

SOLO EL TESTADOR PUEDE PARTIR SU HERENCIA (*)

I.—*Textos legales*

Dice el art. 1.056: «Cuando el *testador*» hiciere por acto entre vivos o por última voluntad la partición de sus bienes...». Repite el art. 1.058: «Cuando el *testador* no hubiese hecho la partición...». Así pues, según el tenor literal de dichos artículos, solamente se permite partir los bienes que constituirán su herencia al causante que muera testado.

II.—*Puede partir todo causante*

A pesar de que la claridad de la ley no deja lugar a dudas, se ha sostenido que al causante no le es preciso testar para poder partir por sí mismo sus bienes.

Dentro de los que niegan la necesidad de testamento podemos distinguir quien, como DE BUEN, da a la parti-

(*) Aunque quizá sea ocioso, preferimos hacer notar que al hablar de *testador* nos referimos, como lo exige una correcta interpretación del artículo 1.056 relacionado con el 912 del Código Civil, no a todo el que testa, sino sólo a aquel cuyo testamento, además de ser válido y eficaz, contiene disposición de los bienes partidos.

Por otro lado pensamos que no hará falta testamento dentro de los límites en que se admita un tercer tipo de sucesión (sucesión contractual).

ción un mero alcance *divisorio*, de quien, como MARIN LAZARO, le otorga verdadero carácter *dispositivo*.

Para el primero se requiere una norma *dispositiva* básica a la cual la partición se ajuste. Ahora, bien, esa norma dispositiva puede ser tanto un testamento, como la ley. Por consiguiente, el causante que muera intestado puede, no obstante, dividir sus bienes ajustándose a lo que la ley prescribe, tanto en lo que respecta a quienes ésta llama a sucederle, como en lo que atañe a las porciones que correspondan a los llamados.

«El texto del art. 1.056 —dice De BUEN (1)— no autoriza para entender que una persona puede hacer por acto inter vivos la partición de bienes sin que *exista la norma de un testamento o la de la ley*; y de toda suerte, una mera partición hecha ya entre dichos interesados (llamados a suceder), ya con intervención del dueño del caudal, *lo mismo si se ajusta a un testamento que a las reglas de un abintestato*, en ningún caso coarta para testar nuevamente...».

Para el segundo (MARIN LAZARO) no sólo no es precisa la existencia de testamento, sino que ni siquiera es necesario que la partición, salvos siempre los derechos legítimos, respete y se atenga a lo ordenado en las normas legales referentes a la sucesión intestada respecto al orden y cuantía de los derechos sucesorios (2). Y así llega a afirmar que debe ser aceptada la validez de la partición de bienes hecha por el causante aunque no le haya precedido ninguna

(1) COLIN y CAPITANT, Curso elemental de Derecho civil, Madrid, 1928, T. VIII, pág. 434.

(2) MARIN LAZARO, La partición de la herencia hecha por actos inter vivos, en Revista general de Legislación y Jurisprudencia, T. 176, septiembre de 1944, págs. 215 y ss. Especialmente págs. 214-15-16-28-30-31-36. Sigue a MARIN LAZARO, al menos a los efectos que aquí nos interesan, RODRIGUEZ-ARIAS, «Efectos de la partición inter vivos», en R. G. L. J., 1952, t. 191, p. 307 y sigs. Afirma éste explícitamente que el término «testador» está empleado impropiaemente por el artículo 1.056 (pág. 345) y que pueden partir «todas aquellas personas que posean la libre disposición y administración de sus bienes» (pág. 324).

disposición testamentaria ni se ajuste al orden de suceder abintestato (3).

Esta segunda tesis nos parece de todo punto insostenible y sin base alguna ni en la ley ni en la jurisprudencia. Dar ese alcance a la partición equivaldría «a admitir un modo de testar no previsto, ni autorizado, ni incluido en el capítulo que trata, en nuestro Código, de los testamentos, y en especial de las formalidades de los mismos» (4). Pero la primera, aunque también la creemos inexacta, como interpretación del art. 1.056, no dejamos de reconocer que ha tenido una base en la sentencia de 13 de junio de 1903.

Dice esta sentencia lo siguiente, lo cual explica la postura de DE BUEN: «El texto del art. 1.056 no autoriza para entender que una persona pueda hacer por acto entre vivos la partición de sus bienes, a que se refiere la sección en que figura dicho artículo, *sin que exista la norma de un testamento que contenga la expresión de la última voluntad de aquélla o la norma de la Ley*, pues de otra suerte equivaldría la partición, hecha sin dicha norma, a un modo de testar no previsto, ni autorizado, ni incluido en el capítulo que trata de los testamentos, y en especial de la forma de los mismos... Refiriéndose el segundo párrafo del art. 1.271 al anteriormente citado, al establecer que sobre la herencia futura no se podrán celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal, conforme al art. 1.056, es claro que dicha diferencia obliga a entender igualmente *que la partición así hecha había de realizarse sobre la base de una sucesión testamentaria o legal a cuyas reglas fundamentales y llamamientos de los interesados de-*

(3) Ob. cit. pág. 236.

(4) Sentencia de 13 de junio de 1903. Y si lo que se pretende es que el «acto *inter vivos*»: a que alude el artículo 1.056 es un acto *inter vivos* en sentido *material*, y no meramente formal, entonces podemos afirmar que se extravasa el ámbito de dicho artículo, pues éste *implica* siempre un acto *mortis causa* en sentido *material*, aunque permita *partir* por un acto que sólo es *inter vivos formalmente*, es decir que no requiere para la partición las *solemnidades testamentarias*. Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, «Apuntes de Derecho Sucesorio», en Anuario de Derecho civil 1951, pag. 1.423, nota 243.

berá acomodarse la partición... una nueva partición hecha, ya entre dichos interesados, ya con la intervención del dueño del caudal, *lo mismo si se ajusta a un testamento que a las reglas de un abintestato*, en ningún caso puede por su índole producir la menor coartación en la libre facultad de aquél para testar en cualquier tiempo... y porque semejante coartación implicaría un verdadero pacto sobre la herencia futura que imposibilitaría atender a necesidades imperiosas y legítimas de familia que surjan con posterioridad, debiendo, por lo tanto, limitarse los efectos del contrato al momento *en que por defunción del testador o dueño del caudal hereditario* deba referirse la partición convenida a un estado de derecho que no está en oposición con ella...».

Es decir, con arreglo a los términos de la sentencia aparece que el causante no necesita morir testado para haber podido, cumpliendo la ley, practicar por sí mismo la partición de sus bienes (5). Exigiéndose, en la sentencia, como base de esta partición, una sucesión testamentaria o legal, reiterándose, después, que lo mismo da que tal partición se ajuste a un testamento que a las reglas de un *abintestado*, y terminándose por permitir partir tanto al testador como al *dueño del caudal relicto*, es evidente que no se considera imprescindible el testamento, sino que también se da por válida la partición que se acomode a la norma legal que, en defecto de aquél, regula la sucesión mortis causa de una persona (6).

(5) Así lo entiende también MARIN LAZARO, ob. cit. págs. 214-25-28-31.

(6) Del primer párrafo citado se podría, quizá, entender que se exige, no testamento o norma legal, sino única y exclusivamente testamento. Este testamento podría contener, o expresión de la última voluntad del testador disponiendo de sus bienes en forma distinta de la que lo hace la ley en la sucesión intestada, o una expresión de última voluntad idéntica, en cuanto a su contenido a la norma legal, o disposición testamentaria que remitiese a la legal y expresase ser voluntad del testador que sus bienes fuesen a parar a aquellas personas, en la forma y cuantía, que la ley designaría si hubiese muerto intestado. En una palabra, testamento en el que se disponga de los bienes, o en el que se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley, o sean las de la sucesión intestada, como dice la sentencia de 6 de marzo de 1945.

Después de visto esto no deja de ser curioso observar que COVIAN, magistrado que fué ponente de dicha sentencia, afirma al escribir (7) refiriéndose a ella: «El repetido artículo 1.056 menciona únicamente y atribuye esa facultad al *testador* y no al *difunto*, y de ahí la inteligencia que le ha dado el Tribunal Supremo con sujeción a la que no se halla autorizada la participación por acto entre vivos sin que exista la norma de un testamento que contenga la expresión de la última voluntad»... Y a continuación añade: «La jurisprudencia no admite más que el testamento-partición, o, al menos, que aquél preceda a ésta» (8).

Decimos que esto se podría deducir de ese primer párrafo porque, dado sus términos, cabe la duda. Pero, como al volver los siguientes sobre el mismo punto, y pronunciarse en sentido contrario, aclaran tal duda, es lo cierto que la sentencia tiene el sentido que le hemos dado.

(7) SEIX, Enciclopedia jurídica española, T. XXIV, artículo «Participación de herencia», pág. 360.

(8) Poco antes el mismo COVIAN—ob. cit. pág. 359—había dicho: «Vino el Código civil y prescinde de la especialidad de la partición hecha por el ascendiente... para generalizarla en el párrafo 1.º del art. 1.056 a *todo testador*; *difunto decía acaso con más propiedad el art. 899 del Proyecto de 1851*».

Esto de entender que hablaba con más propiedad el Proyecto de 1851 porque dijese difunto en vez de testador debería tener como causa el entender, igual que la sentencia, que cualquiera puede partir de esta forma sus bienes aunque no sea testador, aunque no muera bajo testamento, y ello porque, claro está, como en la repetida sentencia se exige testamento o norma legal que disponga de los bienes, puede ser que el testamento falte pero la norma legal no puede faltar nunca, y por tanto todo difunto, todo causante, teniendo como base esta norma, en defecto de testamento, podrá partir sus bienes de la forma que le permite el art. 1.056. Naturalmente que en tal caso es impropio hablar de *testador* y lo exacto sería hacerlo de *difunto* o de *causante*.

Decimos que la causa debería ser esa porque, lógicamente, sólo hablaría el 1.056 *con más propiedad* diciendo *difunto* en vez de *testador* si el partidor pudiese no testar. Pero como esto, según COVIAN, no es posible, resulta que el término *testador* está utilizado con toda propiedad. Sin duda, visto que COVIAN cree preciso el testamento, encuentra la impropiedad en denominar testador al que parte por acto inter vivos, sin tener en cuenta que no se le llama testador porque parta en esa forma, sino porque es preciso, también, que haya testado.

Ante ello cabe pensar que, salvo una confusión de COVIAN, esa única flamante sentencia que permitía partir a *todo causante*, lo hizo porque COVIAN incurrió en error obstativo.

III.—Argumentos en pro de que sólo puede parlar el testador

En definitiva a los que niegan la necesidad del testamento, y a esta sentencia de 13 de junio de 1903 que, interpretando torcidamente el artículo 1.056, da pie a aquéllos para sostener tal postura, cabe oponerles:

Primero: El propio texto legal que lo exige al hablar únicamente de *testador*, ya que sólo el que testa es testador.

Segundo: La opinión de múltiples autores. Así VALVERDE (9), MANRESA (10), ROYO (10 bis), CLEMENTE DE DIEGO (11), SANCHEZ ROMAN (12), MUCIUS SCAEVOLA (13), OYUELOS (14), GOMEZ MORAN (14 bis), BONET (15), CASTAN (16), VALLET DE GOYTI-SOLO (16 bis), etc.

(9) Tratado de Derecho civil español, 4.^a edic. T. V. Valladolid, 1939, págs. 565 y 566.

(10) Comentarios al Código civil español, T. VII, 5.^a edición, Madrid, 1924, págs. 690 y ss.

(10 bis) Derecho sucesorio. Sevilla 1951, pág. 338.

(11) Instituciones de Derecho civil español, T. III, Madrid, 1932, páginas 424 y siguientes.

(12) Estudios de Derecho civil. T. VI, vol. III, 2.^a edic., Madrid, 1910, págs. 1.896 y ss.

(13) Código civil, T. XVIII, Madrid, 1901, págs. 274 y ss.

(14) Digesto, principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español concordado con los códigos americano y portugués. T. IV, Madrid, 1921, págs. 367 y ss.

(14 bis) Tratado teórico-práctico de particiones, Madrid, 1950, páginas 249 y siguientes.

(15) Derecho civil común y foral, Familia y sucesiones, Madrid, 1940, página 619.

(16) Derecho civil español común y foral, Notarías, 6.^a edic. T. IV, Madrid, 1944, pág. 218.

(16 bis) Apuntes de Derecho sucesorio, cit. págs. 1.423 y 1.424.

Tercero: La Memoria anual del Tribunal Supremo correspondiente al año 1904 que dice así: «*El testador, o sea el que testa, al que se refiere el Código, puede hacer la partición, o por última voluntad, en cuyo caso no existe dificultad alguna, o por acto entre vivos, es decir, después de haber testado, por manifestación que no requiere las solemnidades de los testamentos con o sin la intervención de las personas llamadas al disfrute de los bienes, y esta partición obliga en tanto en cuanto no se perjudique a la legítima de los herederos forzosos; pero cuando no se realizan con estas condiciones, cuando sin la norma y la base de un testamento y sin los requisitos por la ley exigidos para la expresión de las últimas voluntades, hay quien se entretiene en una u otra forma en hacer manifestación sobre la manera cómo hayan de distribuirse sus bienes, esta manifestación, siquiera tenga el carácter formal de partición, no puede producir efecto alguno, ni como testamento ni como contrato... y si el testador quiere practicar por sí, en vida, más particiones, tiene que hacerlas sobre la base de un testamento, pues de otra suerte dejaría él de ser testador... Las particiones legítimamente hechas en vida podrán producir efecto de contrato, pero es después de la muerte del testador, siempre que se refieran a un testamento legalmente válido y subsistente»...*

Cuarto: La sentencia de 6 de marzo de 1917 que también exige testamento.

Quinto: La sentencia de 6 de marzo de 1945 que dice: «La doctrina científica patria más generalizada, acomodándose a los precedentes de nuestro Derecho y fundándose entre otras consideraciones, en la del lugar que la regulación de la partición hecha por el testador ocupa en el Código y la de la *dicción, referida premeditadamente al testador (no al difunto, como decía el artículo 899 del Proyecto de 1851)*, entiende, en el sentido expuesto, que se trata en esencia de una pura división hereditaria, la cual, aunque pueda revestir dos formas, *implica siempre un acto de última voluntad*. Siguiendo esa misma orientación la doctrina de esta Sala tiene declarado: *que la facultad que concede el artículo 1.056 supone y requiere un testamento previo o*

ulterior, en el que se disponga o se exprese el desêo de atemperarse a las normas de la ley, o sean las de la sucesi3n intestada (sentencias de 13 de junio de 1903 y 6 de marzo de 1917)»... (17) (18).

Ante la alegaci3n de estos argumentos creemos que no cabe sino concluir que el art3culo 1.056 s3lo es aplicable al caso de que la partici3n hecha por el *de cuius* tenga como base una disposici3n testamentaria 3nica y exclusivamente, es decir un testamento del mismo.

IV.—*Opini3n de Roca Sastre y refutaci3n de la misma*

Despu3s de esa sentencia de 6 de marzo de 1945 ROCA SASTRE sostiene tajantemente: «Est3 facultado para hacer la partici3n, no solo el testador, sino el causante en general, o sea, incluso quien muere intestado» (19).

Alega ROCA escasas razones. «Dicho art3culo 1.056 del C3digo —dice— habla de testador y no de causante. El Proyecto de 1851 hablaba del difunto, y tambi3n lo hace as3 el art3culo 1.075 del C3digo Civil. La sentencia de 13 de junio de 1903, en rigor viene a declarar que goza de esta facultad de hacer la partici3n de su herencia, tanto el testador como el que fallece intestado, pues en ella se dice que el causante debe sujetarse a la norma de un testamento... o a las reglas de un abintestado». (20)

(17) Sin discutir que la intenci3n de la sentencia de 6 marzo 1945 sea la de aplicar el art. 1.056 s3lo en el supuesto de la existencia de testamento, hemos de observar que su alegaci3n de la de 13 de junio de 1903, para mostrar el camino que antes hab3a seguido la jurisprudencia y razonar as3 el alcance que ella (la S. de 6 marzo 1945) da a dicho art3culo, es equivocada, ya que, como vimos, la orientaci3n de aquella sentencia es distinta.

(18) Tambi3n el Tribunal Econ3mico Administrativo central ha dicho en 6 de marzo de 1951 que el art3culo 1.056 es «interpretado por la jurisprudencia y por los comentaristas en el sentido de que tal partici3n del testador requiere siempre un testamento en forma».

(19) Estudios de Derecho privado II, p3g. 379. Al problema no alude en sus notas a la traducci3n del Derecho de Sucesiones de Kipp, II, p3ginas 34, 35 y siguientes.

(20) Ob. cit. p3gs. 379 y 380.

Fundamentalmente militan en contra de estos débiles argumentos razones mucho más numerosas y de más peso. (20 bis)

Nos parece, en primer término, que es muy de tener en cuenta el propio artículo 1.056, que, siendo el que concede la facultad de partir, sólo habla del testador. Con esto debería bastar. Por si no es así, aun hay más. El artículo 1.057 dice: «El *testador* podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos». O sea, puede encomendar la simple facultad de hacer la partición aquel que puede hacerla por sí: el *testador*. El artículo 1.058 se expresa así: «Cuando el *testador* no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esta facultad»... Aquí no observamos por ningún lado la concesión de la facultad de partir al *causante*. En el artículo 1.070 se lee: «La obligación a que se refiere el artículo anterior sólo cesará en los siguientes casos: 1.º Cuando el mismo *testador* hubiese hecho la partición»...

Frente a todo esto no tiene ninguna fuerza alegar que el artículo 1.075 dice: «La partición hecha por el *difunto*...», para probar que todo difunto pudo partir, ya que aunque se exija testamento para poder partir, no es inexacto hablar de *difunto*, porque no cabe duda que el término cuadra también al testador que ya murió. Se podrá decir que todos los difuntos no son testadores, pero se puede responder que para que se aplique el artículo 1.075 es imprescindible que el testador sea difunto. Este artículo no incurre en ninguna equivocación ni es base para afirmar que puede partir *todo difunto* —causante—, porque sólo le incumbe la misión de enlazar un supuesto de hecho: «cuando la partición hecha por el difunto se encuentre en tales y tales circunstancias», con una consecuencia jurídica: «se producirán tales efectos».

(20 bis) En contra, también, de Roca, acogiendo objeciones que a continuación exponemos (y que aparecieron en el Anuario de Derecho civil, 1918, pág. 921 y sigs.), Gómez Morán, ob. cit. pág. 249 y sigs.

La existencia de particiones hechas por difuntos es algo perfectamente posible, según nuestro Derecho, lo mismo que es perfectamente posible la existencia de un llamado a ser heredero que repudie la herencia. Sin embargo, porque el artículo 1.001 diga: «Si el heredero (21) repudia la herencia»..., no hay fundamento para afirmar que *todo* heredero puede repudiarla. No pueden repudiarla aquellos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de ella (artículo 1.002). (22)

Ni el artículo 1.075 prejuzga que *todo* difunto pueda *partir*, ni el 1.001 que *todo* heredero pueda *repudiar*. Para eso, para decir qué difuntos podían haber partido —los que hubiesen testado— y qué herederos pueden repudiar —los que no hayan sustraído u ocultado ningún efecto de la herencia—, hay otros artículos: el 1.056 y el 1.002.

Hemos de añadir que no solamente no se les debe traer como piezas probatorias, sino que tampoco habría por qué traer a colación el artículo 1.075, ni siquiera para insinuar que al hablar de *difunto* se de pie para entender que la facultad de partir no se reserve exclusivamente al testador. Y esto, porque no es preciso decir: «La partición hecha por el difunto, *que pueda hacer particiones* —testador—»... Y no lo es tampoco: «Si el heredero, *que pueda repudiar*, repudia»... No es necesaria ninguna de ambas cosas porque en la mente de todos está, y la manera común y usual de expresarse así lo indica, que, por omitirlas, ni se modifica lo dicho en el artículo precedente, sobre quienes pueden partir su herencia, ni se permite repudiar, a pesar del artículo 1.002, al que oculta o sustrae algún efecto de ella.

En resumen, para ver a quien concede un derecho la ley, hay que acudir a la norma donde se concede, y, contra lo que ésta diga, no cabe aducir cualquier dudosa interpretación de lo dicho en otras normas, y menos en un supuesto

(21) Aunque, siguiendo la terminología del Código, hablemos de *heredero* es evidente que nos referimos al *llamado*.

(22) Como es a meros efectos de ejemplo preferimos no utilizar el supuesto del artículo 1.001.

como éste, en el que es perfectamente posible y, aun más, marcadamente indicada —en vista de toda una serie de artículos: 1.056, 1.057, 1.058, 1.070— una interpretación del 1.075 que lleve a una solución armónica. Porque es que, a más de todo lo anterior, hemos de advertir que si alguien, como ROCA SASTRE, pudo entender que el artículo 1.075 —al decir: «La partición hecha por el *difunto*»— tiene un comienzo desfavorable para la tesis que mantenemos, no podrá ese alguien negar que el final —«...la voluntad del *testador*»— abona decididamente nuestro punto de vista. (23)

Otra prueba de que nuestro Código permite partir su herencia sólo al testador, es el sistemático cambio que se nota, respecto del Proyecto de 1851, del término *difunto* por el término *testador*.

El artículo 899 del Proyecto —correspondiente al 1.056 del Código— hablaba de difunto. Lo mismo hacía el 902 correspondiente al 1.058— y el 918 —correspondiente al 1.070, apartado 1.º—. En todos ellos se substituyó *difunto* por *testador*. Incluso al recoger el artículo 1.057 del Código, en su párrafo 1.º, el contenido del artículo 900 del Proyecto, se cuidó muy bien el legislador de advertir que quien podía encomendar a otro la simple facultad de hacer la partición de su herencia era el testador. Esto es de tener en cuenta porque el artículo 900 del Proyecto, dando por sabido que se refería al difunto, sólo decía: «La simple facultad de hacer la partición puede cometerse en vida o en muerte a otro cualquiera, con tal que no sea uno de los coherederos».

Todo ello muestra que el hablar el artículo 1.075 —correspondiente al 923 del Proyecto— de difunto no es argumento para justificar la tesis de ROCA. Y menos siendo el único dentro del Código.

(23) Sobre el sentido de *difunto* en su relación con *testador*, en el artículo 1.075, véase nuestro trabajo «Dos aspectos de la partición hecha por el testador», en Anuario de Derecho civil, 1948, pág. 953.

V.—*Conclusión*

¶ Pero una cosa es que así lo disponga la ley y lo interprete la jurisprudencia, y otra que sea rechazable la regulación legal del particular y creamos preferible, *de lege ferenda*, la solución contraria, es decir la de no exigir testamento. Esto porque, con el respeto debido al texto legal y a su interpretación por nuestro más elevado Tribunal, estimamos que esta solución sería más justa y más lógica, en atención a las siguientes razones:

Hay que distinguir, como es sabido, entre el hecho de *disponer* de los bienes y el de *dividirlos*, y bajo esta base entender el precepto del artículo 1.056, al facultar al testador para hacer la partición de los mismos.

Admitiendo esto, vemos cómo de los bienes, o dispone el testador en su testamento o dispone la ley en las normas que regulan la sucesión abintestato. Pero en uno y otro caso: disposición de bienes. Ahora bien, es lógicamente pensable, prácticamente corriente y tanto doctrinal como jurisprudencialmente reconocido como perfectamente normal, el que un testador manifieste en su testamento su deseo de atemperarse a las normas de la ley, de que sus sucesores lo sean aquellos mismos y en la misma porción que lo hubieran sido abintestato. Tanto en este caso como en el de morir intestado la realidad es que la regulación *material* de la sucesión de tal causante se hará por la norma legal, ya que en ambos supuestos venimos a desembocar en ella, en el uno por disposición de última voluntad, en el otro por falta de esa disposición. Y siendo esto así y siguiendo esa interpretación de la norma del artículo 1.056 (que creemos, como hemos dicho, es la exacta, pero cuya norma no nos parece acertada) resultaría que en el primero de estos dos supuestos podría el causante (testador) partir sus bienes, y en el segundo no, siendo ambos exactamente iguales en aquello que a nuestros efectos interesa. (24)

(24) Lo único que los diferencia, repetimos una vez más, es la existencia de testamento en un caso y su falta en el otro, y precisamente nos

Así pues, en uno y otro caso tenemos una perfecta distinción entre el momento de disposición de los bienes y el de su división, y asimismo perfecta identidad entre ambos momentos de disposición y ambos de división. Ante ello recordemos: *Ubi est eadem ratio ibi eadem dispositio iuris esse debet.*

Las mismas razones que hay para permitir esta partición del artículo 1.056 si hay testamento, existen para permitirla cuando, en defecto de aquél, se aplique la norma legal, siempre y cuando, en ambos casos, se ajuste la división a lo dispuesto en el uno o en la otra. Luego más acertado, a nuestro entender, hubiese sido haber copiado en el artículo 1.056 el «*difunto*» del artículo 899 del Proyecto de 1851, y no sustituirlo por «*testador*», para, de esta forma, haberle dado el verdadero alcance que la naturaleza de las cosas requiere. Y así, su sentido sería que cualquier causante pudiese partir sus bienes y que esta partición fuera eficaz y válida con o sin testamento (ya que la norma legal reguladora de la sucesión intestada ocuparía el lugar de aquél en caso de su inexistencia) siempre que llevase a la práctica lo establecido en el acto dispositivo, puesto que

parece justificado que, por tal existencia o falta, hayan de variar los derechos y facultades del causante, ya que la voluntad de éste aparece patente, inequívoca y la misma en ambos casos, porque lo mismo el hecho de testar, ordenando se observe lo que dispone la ley, que el de no testar, sabiendo lo la ley dispone, implican el deseo de que la sucesión se ajuste a ésta, de considerarla, podríamos decir, como su *testamento legal*. Aún más, por el simple partir el causante no testador, de acuerdo con la forma en que la ley dispondrá de su herencia; por el simple llevar a la práctica en su partición las disposiciones legales sobre su sucesión abintestato, se reafirma una vez más su deseo de que se cumplan tales disposiciones, cumpliéndolas él en la parte que le afecta, y completándolas en lo que atañe a la división del caudal.

en cuanto excediese de esta medida no *dividiría*, sino que *dispondría*, y el acatarla sería, como tiene dicho el T. S., admitir un nuevo modo de *testar* no previsto ni autorizado en el Código.

MANUEL ALBALADEJO GARCÍA

CATEDRÁTICO
UNIVERSIDAD DE OVIEDO