. En la fecha de la solicitud él, ciertamente, no tenía título, pero el Registrador general le había dado uno. No se puede discutir la concluyencia del libro-registro en ese sentido.

3.º Respecto a los derechos de un poseedor con un legal título: en Sur Australia, donde, como hemos visto, no superan al valor de la inscripción, cuando dicha posesión es adquirida con posterioridad a la registración inicial; por el contrario, cuando la posesión, unida a un título legal, es anterior a la registración inicial, e incluyendo si lo había adquirido por prescripción con anterioridad, dicho título es preferente, no sólo en cuanto al inmatriculante, sino respecto de los adquirentes posteriores si se continúa en posesión. En efecto, la ley de Sur Australia 1886-1945, en el apartado VI del art. 69, correspondiente al art. 134 de 1861, dispone que: «Cualquier certificado expedido al registrar inicialmente el inmueble, y todo certificado expedido respecto de dicho inmueble, o parte del mismo a quien deriva título del inicialmente registrado, será nulo contra el título de cualquier persona adversamente en efectiva ocupación y en derecho titulado a dicha inmueble o cualquier parte de él, en la época en que el mismo fué traído bajo las disposiciones de esta ley, y continuando en tal ocupación al tiempo en que cualquier subsiguiente certificado sea expedido» (46).

Dice Hogg (*Australian Torrens System*, pág. 807) que el efecto de la disposición parece ser que si la persona en adversa posesión al tiempo en que el inmueble es llevado bajo el sistema, puede

(46) La misma disposición contiene el art. 135 de la ley de Tasmania de 1862.

demostrar que al iniciarse el procedimiento para recobrar el inmueble, él había adquirido título por prescripción, su título prevalecería sobre el título reclamado bajo el certificado de título, ya por el original solicitante, ya por cualquier subsiguientemente registrado propietario.

Pero a juicio de Kerr (pág. 244), la adversa ocupación de una persona legalmente titulada no significa lo que ordinariamente es conocido como adversa posesión (la apta. para la prescripción adquisitiva), sino la ocupación de una persona que si no fuera por el certificado del título sería legalmente titulado (*Zachariah v Morrow*, 1915). Las palabras adversamente en actual ocupación, significan adversamente al certificado del título, y se aplican a un tenedor en posesión, poseyendo, en virtud de acuerdo con el inicialmente registrado, así como a los casos de adversa posesión (*Franklin v Ind*, 1883; *Gallash v Schutz*, 1882; *Harvey v Williams*, 1883; *Joy v Dunlop*, 1882). Fué aplicado también en *Metters v District Council of West Torrens* (1910), que consigna extensamente Kerr (pág. 245).

En *Smith v Registrar-General* (1909), fué decidido que no habiéndose completado el plazo prescriptivo antes de tener lugar la registración inicial, como la ley de Sur Australia no admitía la prescripción adquisitiva contra el certificado de título, el poseedor no estaba protegido por el artículo de que tratamos.

En segundo lugar, el primer inscribente en cuanto a las declaraciones que formule, ha de proceder de buena fe. Si conoce la existencia de algún derecho a favor de otra persona y no lo manifiesta, es culpable de fraude. Hay fraude, si al instar la registración inicial, voluntariamente se omite declarar un derecho existente; *Biggs v McEllister* (1883) y *Saunders v Cabot* (1885) (*Wiseman*, pág. 97). Si se sientan hechos o se hacen declaraciones falsamente (*Ogle v Hedi* (1887); (*Canaway*, pág. 79; *Wiseman*, pág. 403). Ocultar hechos de importancia, si ello es realizado a conciencia, es fraude dentro del sentido de la ley Registral (*Bell v Beckman* (1889) (citado por *Canaway*, pág. 30, y *Benkenham*, pág. 38).

En tercer lugar—según *Harrison* (pág. 244)—, no puede tener por base una falsificación, pues no obstante las declaraciones antes consignadas de *Assets Co Ltd v Mere Roihi*, en la misma

sentencia se dijo que falsificación era más que fraude, y originaba consideraciones peculiares.

En cuarto lugar, si el titular registrado estaba sujeto a un «trust» antes de la registración, permanecerá sujeto al «trust» después que la finca ha sido inmatriculada.

A juicio de Harrison (pág. 243), sucederá así, no sólo si el «trust» es expreso, sino también si es implícito o constructivo, pues no hay base para distinguir tales «trusts» de los expresos, ya surjan ellos de actos propios del titular, o sean vinculantes para él bajo la doctrina del conocimiento.

Según F. L. Stow (en su artículo *Torrens titles, original and derivative*, «Australian Law Journal», junio de 1932, pág. 54), esto será en los casos de «trusts» reconocidos o que surjan de compromisos personales del titular. En todos los casos de «trusts» reconocidos—escribe—el «trust» debe ser expresamente mencionado en la solicitud y será una calificación del título. Aunque los «trusts» no fueran referidos en la solicitud, el título no sería liberado de ellos por la expedición del certificado, en caso que el solicitante los hubiera personalmente reconocido o creado, pues los gravámenes de que el propietario certificado, es liberado, deben ser aquellos derechos preferentes que puedan ser ejercitados contra su título, no aquellos que él, como propietario, ha asumido personalmente o creado por sus propios actos.

En quinto lugar, el adquirente a título gratuito, conforme al derecho general inglés y la unánime doctrina registral antes expuesta, no ocupa mejor posición que su causante, y son ejercitables contra él los derechos que hubieran prevalecido contra su cedente. Así parece también resultar para la registración inicial del caso *Colechin v Wade* (1878). Pero Stow (*Torrens titles, original and derivative*, «Australian Law Journal», julio de 1932, pág. 93), dice que este caso que es todavía citado en los tratados como una autoridad, no puede ser considerado como tal por más tiempo. A su juicio, el adquirente a título gratuito, inicialmente registrado, logra un título libre de todo gravamen, incluyendo derechos de equidad, con la sola excepción de los antes expuestos al tratar de los «trusts». La limitación de protección en caso de título gratuito es aplicable a personas, adquiriendo un título derivativo, pero no al propietario original, y la razón de esta dife-

rencia es que inquirir si el original propietario adquirió, a título oneroso o no, es volver a abrir la investigación, que ya ha realizado el Registrador, y revisar una decisión que es entendido ser final. El hecho de la ausencia de contraprestación es un asunto al que el Registrador hay que suponer que ha dado su debido valor. Si éste o cualquier otro hecho constituye al solicitante en «trustee» o no, es ciertamente una cuestión sobre la que el oficial examinador del título debe dar su juicio.

PRINCIPIO DE INDEMNIZACION

En términos generales, se dijo en *Williams v Papworth* (1900) que el objeto para el que fué creado el Fondo del Seguro era compensar a las personas que sin culpa suya puedan haber sido privadas de su propiedad. En *Finucane v Registrar of Titles* (1902) se expresó que el Fondo del Seguro está en la situación de un casi seguridad, garantizando contra las pérdidas, que si no fuera por la ley no podrían ocurrir. Este método de garantizar inmunidad contra las pérdidas—dice Baalman—, distingue grandemente el sistema Torrens de otros sistemas de registración de inmuebles. El fondo probablemente está destinado a servir un doble objeto: 1) alejar los temores que ante la introducción de las leyes Torrens, los juristas hostiles engendraban en el público, y 2) ofrecer a la Administración tal medida de amplitud en el enfoque de los problemas de transferencias, como fué considerado esencial para la suave y económica corriente de los negocios. Si estos objetivos han sido alcanzados, es una cuestión donde difieren las opiniones.

El art. 133 de Nueva Gales del Sur, 109 de Victoria, 211, 212 y 214 de Sur Australia, establecen que el Fondo del Seguro no será responsable bajo ninguna circunstancia de compensación por pérdida, daño o privación, ocasionado: a) por incumplimiento por un propietario registrado de cualquier «trust», sea expreso, implícito o constructivo; b) por la inclusión del mismo inmueble en dos o más concesiones; c) por cualquier inmueble incluido en el mismo certificado de título con otro inmueble por descripción errónea de

los lindes o parcelas de cualquier inmueble, a no ser que sea probado que la persona responsable de la compensación y daño haya fallecido o ha desaparecido o es insolvente o ha quebrado, o el «sheriff» certificara que tal persona es incapaz de pagar el importe total concedido por cualquier sentencia para la recuperación de tal compensación o daño (47).

El propósito general — dice Baalman — es conferir a una persona privada de su inmueble por una operación de la ley un derecho a una compensación pecuniaria, en sustitución del derecho que hubiera tenido bajo el derecho común a entablar una acción de reivindicación. Se debe entablar o intentar una demanda por daños, en primera instancia, contra la persona que causó la privación. Si, por cualquiera de las razones expuestas, el intento falla, entonces la persona que sufre la pérdida puede dirigirse al Fondo del Seguro.

Como dijo Griffith, este nuevo derecho a reclamar recae primeramente contra la persona que derivó beneficio del fraude o error, y fracasando de recobrarlo de ella, puede haber recurso contra el Fondo del Seguro (*Finucane v Registrar of Titles* (1902)).

El demandado no ha de ser necesariamente uno que ha obrado mal. El puede haber advenido completamente inocente a la obtención de un certificado de título, mediante una solicitud de registración inicial, basada en un título defectuoso, conforme al derecho común. Sin embargo, como fué por su iniciativa, que el inmueble fué colocado lejos del alcance del verdadero propietario, es a él a quien la persona privada del inmueble debe dirigirse primeramente en cuanto a los daños.

Ya en las leyes anteriores de Victoria y en la de Australia Occidental—como dice Hogg (*Australian Torrens System*, página 857)—hay ciertos casos de remedio directo contra el Fondo del Seguro, en primera instancia. Pero la Ley de Victoria de 1954 parece haber sustituido en general el sistema de responsabilidad

(47) El art. 196 de la ley de Australia Occidental añade a estos supuestos de excepción, los de ejercicio impropio de cualquier poder de venta expreso o implícito en cualquier hipoteca o gravamen; reclamación bajo un instrumento, documento o escrito no registrado, o alguna hipoteca o carga de equidad por depósito, o de otro modo sin escrito, o cualquier otro derecho no protegido por «caveat», o a consecuencia de la expedición de un nuevo certificado de título en los casos de pérdida, destrucción o inutilización.

subsidiaria del Fondo del Seguro por el de responsabilidad directa, con derecho a repercutir contra el responsable del daño. En ella, a diferencia de la anterior, no se regula el derecho del perjudicado contra el responsable del daño, que sólo se menciona en el apartado c) del art. 109 (daños por equivocada descripción de linderos o parcelas de los que en principio no responde al Fondo del Seguro, como hemos visto).

El art. 246 de la ley anterior, concordante con el 126 de la de Nueva Gales del Sur y 203 de Sur Australia, que expresaba las personas contra quién había que dirigir, primero, la acción por daños, y cuándo podrían recobrarse del Fondo del Seguro, ha desaparecido; lo que tiene especial interés respecto al apartado 4) del de Nueva Gales, correspondiente al art. 204 de Sur Australia y 201 de Australia Occidental, que establecen la exoneración de responsabilidad del propietario registrado, cuando ha realizado una transferencia a un adquirente de buena fe y a título oneroso.

Conserva, con el núm. 110, el art. 250 de 1928, concordante con el 127 de Nueva Gales y 208 de Sur Australia, pero el apartado 2) dispone que cualquier persona facultada para reclamar daños puede entablar una acción contra el Registrador, como representante del Fondo del Seguro, o unir al Registrador, como codemandado, en cualquier acción entablada sobre el asunto, contra cualquier otra persona, y el Registrador puede asimismo unir a otra persona como demandado; reproduciendo además preceptos de la ley inglesa del Registro, respecto a quién procederá indemnizar, conceptos indemnizables y forma de calcular los daños (48); y en el art. 109, el apartado 3), letra a), se expresa en términos generales (y no en los limitados de enajenación a tercero y muerte, insolvencia o no poder ser encontrado de la ley anterior), el derecho a recobrar el Fondo del Seguro, lo pagado, de la persona realmente responsable.

(48) Pueden verse en mi citado estudio *El Registro de la Propiedad en Inglaterra*, pág. 228 (Curso de Conferencias de 1950 del Ilustre Colegio Notarial de Valencia).

CONCLUSION

Y con el principio de indemnización damos fin a este trabajo. Pero al terminarlo, me asalta un temor. El concepto difundido en nuestra patria acerca del sistema australiano estaría más o menos distanciado de la realidad, pero no cabe negar que constituía una idea sencilla llevada hasta las últimas consecuencias, casi una idea-fuerza, y, como tal, atractiva. Por esto despertaba el interés de la clase estudiantil y jugaba su papel en incitar al estudio de los sistemas registrales. Desterrar esta idea es algo así como desvanecer en un niño la ilusión de los Reyes Magos, por lo que sentiría remordimientos de conciencia si este estudio pudiera tener alguna influencia en ello.

Y frente a este daño, sólo podría ofrecer esta colección de recortes de impresos.

En todo caso, me daría por satisfecho si los futuros estudiantes no asocian la idea del sistema australiano a este trabajo y no creen que el sistema australiano es lo mismo que este estudio: un «rollo», es decir, un latazo.

JOSÉ MARÍA CASADO PALLARÉS,

Notario.