



Roj: **SAP MA 3787/2015 - ECLI: ES:APMA:2015:3787**

Id Cendoj: **29067370062015100769**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **10/12/2015**

Nº de Recurso: **737/2013**

Nº de Resolución: **775/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **NURIA AUXILIADORA ORELLANA CANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO QUINCE DE MÁLAGA.

JUICIO ORDINARIO NÚMERO 147/2011.

ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO **737/2013**.

SENTENCIA Nº 775/2015

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don Antonio Alcalá Navarro

Magistradas:

Doña Soledad Jurado Rodríguez

Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano

En la Ciudad de Málaga, a diez de diciembre de dos mil quince.

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de Juicio Ordinario número 147 de 2011, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Quince de Málaga, seguidos a instancia de Doña Tatiana , Doña María Milagros , que no se han personado en esta alzada y de Doña Angelica , representada en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Doña Rocío López Pages y defendida por el Letrado Don Jesús Marín Estrada, frente a Doña Carmela , en su propio nombre y derecho y como representante de sus hijas menores Enriqueta y Francisca , representada en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Doña Rocío Molina Tejerina y defendida por el Letrado Don Andrés San Emeterio Iglesias; actuaciones procesales que se encuentran pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la demandante Doña Angelica , contra la sentencia definitiva dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de Primera Instancia número Quince de Málaga dictó Sentencia de fecha 27 de septiembre de 2012 , en el Juicio Ordinario N.º 147/2011, del que este rollo dimana, cuya Parte Dispositiva dice así: *"FALLO: Desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora doña María José Ríos Padrón, en nombre y representación de doña Tatiana , doña María Milagros y doña Angelica , contra doña Carmela , en su propio nombre y derecho y como representante de sus hijas menores Enriqueta y Francisca , sobre impugnación de testamento, debo dictar sentencia con los pronunciamientos siguientes:*

1º) Liberar a doña Carmela , en su propio nombre y derecho y como representante de sus hijas menores Enriqueta y Francisca , de los pedimentos deducidos en su contra.

2º) Imponer a las demandantes las costas procesales devengadas."



SEGUNDO .- Contra la expresada Sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación la demandante Doña Angelica , el cual fue admitido a trámite y su fundamentación impugnada de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia donde, al no haberse propuesto prueba ni estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala que tuvo lugar el día señalado, quedaron las actuaciones concluidas para Sentencia.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D.^a Nuria Auxiliadora Orellana Cano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza en apelación la demandante Doña Angelica frente a la sentencia dictada en la instancia, que desestima la acción personal ejercitada junto a sus hermanas en condición de herederas de Don Laureano , de impugnación de testamento abierto otorgado ante el Notario de esta ciudad don Julián Madera Flores el 15 de noviembre de 2006, por existencia de perjuicio de legítima de las mismas y nulidad de disposiciones testamentarias y en la que se solicitaba el cese del gravamen sobre la legítima estricta concedida al cónyuge viudo referido al arrendamiento del local sito en calle Pintada número 14 de Nerja. Fundamenta la apelante el recurso, en primer lugar, en la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y en concreto, del artículo 218 LEC , por entender que ha faltado exhaustividad en la sentencia, al no existir un claro y preciso pronunciamiento sobre el petitum de la demanda, habiendo el Letrado de la parte actora concretado en el acto de la audiencia previa que dicho suplico es el reconocimiento de un gravamen como es el usufructo sobre la legítima forzosa, y por ello es objeto de impugnación dicha cláusula, solicitando su reconocimiento e impugnación, todo ello independientemente de la valoración de la misma y la posterior adjudicación judicial de la herencia, que se ventilará en proceso parte, estando amparada la impugnación de dicho gravamen en el artículo 1075 CC , y sin embargo, en la sentencia, no existe pronunciamiento sobre dicho pedimento, es decir, sobre la concreta impugnación, y sin embargo sí se hace referencia a los motivos de impugnación por vicios en el testamento, cuestión que jamás fue alegada por la apelante y sus hermanas, estimando por ello, que la sentencia incurre en incongruencia por omisión. En segundo lugar, la recurrente funda el recurso en los siguientes motivos de fondo:

1º Error en la apreciación de la prueba, al referirse a operaciones de compra y venta de inmuebles realizados por el testador y la difunta madre de las demandantes, que son referidas con carácter meramente ilustrativo en la demanda, sin que pueda llegar a comprenderse si el juzgador a quo da por bueno lo invocado de contrario de adicionar las donaciones hechas en vida del difunto, cuya falsedad hubiera podido comprobar de haber examinado la profusa documentación aportada; e independientemente, entiende el apelante que la voluntad de las actoras fue en todo momento aclarar el caudal hereditario existente al momento del fallecimiento y acreditar al tribunal la procedencia del mismo, y por eso se introdujeron elementos que iban destinados a la aclaración y no para crear dudas, cuando el centro de sus pretensiones y petitum de la demanda van referidas a la existencia de un gravamen sobre la legítima estricta consistente en un usufructo, habiéndose invocado los artículos 806 y 834 CC , a los que no se hace mención en la sentencia recurrida.

2º Errónea calificación jurídica de los hechos objeto del debate, siendo el mismo la impugnación de la cláusula testamentaria que hace referencia a la existencia de una carga como es el usufructo sobre la legítima estricta, y con independencia del valor que se quiera dar a la porción de legítima estricta, el gravamen persiste, y por consiguiente, no puede basarse la resolución en que no se han hecho las operaciones aritméticas pertinentes para ello, ya que dicha cuestión ha de debatirse en el correspondiente proceso de adjudicación, y la carga o gravamen no cesa porque la porción de legítima sea mayor, sin que en el presente caso quepa la opción por la denominada cautela socini.

3º Infracción, por inaplicación, del artículo 1075 en relación con el artículo 1056 CC , ya que la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, u ocasionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador, y en el presente caso, la lesión que se produce es sobre la legítima estricta al gravarla el testador con un usufructo vitalicio, por lo que sí puede ser objeto de impugnación la partición que realiza el testador en su testamento en el supuesto de lesionar la legítima, independientemente del valor que alcance aquella, y ello, en íntima relación con el artículo 1056 CC , que establece que cuando el testador hiciere, por actos entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se ha de pasar a por ella, siempre y cuando no perjudique a la legítima de los herederos forzosos, y en este caso, queda perjudicada con la imposición del usufructo.

4º Infracción, por inaplicación, de los artículos 806 y 834 CC , ya que la disposición testamentaria que se impugna, y que quedó fijada en la audiencia previa, es aquella que grava la legítima estricta con el usufructo vitalicio de la viuda, y del tenor literal del testamento se vulnera la legítima de la apelante, por resultar gravada,



y ser contraria a lo establecido en el artículo 806 CC , sin que pueda solucionarse por no resultar de aplicación, con la cláusula socini; y en el presente caso de usufructo del cónyuge viudo, el elemento real estará constituido por la cuantía del mismo que será variable en función de aquéllos con quienes concorra, y tratándose de hijos o descendientes, si concurre con éstos, el cónyuge tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora, conforme al artículo 834 CC , y en ningún caso la porción destinada a la legítima estricta, que debe recibirse sin ninguna restricción, y los gravámenes que sobre la misma imponga el testador se considerarán no puestos.

5º Infracción, por indebida aplicación, del artículo 818 CC , ya que la sentencia recoge en su fundamento cuarto que previamente determinar si existe lesión o perjuicio de la legítima, debe procederse a su determinación y cuantificación conforme a las pautas establecidas en el citado precepto, discrepando la recurrente ya que en la demanda, se fijó, en contra de lo que se establece en la sentencia, con carácter previo, la cuantía del caudal hereditario de los bienes del causante a efectos de cómputo de la legítima, aportando incluso informes de tasación de los bienes que conforman el caudal hereditario, siendo la parte contraria, la que argumenta, con el fin de entorpecer el proceso, la existencia de supuestas donaciones que habría que adicionar; y el gravamen sobre la legítima estricta existe independientemente del valor que le demos a la misma, porque siempre va a existir esa carga.

6º Infracción, por indebida aplicación, del artículo 1321 CC en relación con los artículos 968 y ss CC , ya que la sentencia hace referencia a la existencia de un ajuar familiar constituido fundamentalmente por obras de arte, que habrá de computarse igualmente al objeto de fijar la legítima, sin que ello sea objeto del presente procedimiento, debiendo tenerse en cuenta, que conforme al párrafo segundo de dicho precepto, no se entenderán comprendidos en el ajuar familiar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor.

7º Infracción, por indebida aplicación, del artículo 813 CC , discrepando de la sentencia cuando señala que los demandantes no realizan operaciones aritméticas que permitan concluir esa lesión o perjuicio del legado recibido del causante, basando su demanda en conjeturas no plasmadas en operaciones reales, pronunciamiento con el que discrepa la apelante, por estimar que la demanda no se basa en meras conjeturas, sino que se interpone, porque existe un testamento con una disposición que se entiende contraria a la ley, cual es, la existencia de una legítima estricta gravada, sin que pueda dejarse a un legitimario la nudopropiedad, aunque su valor supere el valor de la legítima, y el usufructo a otra persona, o viceversa, salvo que entren en juego las cláusulas de opción compensatoria de la legítima o la opción del artículo 820.3 CC , que en este caso no cabe, debiendo ser respetada la legítima no sólo cuantitativa sino también cualitativamente.

8º Infracción, por indebida aplicación, del artículo 394 LEC , al haberse aplicado en materia de costas el criterio del vencimiento, estimando que el caso presenta dudas de hecho o de derecho que justifican que no se haga expresa imposición de costas, habiendo quedado patente que entre los actores y las demandadas surgieron grandes discrepancias respecto del testamento y la partición de la herencia, viéndose obligadas a impetrar el auxilio judicial, pese a pesar de los intentos de las demandantes de llegar a un acuerdo, y habiendo sido desestimadas todas las excepciones procesales planteadas de contrario, aludiendo a numerosa jurisprudencia que resuelve en sentido similar.

SEGUNDO.- Comenzando con el motivo de recurso en que se invoca la infracción del artículo 218 LEC , por falta de motivación, exhaustividad y congruencia de la sentencia, el mismo ha de correr suerte desestimatoria. El apelante considera, pese a la contundente argumentación expuesta en la sentencia, que la misma adolece de falta de motivación y de incongruencia al apartarse de su petitum, que dice fue concretado en el acto de la audiencia previa, al reconocimiento de un gravamen consistente en un usufructo sobre la legítima forzosa, siendo dicha cláusula el objeto de su impugnación. Como ha declarado el Tribunal Supremo entre otras, en Sentencia de 25 de noviembre de 2014 , siendo una de las exigencias que contiene el citado precepto respecto de las sentencias la necesidad de su motivación, de forma que se dé una respuesta a las partes ajustada a lo debatido en el proceso, explicando el sentido de la resolución, llama la atención que, en ocasiones, se suele alegar falta de motivación cuando en realidad ésta existe pero no es aceptada por la parte que se ve perjudicada (que es lo que estimamos que acontece en este caso). Como afirma la STS de 5 de noviembre de 2009 la motivación es una exigencia constitucional establecida en el art. 120.3 C.E . Este deber es jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la racionalidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS de 14 de abril de 1999). El Tribunal Supremo continúa argumentando en la STS de 25 de noviembre de 2014 , que la respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber ni entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el art. 1.7 del Código Civil , lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el artículo 117.1 C.E . (STC 77/2000 , así como las SSTS 69/1998 , 39/1997 ,



109/1992 , entre muchas otras). Y recuerda la doctrina de la Sala, que ha aplicado también esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS de 5 de noviembre de 1992 , 20 de febrero de 1993 , 26 de julio de 2002 y 18 de noviembre de 2003 , entre muchas otras). Y reitera más recientemente la anterior argumentación en STS de 18 de junio de 2014 . Asimismo, añade el Tribunal Supremo que han de considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que han determinado aquélla (SSTS de 29 de abril de 2009 , 9 de julio de 2010 y 22 de mayo de 2014). Como manifiesta la STS de 16 de mayo de 2014 la motivación ha de ser adecuada y suficiente a la naturaleza del caso y circunstancias concurrentes y el juicio de suficiencia hay que realizarlo (STC 66/2009, de 9 de marzo y 114/2009, de 14 de mayo) atendiendo no sólo al contenido de la resolución judicial considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso, atendiendo al conjunto de actuaciones y decisiones que, precediéndola, han conformado el debate procesal; es decir, valorando las circunstancias concurrentes que singularicen el caso concreto, tanto las que están presentes, explícita o implícitamente en la resolución recurrida, como las que no estando, constan en el proceso. Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al caso de autos, no puede sino concluirse que la Sentencia apelada da respuesta razonada a todas las pretensiones formuladas en la demanda, es decir, no se omite un pronunciamiento sobre las pretensiones formuladas, sino antes al contrario, analiza cada uno de los pedimentos deducidos en la demanda, debiendo recordarse que es dicho escrito el que delimita el objeto del proceso, que no puede alterarse en la audiencia previa, ya que conforme al art. 426 LEC , en la audiencia, los litigantes, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos, podrán efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario, y también podrán las partes aclarar las alegaciones que hubieren formulado y rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos. La sentencia apelada resuelve sobre la acción ejercitada y justifica razonadamente la desestimación de los pedimentos deducidos en la misma. Distinto es, que la parte discrepe de la decisión judicial, pero en modo alguno puede entenderse que la misma adolezca de falta de motivación, exhaustividad e incongruencia, no estimándose infringido el artículo 218 LEC .

TERCERO.- Llegados a este punto, y entrando en el análisis de los motivos de fondo alegados, debemos partir de la acción ejercitada en la demanda principal que es la de impugnación del testamento de don Laureano , si bien, la parte apelante, refiere los motivos de recurso a la impugnación de la disposición testamentaria que otorga el usufructo vitalicio al cónyuge viudo por estimar que constituye un gravamen de la legítima estricta, para cuya impugnación considera que no resulta necesario determinar el valor de la porción de legítima, y que en el caso no resulta de aplicación la opción de la cautela socini. Esta Sala no puede sino compartir la acertada argumentación jurídica de la Sentencia apelada, debiendo ser desestimados los motivos de fondo alegados con los números 1º a 7º, sin que se estime que haya habido infracción de los preceptos invocados en el recurso. En primer lugar, como se razona instancia, y comenzando con la nulidad de las disposiciones testamentarias, al no discriminarse en la demanda, que es donde debe fijarse el objeto del proceso, cabe entender que se interesaba la nulidad del testamento, ya que el suplico señala expresamente que se ejercita demanda de impugnación del testamento, y en el apartado B se interesa la nulidad de las disposiciones testamentarias, sin especificar a cuál de ellas se refiere. En cualquier caso, este fundamento jurídico tercero de la sentencia no es el objeto del recurso de apelación, ya que dicho recurso, como se ha expuesto, va íntegramente referido a la disposición testamentaria por la que se instituye usufructo a favor del cónyuge viudo por estimar que se impone un gravamen a la legítima estricta contraviniendo el art. 806 CC . Resulta ilustrativa la STS de 17 de enero de 2014 sobre la cautela socini y la legítima como límite a la libertad de testar, en la que se recoge:

"Cautela socini: caracterización y alcance de su validez testamentaria. Perspectivas y planos de análisis de la figura. Interpretación sistemática. Régimen jurídico y doctrina jurisprudencial aplicable.

Fundamento de derecho Segundo. (...)

6. En el contexto doctrinal debe señalarse que aunque la figura de la cautela socini goza de un cumplido reconocimiento en la práctica testamentaria que desarrolla el contenido dispositivo del testador, de suerte que su previsión no resulta extraña o inusual a la misma, conforme también a la estela más reciente de las denominadas cautelas de opción compensatoria; no obstante, tampoco puede desconocerse la polémica que en el ámbito de la doctrina científica ha acompañado (prácticamente desde la época de su valedor, el jurista Mario Socino, autor a mediados del XVI de un dictamen a su favor) la aplicación de esta cautela ante su posible ilicitud por comprometer o gravar, indebidamente, la legítima de los herederos.

Esta polémica tampoco ha sido cerrada o resuelta, con carácter general, por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, enfocada, primordialmente, desde la perspectiva casuística de las características del supuesto en



cuestión, y centrada particularmente en torno al alcance del condicionante de la prohibición del recurso a la intervención judicial; con pronunciamientos que han ido desde la admisión y validez de esta cautela hasta su inaplicación; SSTS 6 de mayo de 1953 , 12 de diciembre de 1958 , 8 de noviembre de 1967 y 8 de junio de 1999 , entre otras.

7. Para abordar correctamente la cuestión planteada en el marco de la inter relación señalada, debe partirse de las perspectivas metodológicas que aporta el sistema de legítimas con incidencia en la libertad de testar, esto es, tanto de su función o papel de límite a la libertad dispositiva y distributiva del testador, como su función de derecho subjetivo del legitimario con extensión a las acciones que en beneficio propio, y a su arbitrio, pueda ejercitar en defensa de su legítima.

Una vez indicado este punto de partida, el siguiente paso metodológico consiste, precisamente, en diferenciar la proyección de estas perspectivas en atención al plano de análisis que tenemos por referencia. En efecto, en esta línea debe señalarse que la proyección de la función de la legítima, como límite o freno a la libertad dispositiva y distributiva del testador, queda residenciada o resulta más adecuada al plano valorativo de la posible validez conceptual de esta cautela en el contenido dispositivo del testamento; mientras que, por su parte, la proyección de la función de la legítima, como derecho subjetivo propiamente dicho, entronca directamente con el marco de ejercicio o actuación del legitimario en orden a solicitar la intervención judicial en defensa de su derecho: La delimitación de estos planos y funciones resulta necesaria para la interpretación sistemática de la cuestión planteada.

8. Esta interpretación sistemática se inicia con el plano prioritario de la posible validez conceptual de esta figura en el marco del contenido dispositivo del testamento. En este sentido, y atendida la función de la legítima como límite o freno a la libertad dispositiva y distributiva del testador, la respuesta debe ser favorable a la admisión testamentaria de la cautela socini.

En efecto, conceptualmente analizada, y pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, la cautela socini, al amparo de la voluntad del testador como eje vertebrador de la ordenación dispuesta (STS de 6 de mayo de 2013, núm. 280/2013) no constituye un *fraus legis* (fraude de ley) dirigido a imponer una condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima (813 del Código Civil), pues su alcance en una sucesión abierta y, por tanto, diferida, se proyecta en el plano del legitimario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador, extremo que ya le sirve para calcular la posible lesión patrimonial de su derecho hereditario, o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, decisión que le llevará a recibir únicamente lo que resulte de su legítima estricta, acreciendo el resto a los legitimarios conformes. Libertad de decisión que, en suma, una vez abierta la sucesión puede llevar, incluso, a la propia renuncia de la herencia ya diferida. Desde el plano conceptual señalado no se observa, por tanto, que la potestad dispositiva y distributiva del testador infrinja el límite dispositivo que a estos efectos desempeña la función de la legítima, pues la opción que necesariamente acompaña la configuración testamentaria de esta cautela, determina la salvaguarda de su esencial atribución patrimonial en la herencia, es decir, su derecho a recibir la legítima estricta. Obsérvese, que en el ámbito particional se alcanza la misma conclusión cuando la partición la realice el propio testador (artículo 1056 y 1075 del Código Civil).

9. En la línea de argumentación expuesta, y conforme a la relevancia que la reciente jurisprudencia de esta Sala otorga al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos, no sólo como mero criterio hermeneútico, sino como auténtico principio general (STS 25 de enero de 2013, núm. 827/2013), debe señalarse que esta Sala también ha resaltado recientemente su proyección en el ámbito del Derecho de sucesiones particularmente en la aplicación del principio de "favor testamenti" (conservación de la validez del testamento), SSTS 30 de octubre de 2012, (núm. 624/2012), 20 de marzo de 2013 (núm. 140/2013) y 28 de junio de 2013 (núm. 423/2013)."

La Sentencia apelada se pronuncia sobre el cuestionado gravamen que se dice impuesto sobre la legítima estricta en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia, que, con argumento que compartimos, en contra de lo que se expone en el recurso, señala que previamente a determinar si existe lesión o perjuicio de la legítima debe procederse a su determinación, y posteriormente a cuantificarla siguiendo las pautas establecidas en el artículo 818 CC , y como continúa en el fundamento de derecho quinto, independientemente de si existe respecto de la atribución al cónyuge viudo del usufructo vitalicio sobre los bienes que integran el patrimonio hereditario, una cláusula socini, tácita, presunta o *ex lege* (art. 820.3 CC), que autoriza a los herederos forzosos a elegir entre cumplir la disposición testamentario o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente del testador, resulta previamente necesario determinar el haber hereditario, realizando las operaciones aritméticas pertinentes, que las demandantes no han verificado y de las que pudiera deducirse esa lesión o perjuicio del legado recibido del causante, sin que ello pueda ser sustituido por los informes periciales



que se aportan con la demanda relativos a la valoración de los bienes, dada la evidente discrepancia puesta de manifiesto entre las partes. Por ello, debe confirmarse el pronunciamiento desestimatorio de la demanda, sin que se haya acreditado la infracción del art. 806 CC , ya que el mismo se limita a señalar que legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos, y en esta caso, no se acredita el perjuicio o lesión para la legítima estricta, debiendo tenerse en cuenta que conforme al art. 813 CC , el testador no puede privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley, y tampoco puede imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo. Y el art. 820.3 CC cuya aplicación se cuestiona, prevé que si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador; por lo que su aplicación requiere que se acredite que el valor del usufructo es superior a la parte disponible. Por lo expuesto, no basta alegar el gravamen como pretende el recurrente, quien en el suplico de la demanda interesa además, que se declare la existencia de perjuicio de la legítima e interesa el cese del gravamen sobre la misma y el abono de las cantidades percibidas con el arrendamiento del local, pretensiones que resultan improcedentes.

CUARTO.- Resta por analizar el último motivo de recurso que se ciñe a la cuestión jurídica sobre el pronunciamiento en materia de costas, que la Sentencia apelada impone a la actora, quien interesa que no le sean impuestas las costas por estimar que el caso suscita dudas de hecho o derecho que justifican su no imposición, motivo que ha de ser igualmente desestimado al no apreciar dichas dudas, estimando que ha de ser aplicado al caso el art. 394 LEC , que consagra el principio del vencimiento objetivo, distinguiendo según que la estimación haya sido total o parcial. Este criterio objetivo constituyó una novedad de la Ley 34/84, de 6 de agosto, que modificó el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , siendo posteriormente acogido por la vigente Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Antes de la reforma de 1984 la condena en costas sólo procedía en aquellos procesos en que así se establecía, o por aplicación de criterios jurisprudenciales, basados en principios jurídicos dimanantes de Las Partidas, asociados básicamente a supuestos de temeridad o mala fe procesal, y su justificación se amparaba en el artículo 1902 del Código Civil , ante la ausencia de un criterio legal. El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es un precepto de *ius cogens* , que significa que el juzgador podrá imponer la condena en costas a la parte que corresponda, aunque no se haya solicitado, debiendo aplicarlo de oficio, conforme entendió el Tribunal Supremo con la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, doctrina que sigue siendo de aplicación (SSTS 2-7-1991 , 22-3-1997 y 15-12-1998). Las excepciones previstas en el art. 394 LEC que justifican la no imposición de costas van referidas a la apreciación de dudas de hecho o derecho, o a una estimación parcial. En el presente caso, conforme se ha expuesto, la parte actora ha ejercitado la acción de impugnación del testamento y ha alegado que el usufructo instituido constituye un gravamen sobre la legítima estricta sin ni siquiera haber determinado el valor de la legítima. Por lo expuesto, procede confirmar la imposición de costas de la primera instancia a la parte actora.

QUINTO .- Desestimado el recurso de apelación, conforme a los artículos 398.1 y 394.1 de la LEC , las costas procesales devengadas en esta alzada han de ser impuestas a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Angelica , contra la sentencia de 27 de septiembre de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Quince de Málaga , en autos de Juicio Ordinario número 147/2011, a que este rollo se refiere, y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición, a la parte apelante, de las costas procesales devengadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, devolviéndose seguidamente las actuaciones originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de donde dimanen, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.

Así por ésta, nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN: Dada, leída y publicada ha sido la anterior Sentencia, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D^a Nuria Auxiliadora Orellana Cano, constituida en Audiencia Pública en la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial de Málaga, en el día de la fecha. Doy fe.-