



Roj: **SAP C 329/2019 - ECLI: ES:APC:2019:329**

Id Cendoj: **15030370052019100074**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **5**

Fecha: **14/02/2019**

Nº de Recurso: **219/2018**

Nº de Resolución: **72/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MANUEL CONDE NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

A CORUÑA

SENTENCIA: 00072/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

A CORUÑA

N10250

CALLE DE LAS CIGARRERAS Nº 1 (ENFRENTA A PLAZA PALLOZA) CP 15071

Tfno.: 981 18 20 99/98 Fax: 981 18 20 97

N.I.G. 15030 42 1 2016 0015123

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000219 /2018

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 8 de A CORUÑA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001113 /2016

Recurrente: María Rosa

Procurador: JOAQUIN JOSE GONZALEZ CARRERA

Abogado: ALFONSO FREIRE PICOS

Recurrido: María Rosario

Procurador: LUIS ALBERTO DEQUIDT MONTERO

Abogado: EDUARDO JOSE FERREIRO PEREZ

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente:

SENTENCIA Nº 72/2019

Ilmos. Sres. Magistrados:

MANUEL CONDE NUÑEZ

JULIO TASENDE CALVO

CARLOS FUENTES CANDELAS

En A CORUÑA, a catorce de febrero de dos mil diecinueve.



En el recurso de apelación civil número **219/2018**, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña, en Juicio ordinario núm. 1113/2016, seguido entre partes: Como **APELANTE/IMPUGNADA**: DOÑA María Rosa , representada por el Procurador Sr. GONZALEZ CARRERA; como **APELADO/IMPUGNANTE**: DOÑA María Rosario , representada por el Procurador Sr. DEQUIDT MONTERO.- Siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON MANUEL CONDE NÚÑEZ.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de A Coruña, con fecha 28 de noviembre de 2018, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

"QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE LA DEMANDA presentada por doña María Rosario , contra doña María Rosa y DEBO DECLARAR Y DECLARO NULA LA ACEPTACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LA HERENCIA de Dª Edurne a favor de Dª María Rosa , condenado a la demandada a restituir a la persona que se declare heredera de todos los bienes de los que ha entrado en posesión, así como sus frutos, accesiones, rentas o intereses que haya podido percibir por tal concepto, debiendo librarse al tiempo mandamientos a los registros de la propiedad en los que hubiere bienes de la herencia de Dª Edurne e inscritos a nombre de Dª María Rosa , ordenando la cancelación de tales inscripciones, y todo ello, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de DOÑA María Rosa que le fue admitido en ambos efectos. Por la representación procesal de DOÑA María Rosario se presentó escrito de impugnación en tiempo y forma y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para deliberar la Sala el día 8 de enero de 2019, fecha en la que tuvo lugar.

TERCERO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-I.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de a Coruña, de fecha 28 de noviembre de 2017 , acordó en su parte dispositiva la estimación parcial de la demanda presentada por la representación procesal de Doña María Rosario , contra Doña María Rosa , declarando nula la aceptación y adjudicación de la herencia de Doña Edurne a favor de Doña María Rosa , condenando a la demandada a restituir a la persona que se declare heredera de todos los bienes de los que ha entrado en posesión así como sus frutos accesiones rentas o intereses que haya podido percibir por tal concepto, debiendo librarse al tiempo mandamientos a los registros de la propiedad en los que hubiere bienes de la herencia de Dª Edurne e inscritos a nombre de Dª María Rosa , ordenando la cancelación de tales inscripciones, y todo ello, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

En los fundamentos de derecho de la referida resolución se hacen constar las razones que conducen a su parte dispositiva, y, en concreto, las siguientes.

"Primero.- Se alega la falta de legitimación activa de la actora. Ésta, como presupuesto de la acción, es el carácter con el que el sujeto de derecho, como presunto titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, pretende su reconocimiento acudiendo al principio constitucional de la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24 de la Constitución española . Se presenta, pues, como titular de un derecho subjetivo, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional se lo reconozca (le dé la razón) o no (desestime su demanda). Como se ha dicho doctrinalmente, es el "trasunto procesal de la titularidad" (STS de 5 de noviembre de 2012).

La demandante tiene legitimación activa por estar interesada en la herencia, pues instituida heredera la persona que cuidase y asistiese a la testadora, y teniendo en cuenta la prueba practicada es claro que ostenta interés en la nulidad que pretende, tanto porque puede ser declarada heredera testamentaria como porque de no existir persona que hubiera cumplido aquel requisito, podría serlo también como heredera abintestato. Por otro lado, en ningún caso puede exigírsele haber solicitado previamente la declaración de herederos, pues en otro caso el ejercicio de la acción de nulidad sería imposible por existir disposición testamentaria que impide aquella declaración (art. 912 del C.C . y art. 56 de la Ley del Notariado).

Así, de la prueba documental y testifical se desprende que la actora es sobrina de la testadora y además le ha prestado asistencia y cuidado hasta su ingreso en la residencia Vallesol, con lo cual es claro que ostenta un interés en las pretensiones de nulidad examinadas, lo que le otorga clara legitimación, en primer lugar, en tanto en cuanto, la condición de heredero viene determinada en el testamento por haber prestado cuidado



la causante, y en segundo término, porque de no existir persona que lo haya hecho, podría ser coheredera abintestato. Y en fin, la legitimación para instar la nulidad no sólo viene dada por ser heredera, sino también por la posibilidad de serlo."

"Segundo .- Por si pudiera plantear alguna duda, y aunque no se ha suscitado (si bien puede apreciarse de oficio) estimamos que dada la pretensión ejercitada no es necesario llamar al litigio al Notario autorizante. Para ello, nos basamos, por su semejanza con el caso enjuiciado, en la doctrina jurisprudencial recaída en torno a la nulidad de testamento por quebrantamiento de las formalidades legales. En efecto, el Tribunal Supremo ha declarado de modo reiterado que en la acción de nulidad de un testamento notarial por incumplimiento de formalidades, no es necesario demandar al Notario autorizante (SSTS de 21 de noviembre de 2007 , 9 de mayo de 1990 y las que en esta última se citan). En el supuesto examinado un extremo de la pretensión es la nulidad del acta de notoriedad por incumplimiento de determinadas formalidades legales, y aplicando *mutatis mutandis* aquella doctrina no existiría litisconsorcio pasivo necesario."

"Tercero .- En el testamento de D^a Edurne , de fecha 27 de marzo de 2012, se instituyó heredero a la persona, pariente o no de la testadora, que la cuide y asista en todo cuanto precise, en la salud y en la enfermedad, hasta su fallecimiento. Este supuesto está contemplado en el art. 203 de la Ley 2/2006 , de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. Concretamente, en tal precepto se establece la validez de la disposición en favor de persona incierta, salvo que por algún evento pueda determinarse (número 1 del referido precepto) y a renglón seguido se especifica uno de los casos de posible determinación, cual es el cuidado al testador. Es el conocido como *testamento a quien me cuide* , supuesto distinto del regulado en el art. 204 de la propia norma, en el que la institución como heredero es de persona determinada.

Expuesto lo anterior, lo cierto es que para ser congruente con lo pretendido es preciso fijar el objeto de controversia, que no es determinar en este proceso, al menos con carácter principal, quién cuidó a la testadora (si la actora o la demandada) sino examinar si son válidas el acta de notoriedad y la ulterior aceptación y adjudicación de la herencia por parte de la demandada.

En efecto, en la demanda no se insta que se declare heredera a la demandante, sino que en primer lugar se interesa la nulidad del acta de notoriedad en que se recoge como hecho notorio que la persona que ha cuidado y asistido a la testadora D^a Edurne ha sido una de sus sobrinas y hoy demandada D^a María Rosa .

El examen judicial del acta de notoriedad envuelve un control de legalidad, cuando como acontece se alega la infracción en su tramitación del art. 209 del Decreto de 2 de junio de 1944 , por el que se aprueba el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado (en adelante RN). Habremos, pues, de pronunciarnos sobre si en la tramitación del acta de notoriedad se ha cumplido aquel precepto legal.

En este aspecto de control de legalidad formal y a la vista de la documentación remitida de oficio, en la tramitación del acta de notoriedad entendemos que se han cumplido por el Notario autorizante todas las formalidades establecidas en el art. 209 del RN.

El art. 209.2º, párrafo segundo, del RN dispone que <<En caso de que fuera presumible, a juicio del Notario, perjuicio para terceros, conocidos o ignorados, se notificará la iniciación del acta por cédula o edictos...>>. Lo que habremos de examinar es si el juicio del Notario de no notificar la iniciación del acta a terceros era razonable a la vista de las afirmaciones del requirente y de la documentación aportada.

El hecho notorio que se pretendía acreditar por la requirente y hoy demandada era que había sido ella la que había cuidado a la testadora y así lo manifiesta en el requerimiento. Pues bien, ni de las alegaciones realizadas por la requirente (recordemos que bajo penal de falsedad en documento público, según dispone el art. 209.1º del RN) ni de las diligencias practicadas (testifical) se desprende la presunción de que pueda existir otra persona o personas que se puedan ver perjudicadas, pues tanto de aquellas afirmaciones de la requirente como de las declaraciones de las personas que comparecen ante el notario, no se desprende la posible existencia de otra persona que haya cuidado y asistido a la testadora, y que, en consecuencia, pudiera ser considerada heredera. Ciertamente, del testamento resulta que han sido nombrados dos contadores-partidores de modo sucesivo (en primer lugar, D^a Rocío y, en segundo lugar, D. Elias), y también es indudable que se le atribuyó la facultad de apreciar el cumplimiento de las condiciones impuestas (en este caso, quién cuidó y asistió a la testadora), pero no es menos cierto que, por una parte, el acta de notoriedad tiene el único objeto de comprobar y fijar unos hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, y por otra, y precisamente por ser aquél su único objeto, los eventuales herederos podrán instar las acciones oportunas para que se declare tal condición y se anulen, en su caso, los actos llevados a cabo por quien no la ostente. Dicho de otro modo, el notario únicamente comprueba la realidad de un hecho (la asistencia y cuidado) y si de las alegaciones del requirente o de las diligencias practicadas advierte la posible existencia de un tercero perjudicado por los hechos cuya notoriedad



se interesa, habrá de notificar la iniciación del acta, bien por cédula, bien por edictos. Como hemos avanzado, con las alegaciones del requirente, con las declaraciones incorporadas y con los documentos unidos, no cabe presumir, sin más, la existencia de un tercero perjudicado, y por lo tanto, no es censurable la omisión de aquella notificación del acta a la hoy demandante, que, por cierto, no aparece mencionada en lugar alguno de la misma.

No cabe, pues, declarar la nulidad del acta de notoriedad."

"Cuarto.- Expuesto lo anterior, y precisamente por el objeto de aquel expediente notarial, ha de analizarse si la aceptación y adjudicación de la herencia es válida (que es otro extremo de la pretensión).

De acuerdo con la voluntad del testador manifestada en el testamento referido, se nombró a un contador-partidor, entre cuyas facultades se atribuyó expresamente la de apreciar el "cumplimiento de las condiciones impuestas" (art. 292.2 de la Ley de derecho civil de Galicia) y siendo ello así no puede la demandada arrogarse la condición de heredera sin intervención de aquel contador-partidor al que se encomendó la designación de la persona que había cumplido la condición (que es un medio para completar la delación a favor de personas determinadas por un evento), o al menos, hasta que requeridos los contadores-designados éstos declinen el encargo. Y en este último extremo, no puede entenderse que D^a Rocío ha renunciado al cargo, pues según manifiesta en acto de juicio y se documenta (documento nº 7 de los acompañados con la demanda) fue requerida y aceptó el cargo, lo que excluye la renuncia tácita del art. 290 de la Ley de derecho civil de Galicia , siendo además de señalar que la

ejecución del encargo se encontraba con el obstáculo de la aceptación y adjudicación ya realizada por la hoy demandada.

En consecuencia, sí es nulo el acto de aceptación y adjudicación de la herencia, debiendo la demandada restituir a la persona que en su momento sea considerada como heredera, todos los bienes de los que ha entrado en posesión, así como sus frutos, accesiones, rentas o intereses que haya podido percibir.

Lo anterior conlleva también la estimación de la petición consistente en que se libren mandamientos al Registro de la Propiedad en el que figuren bienes de la herencia de D^a Edurne inscritos a favor de la demandada."

II.- Contra la referida resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la demandante Doña María Rosa realizando las siguientes alegaciones:

1º) La controversia entre las partes, indicada en el fundamento de derecho tercero de la sentencia, ...se contrae a examinar si son válidas el acta de notoriedad y la ulterior aceptación y adjudicación de la herencia por la demandada...

Por todo ello no es objeto de debate, pues resultan indubitados los siguientes antecedentes fácticos:

· La causante instituye a una heredera única: Del testamento abierto notarial, ex Art 183 de la Ley del Derecho Civil de Galicia y art. 675 Código Civil , solo cabe una interpretación literal de la voluntad de la testadora, , por cuanto, siendo su voluntad la ley de la sucesión, impone que la sucesión se defiere a la persona -una única persona-, pariente o no de la testadora, que la cuide y asista en todo cuanto precise, en la salud y en la enfermedad, hasta su fallecimiento.

Esta interpretación testamentaria no ha sido objeto de controversia en el procedimiento de referencia, siendo pacífico que la causante instituye heredera a una sola persona, la que cumpla la condición de cuidarla y asistirle hasta el fallecimiento, como reconoce la sentencia y el acta de notoriedad que acredita hechos notorios instrumento formalizado bajo la fe pública del notario autorizante.

· Resulta pacífico que, hasta su muerte, Doña María Rosa , ha sido quien ha asistido y cuidado a la causante en cuanto precisaba de manera única:

ü D^a María Rosa es la única que ha cumplido la condición de cuidar a la causante hasta el fallecimiento Extremo que se ha acreditado mediante acta de notoriedad - obrante en autos- que incorpora contrato de ingreso de la testadora en la residencia Ballesol, testificales, resoluciones judiciales que designan a Doña María Rosa como defensora judicial, tutora de la causante, cargo que no llega a aceptar, en conclusión se patentiza que la única persona encargada, y facultada de cuidar a la causante hasta su fallecimiento ha sido mi mandante, interesa destacar a esta parte que en dichos procedimientos judiciales ni siquiera se menciona a la actora/apelada.

Las resoluciones judiciales incorporadas al acta de notoriedad de 26 de enero de 2016, autorizada por el notario Don Manuel Mariño Vila (obrante en autos como doc. 5 de la parte actora) hacen prueba plena en juicio que Doña María Rosa , mi principal, es la única habilitada legalmente para cuidar a la causante desde 5 marzo de 2015, aceptación cargo defensor judicial (doc nº 5 de esta parte), amparados en ser documentos públicos ex artículo 1.218 CC , artículos 317.1 , 2 y 319 de la LEC , ratificando la Sentencia la eficacia y validez de



dicha acta, solución alcanzada en la sentencia que se impugna, en buena lógica tras la debida contradicción coadyuva a la resolución judicial de convalidación de eficacia del acta de notoriedad la testifical consignada en el instrumento público y la practicada en el plenario, sometida a los principios de inmediatez y contradicción apreciado por el Juzgador a quo.

ü D^a María Rosario reconoce que no cuida a Doña Edurne desde que ingreso en la residencia Ballesol. La propia actora reconoce que no asistió, ni cuidó a Doña Edurne desde que ésta ingreso de manera voluntaria en la residencia Ballesol, el 11 de junio de 2012, y el 21 de mayo de 2013 hasta su fallecimiento el 30 de diciembre de 2015; La demanda ratificada en el acto de audiencia previa, refiere en los párrafos segundo y tercero del Hecho Segundo lo siguiente:

...la actora se ocupó de procurarle alimento, encargándose personalmente de cocinar para ella diariamente, así como de acompañarla y proporcionarle soporte y ayuda en todo cuanto pudiese necesitar.

Ello fue así, hasta que, la demandada decidió ingresar de forma unilateral a la Sra. Edurne en la "Residencia Ballesol", en la localidad de Oleiros, donde podrían prestarle servicios especializados dados el cuadro de demencia que padecía. Allí falleció en la fecha señalada.

Interesa poner de relieve, el límite temporal del cuidado reconocido por la propia actora que ha "cuidado" de su tía, hasta que su ingreso al centro Ballesol, la actora dice literalmente. "Ello fue así, hasta que," La interpretación gramatical de la preposición "hasta", empleado por la actora, conforme a la definición de la RAE "denota término o límite", que aplicado al supuesto que nos ocupa, determina que el ingreso de Doña Edurne en la residencia Ballesol es el límite de la acción del supuesto cuidado de la actora/apelada, interrumpiendo su continuidad, es decir, que el 11 de junio de 2012 es el momento en que Doña María Rosario reconoce dejar de "cuidar, asistir, atender" a su tía, fijándose este hito temporal varios años antes del fallecimiento de Doña Edurne .

ü Plena capacidad de Doña Edurne hasta síntomas de demencia en la residencia Ballesol en el año 2015 En relación al primer párrafo anterior transcrito del hecho segundo, esta parte no reconoce que Doña María Rosario haya cuidado en ningún momento a la testadora antes del ingreso en Ballesol, por no ajustarse a la realidad, sin entrar en si realizaba visitas sociales o ayudas puntuales a su tía, toda vez que Doña Edurne encontraba en plenas facultades mentales para gobernar su esfera patrimonial, personal hasta tiempo después de ingresar en Ballesol, disponía de atención doméstico que le realizaba las tareas del hogar. En esta época anterior al ingreso de Doña Edurne en la residencia Ballesol, mi representada asistía a su tía en cuanto precisaba ducharse, ir al médico, a la comprar..., min 2:30 grabación juicio, visitándola cada dos días, respuesta a pregunta de su SS^a, min 3:22 a 3:40 grabación juicio, y gestionando y organizando la intervención quirúrgica por dificultades de movilidad cuando fue preciso según declaró Doña Edurne, y reconoce el letrado de la actora, en el minuto 11:17 hasta 11:38 de la grabación de la vista del juicio.

ü El ingreso de la causante en la residencia Ballesol, fue libremente decidido por la propia D^a Edurne, sin que su capacidad se encontrase mermada lo que se ha justificado debidamente mediante informes médicos, documentos, testigos hasta que finalmente, en 2015, es la propia Directora de la Residencia la que interesa la incapacitación, donde se designa a mi mandante, como notoria guardadora de hecho, defensora judicial y finalmente tutora de la testadora, si bien la resolución judicial incapacitatoria, no llegó a alcanzar su firmeza al tiempo del deceso, posteriormente, pero que como documentos integran el acta de notoriedad autorizada por el fedatario público. Interesa resaltar, desde la perspectiva procesal, que ningún documento ha sido impugnado ni combatido por la adversa.

ü La sentencia declara probado que la única heredera que cuidó a Doña Edurne ha sido Doña María Rosa : Se trata de un hecho indubitado y notorio que mi principal ha sido la única que ha cuidado a la testadora hasta su deceso, mantiene incólume el acta de notoriedad que sobre el particular autorizó el notario Don Manuel Mariño Vila, y cuya eficacia e validez se ratifica acertadamente por su S.S^a., al fundamento de derecho tercero de la sentencia, donde tras la prueba, documental, testifical, establece que no se presume la existencia de persona que haya cuidado y pueda ser heredera más que mi principal, ni se perjudica a ninguna persona. La sentencia en su fundamento de derecho tercero concluye

...Pues bien, ni de las alegaciones realizadas por la requirente (recordemos que bajo penal de falsedad en documento público, según dispone el art. 209 RN) ni de las diligencias practicadas (testifical) se desprende presunción de que pueda existir otra persona o personas que puedan ser perjudicadas, pues tanto aquellas afirmaciones de la requirente como de las declaraciones de las personas que comparecen ante el notario, no se desprende la posible existencia de otra persona que haya cuidado y asistido a la testadora, y que pueda ser considerada heredera

· Así mismo, resulta clara la validez formal y material de los instrumentos públicos obrantes en autos:



ü Acta de notoriedad : El cumplimiento de los requisitos legales formales y materiales del acta de notoriedad en que acredita que Doña María Rosa ha sido la única que ha cumplido con la condición testamentaria de cuidar y asistir hasta la muerte a Doña Edurne , se confirma y argumenta fundamento de derecho tercero de la Sentencia:

En el aspecto de control de legalidad formal y a la vista de la documentación remitida de oficio, en la tramitación del acta de notoriedad entendemos que se ha cumplido por el Notario autorizante todas las formalidades establecidas en el art.209 de la Lec

...Como hemos avanzado, con la alegación de la requirente, con las declaraciones incorporadas con los documentos unidos no cabe presumir, sin más, la existencia de un tercero perjudicado, y por lo tanto, no es censurable la omisión de aquella notificación del acta a la hoy demandante, que por cierto no aparece mencionada en lugar alguno de la misma.

No cabe, pues declarar la nulidad del acta de notoriedad.

ü Aceptación y adjudicación de la herencia : La escritura de aceptación y adjudicación de herencia por Doña María Rosa , cumple todos los requisitos legales -formales y materiales- y deriva de los extremos acreditados en el acta de notoriedad. De los documentos obrante en autos, de la testifical, queda demostrado de manera irreprochable que dicho instrumento público es válido y eficaz, no impugnándose por la contraparte, no alegando esta infracción de normativa alguna, no fundamentándose la resolución judicial en ninguna normativa o incorrección de la actuación notarial que desvirtuó la presunción de legalidad y veracidad de dicha escritura, la solicitud de nulidad de este instrumento público pretendida de adverso se centra únicamente en una errónea interpretación del testamento de Doña Edurne , como analizaremos más adelante.

A mayores el derecho recogido en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia descansa en la situación legitimada por el hecho notorio recogido en el acta de notoriedad, como ya hemos visto, que hace prueba plena de que la persona -la única- que ha cuidado hasta su muerte a la testadora ha sido D^a María Rosa , cumpliendo de este modo la condición de la institución de heredero y dando cumplimiento a la última voluntad de la causante, ex artículo 695 C.C , recogida con toda precisión y garantía por el notario otorgante del testamento, y cuya eficacia y validez se ratifica por su S.S^a.

Sentado la absoluta validez de la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia a D^a María Rosa , por concurrir todos los presupuestos legales, la única controversia y causa que motiva la resolución judicial declarando la nulidad de dicha escritura se centra el sí en su otorgamiento es, o no, necesaria la intervención del contador partidor. Extremo que abordaremos en una alegación específica más adelante.

· Resulta indubitado que D^a María Rosario ni acredita ni solicita, ni interesa el reconocimiento de un derecho subjetivo o interés legítimo, es más, de manera expresa refiere en el plenario que no pide ser declarada heredera lo que se evidencia de la propia demanda, del suplico de la misma, de las diversas pruebas practicadas en el seno del procedimiento; Doña María Rosario no interesa el reconocimiento de ningún hecho, derecho, ni ofrece prueba alguna que pudiera constituir un estado factico o jurídico que le legitimase para su actuación, punto que abordaremos más adelante. Esta afirmación se ampara en definitiva en la propia sentencia recaída en el presente procedimiento cuando en su fundamento de derecho tercero establece que:

En efecto, en la demanda no se insta que se declare heredera a la demandante, sino que en primer lugar se interesa la nulidad de acta de notoriedad en se recoge como hecho notorio que la persona que ha cuidado y asistido a la testadora D^a Edurne ha sido una de sus sobrinas y hoy demandada D^a María Rosa .

Sentado cuanto antecede, resultando pacífico y acreditados los anteriores extremos procede la revisión de la Sentencia, en particular en la declaración de nulidad de la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia y la desestimación de la excepción de la falta de legitimación activa de la actora, por los siguientes motivos, que se desarrollarán a lo largo del presente recurso:

2º) Infracción de los artículos 10 y 217 de la LEC en relación a los artículos 3 , 675 , 695 , 790 , 791, 1.114 del Código Civil .

Los preceptos invocados nos conducen a la falta de legitimación activa de D^a María Rosario . En este sentido la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de A Coruña en su sentencia de 18 de octubre de 2016 (Recurso 529/2015) incida en la necesaria existencia de un interés actual para poder ejercitar una acción de nulidad absoluta o radical.

Y la STS de 16 de mayo de 2000 , al examinar la legislación activa, considera que la cuestión afecta al orden público procesal.



En cualquier caso, entendemos necesario desarrollar la falta de legitimación de la actora, de conformidad con los apartados siguientes.

A) Interpretación literal de la voluntad sucesoria recogida en el testamento.

Un primer análisis ha de partir de la última voluntad de la testadora, lo que impone acudir al predicado del artículo 675.1 del Código Civil, norma específica de interpretación del testamento, de carácter imperativo que hace prevalecer el criterio gramatical de la literalidad, diciendo el testamento de Doña Edurne :

Instituye heredera a la persona, pariente o no de la testadora, que la cuide y asista en todo cuanto precise, en la salud y en la enfermedad, hasta el fallecimiento.

Nos encontramos con una manifestación realizada por Doña Edurne ante el Notario autorizante de su testamento abierto, recogiendo este instrumento público fielmente la voluntad sucesoria de la testadora, y verificando en su otorgamiento que es la última voluntad de la causante expresada con las garantías de capacidad, consentimiento e independencia como testadora.

La interpretación del presente testamento no ha sido discutida ni cuestionado por la actora, siendo pacífico la interpretación de la cláusula primera, ex artículos 3, 790, 791, 1.114 C.Civ, es decir, nos encontramos con una institución de heredero sujeta la condición positiva de haber cuidado a Doña Edurne hasta su fallecimiento, quedando acreditado por acta de notoriedad ratificado por la sentencia de Juez a quo, que la única heredera es Doña María Rosa, tras el cumplimiento de la condición.

El ius delationis se defiere únicamente a favor de Doña María Rosa, única persona que ha acreditado el cumplimiento de la condición - cuidado y asistido a Doña Edurne hasta su fallecimiento- y solo tras el cumplimiento de esta condición ha resultado mi representada investida de la condición de heredera de Doña Edurne, y en consecuencia titular de los derechos hereditarios que incluyen la potestad de ejercitar acciones en desarrollo y efectividad de su derecho sucesorio.

La prueba practicada ante notario hace prueba plena en juicio tal y como disponen los artículos 317 y 319 de la LEC 1/2000, y la prueba testifical acordada y practicada en el plenario sustenta el pronunciamiento del juzgador a quo en su Sentencia, al concluir que la única persona que ha cumplido la condición cuidando hasta la muerte a Doña Edurne ha sido Doña Modesta, que no se desprende la posible existencia de otra persona que pudiera ser considerada heredera, y asimismo que no existe ninguna persona que pueda versar perjudicada por la actuación de mi mandante.

Pues bien, ni de las alegaciones realizadas por la requirente (recordemos que bajo pena de falsedad en documento público, según dispone el art.209 RN) ni de las diligencias practicadas (testifical) se desprende la presunción de que pueda existir otra persona o personas que se pudieran ver perjudicadas, pues tanto aquellas afirmaciones de la requirente como de las declaraciones de las personas que comparecen ante el notario, no se desprende la posible existencia de otra persona que haya cuidado y asistido a la testadora, y que en consecuencia pudiera ser considerada heredera.

B) D^a María Rosario no es titular de la necesaria relación jurídica ni tiene interés legítimo en la sucesión de Doña Edurne

Es la propia actora la que reconoce que no detenta la condición ni actúa como heredera de Doña Edurne, puesto que no ha acreditado ni ofrecido principios de prueba de haber cumplido la obligación. Tampoco pide que se le declare heredera.

Hay que poner de relieve el hecho reconocido por la actora que ha "cuidado" a su tía -extremo que combatimos- hasta que Doña Edurne decidió residir en el centro Bellosol "ello fue así hasta que"

C) Doña María Rosario no aporta ninguna prueba de su legitimación.

La actora no solicita ser declarada heredera ni combate que D^a María Rosa ha cuidado a Doña Edurne hasta su muerte, cumpliendo la condición testamentaria, como afirma rotundamente la sentencia, sino que la pretensión se contrae a que la apreciación del cumplimiento de dicha cuidado debería recaer exclusivamente sobre la figura de los contadores partidores.

Por el contrario, Doña María Rosa sí que ha desplegado variados medios de prueba, consistente en medios documentales, contratos de admisión de la causante en la residencia Ballesol donde ésta designa a mi representada persona responsable de su cuidado, posteriormente se promueve por la directora del centro Ballesol el procedimiento de incapacidad de Doña Edurne, en el que designa a mi representada defensora judicial y después tutora, cargo que no llega a aceptar, igualmente se aporta abundantes testimonios del personal de la residencia y parientes de pacientes que declaran que la única persona que cuidó hasta la muerte a Doña Edurne ha sido mi representada como recoge fundadamente la sentencia y el acta de notoriedad,



enervando la eficacia de cualquier alegación de adverso teniendo presente que la causante instituye heredera a una sola persona, extremo que no se combate de adverso.

Resumiendo, los hechos nos encontramos con una institución de heredero a la persona, sea o no pariente, que cuide al Doña Edurne hasta la muerte (de manera continua, ininterrumpida y constante).

De seguirse la tesis de la legitimación sostenida por la actora, que no despliega prueba alguna de haber cuidado a Doña Edurne, es más, reconoce que cesa la "cuidado" con la causante desde su ingreso en la residencia Ballesol año 2012, no solicita ser declarada heredera, pero invoca en varias ocasiones su condición de sobrina de la causante, dato absolutamente irrelevante, de aplicar la tesis de la actora tendrían "legitimación" para intervenir el presente proceso todos los demás sobrinos, el personal de la residencia, las parientes de otros residentes, y cualquier tercero.

A Doña María Rosario, en cumplimiento de los principios de la carga de la prueba le corresponde la insoslayable obligación de acreditar su legitimación ad causam, basada en un interés legítimo o titularidad de un derecho hereditario en la sucesión de Doña Edurne, pudiendo la actora haber otorgado un acta de notoriedad, de manera libre ante el notario de su elección, que acreditase el cumplimiento de la condición testamentaria, extremo que no ha aportado al presente proceso.

Así mismo, podía haber suplicado el ser declarada heredera única, y en consecuencia la procedencia de la nulidad de los documentos notariales que combate, pero no lo hace, habiendo precluido tal posibilidad jurídica.

3º) Innecesariedad de la intervención del contador partidor. Infracción de los artículos 675, 288, 290, 294 de la ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

En el testamento se dice "Segundo. Nombra contadores partidores que actuaran sólo a requerimiento de cualquier sucesor con prórroga de plazo legal a contar desde que sean requeridos fehacientemente..."

La interpretación de esta estipulación testamentaria, conforme al artículo 675 C.C, nos conduce a lo siguiente:

1. "Nombra contadores partidores"

Atendida su naturaleza jurídica la función de los contadores partidores es dividir el caudal hereditario, y en ningún caso cumplir la voluntad de la causante, siendo esta misión del cargo de albacea, designación que Doña Edurne no realiza de modo consciente, libre y voluntario, pudiendo hacerlo tras el asesoramiento experto y profesional del notario autorizante del testamento.

La intervención del contador partidor resulta innecesaria y carente de eficacia, además de por la irregularidad formal del requerimiento realizado por quien no es ni pretende ser declarada sucesora de Doña Edurne, porque como se ha acreditado de manera que constituye prueba plena en juicio, existe un única heredera, Doña María Rosa, y siguiendo este razonamiento jurídico nos encontramos en una situación jurídica en la que no existe comunidad hereditaria, ni tampoco necesidad de realizar ninguna operación particional, resultando por tanto innecesaria la intervención de contador partidor.

2. "actuaran solo a requerimiento de cualquier sucesor"

La primera cuestión a destacar de esta frase es el significado y alcance de la palabra solo, es decir, que no es la voluntad de Doña Edurne la intervención de los contadores partidores, que pudiendo haberlo dispuesto no lo hizo, sino que expresa que solo/únicamente deben intervenir los contadores partidores a requerimiento de un sucesor -persona que acredite el cuidado de la testadora hasta su fallecimiento-.

La intervención de contador partidor es una previsión testamentaria frecuente que tiene como finalidad evitar conflictos particionales en las comunidades hereditarias, situación que no se puede presentar en el supuesto que nos ocupa dado que se instituye heredera a la persona, única, que cuide a la testadora.

A mayor abundamiento, la Ley de Derecho Civil de Galicia, directamente aplicable al supuesto que nos ocupa por ser Doña Edurne de vecindad civil gallega, como recoge el testamento, contiene una regulación de la intervención del contador partidor en el artículo 288 del cuerpo legal foral citado, supletoria a la voluntad testamentaria, pero en el caso que nos ocupa coinciden integra y exactamente, diciendo:

Artículo 288.LDCG

1. Los contadores-partidores sólo actuarán por requerimiento de cualquier partícipe en la comunidad hereditaria, excepto cuando el testador impusiera expresamente su intervención.
2. El requerimiento habrá de hacerse a todos los contadores-partidores, aunque sean solidarios. Los que acepten habrán de actuar conjuntamente, conforme a las reglas aplicables a los contadores-partidores mancomunados



La interpretación de esta norma específica gallega ha de regirse por los criterios hermenéuticos recogidos en el artículo 3 del C.Civ, aplicando preferentemente el criterio gramatical, resultando evidente el propósito del legislador.

Queda acreditado en el presente caso, ex art. 675 C.Civ que Doña Edurne no ha impuesto de manera expresa la intervención en su herencia de ningún contador partidador, cualquier argumentación diferente sería dirigida por erróneos criterios de interpretación testamentaria y contrario a la ley de la sucesión-voluntad de doña Edurne .

Doña Edurne -la causante- ha dispuesto en su testamento que la intervención de los contadores partidadores se produzca solo a requerimiento de la sucesora, en este caso. Doña María Rosa .

La regulación foral gallega dispone en su art.288, coincidiendo con lo estipulado testamentariamente, que los contadores partidadores han de ser requerido por partícipes de la comunidad hereditaria, extremo que no se concita en el supuesto de autos debido a que existe una única heredera, D^a María Rosa , que no ha requerido a ningún contador partidador, y a mayores tampoco concurre el requisito de la existencia de la comunidad hereditaria.

3. "Sean requerido fehacientemente"

Tal formalidad se ha incumplido; a la vista de los criterios interpretativos de aplicación y de la redacción de la estipulación segunda del testamento, procede indicar que la designación de contadores partidadores se lleva a cabo en una oración posterior y subordinada a la de la institución de heredero, y el cargo de contador deviene eficaz tras el requerimiento fehaciente de un sucesor, que previamente haya acreditado el cumplimiento de la condición de haber cuidado a la causante hasta su fallecimiento.

El Acta de notoriedad hace prueba plena, y su validez y eficacia se ratifica en la sentencia que aquí se recurre, queda acreditado que la vocación hereditaria se realiza a una única heredera y que esta persona es Doña María Rosa , como proclama su S.S.^a en la Sentencia, que dice... no se desprende la posible existencia de otra persona que haya cuidado y asistido a la testadora, y que en consecuencia pudiera ser considerada heredera.

A mayores, manifestar, para determinar el inicio del día a quo del plazo de diez días que tiene el contador para la aceptación del cargo, ex art. 290 LDCG :

El cargo de contador-partidador se entenderá renunciado si dentro de los diez días hábiles siguientes al requerimiento de los herederos no fuera aceptado expresamente.

Este precepto que establece que, si transcurre el referido plazo sin la aceptación expresa de la contadora partidadora, se tiene por renunciado el cargo.

A modo hipotético en el escenario simulado que la comunicación realizada por Doña María Rosario el 30 de marzo de 2016, se entendiera efectuado por un sucesor por un medio fehaciente, -negado por esta parte- resulta que no consta prueba alguna en los autos de la aceptación expresa de doña Rocío dentro de los diez días hábiles siguientes, entendiéndose renunciado dicho cargo, sin que quepa sanación posterior de tal ausencia de aceptación fehaciente y expresa, extraño resulta que no aparezca documento análogo y fehaciente.

La aceptación del cargo exigida por la norma imperativa sucesoria de Derecho Civil Gallego determina que debe de realizarse expresamente. Al amparo de la interpretación de la voluntad de la causante podemos resolver que sí se exige expresamente por el testador que el requerimiento se realice por un medio fehaciente deducimos por interpretación extensiva de la voluntad sucesoria, que la declaración de voluntad recepticia de aceptación del cargo de contador que determina la activación de sus funciones ha de formalizarse en un medio fehaciente y expreso (autointegración).

Siguiendo el desarrollo de la exposición dialectico, resulta que aun dando por valido el requerimiento alegado de adverso- combatido por esta parte- hay que entender por renunciado el cargo de contadora partidadora de Doña Rocío por no acreditarse la aceptación expresa en los diez días hábiles siguiente al 30 de marzo, es más reconoce a D^a María Rosa al facilitar en el mes de junio la información para la confección del IRPF de la fallecida (documento nº 8 de la contestación a la demanda).

4º) Error en la valoración de la prueba e incongruencia con los hechos en relación a la validez y eficacia de la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia a favor Doña María Rosa .

Siguiendo la tesis jurídica expuesta y demostrada a través de medios que hacen prueba plena en juicio, -acta de notoriedad acreditativa de haber cuidado a Doña Edurne ratificada por la sentencia- de la que se desprende que la instituida heredera única es Doña María Rosa por haber cumplido la condición testamentaria, proclama este extremo la Sentencia, diciendo: "no se desprende la posible existencia de otra persona que haya cuidado y asistido a la testadora, y que en consecuencia pudiera ser considerada heredera."



En el fundamento de derecho 4º de la Sentencia que apelamos parcialmente, y en concreto la declaración de nulidad de la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia, incurre el Juez quo, en opinión de esta parte, en los siguientes errores de apreciación de la prueba:

A.- Error en la interpretación de la voluntad de la causante.

La sentencia dice que:

De acuerdo con la voluntad de la testadora manifestada en el testamento referido, se nombró a un contador partidor, entre cuyas facultades se atribuyó expresamente la de apreciar el "cumplimiento de la condiciones impuestas" (art 292.de la Ley de derecho civil de Galicia)

Entiende esta parte que el juzgador a quo, yerra en la interpretación de la voluntad testamentaria de la causante, omitiendo o dejando sin efecto la palabra solo en la interpretación de la voluntad testamentaria otorgada por Doña Edurne ante notario, esencial en opinión de esta parte, puesto que del tenor de la sentencia y desarrollo, se incurre en el error de inferir que Doña Edurne impuso expresamente la intervención del contador partidor, hecho que no se contiene en la voluntad testamentaria deducida la interpretación clara, evidente y literal del testamento, ex art.675 C.Civ, que dice:

Segundo : Nombra contadores partidores que actuaran solo a requerimiento de cualquier sucesor con prorroga de plazo legal a contar desde que sean requerido fehacientemente.

Damos por reproducido lo expuesto en relación a la innecesaria intervención de los contadores partidores, y desde el punto de vista sustantivo manifestar que nada consta en el testamento, ni existe precepto legal alguno, que impongan la intervención del contador partidor en contra de lo estipulado por la causante en el testamento.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo tampoco exige como requisito de validez y eficacia de las escrituras de aceptación y adjudicación de herencia la intervención del contador partidor, omitiendo la sentencia razonamiento motivado sobre el particular pues a nuestro juicio no se argumenta la declaración

de nulidad de la referida escritura, más allá de su subjetiva motivación de la intervención del contador partidor para apreciar la condición testamentaria.

B.- Error en la interpretación de las normas jurídicas: doña María Rosa tiene derecho al otorgamiento de escritura de aceptación y adjudicación de la herencia. yerra el juzgador de instancia al establecer en sentencia que:

Y siendo ello así no puede la demandada arrogarse la condición de heredera sin intervención de aquel contador partidor al que se encomendó la designación de la persona que había cumplido la condición (que es un medio para completar la delación a favor de persona determinadas por un evento...)

La cuestión en modo alguno resulta baladí, pues la designación del contador partidor no se impone de manera expresa por Doña Edurne , sino que la activación de las funciones de contador partidor se someten a la condición suspensiva de que un sucesor que ha cumplido la condición testamentaria requiera fehacientemente a D^a Rocío y esta acepte expresamente en el plazo de diez días., ex artículos 790 y ss. y 1.114, 1.117 C.C ., así como ex artículo 290 , 294 LDCG .

La incongruencia de esta afirmación radica, en opinión de esta parte, que en el fundamento de derecho tercero, párrafo 7º, amparado en los abundantes medios probatorios ofrecido en el proceso de referencia, en el que la Sentencia ratifica la plena eficacia y validez del acta de notoriedad que contiene hechos notorios de que Doña María Rosa en la única heredera de Doña Edurne , en un testamento que instituye heredero a una sola persona, no combatido de adverso, y por tanto mi mandante es la única facultada para requerir la intervención innecesaria de los contadores partidores; es más, la propia Sentencia dice:

...Ni de las diligencias practicadas (testifica) se desprende la presunción de que pueda existir otra persona o personas que se puedan ver perjudicadas, pues tanto de aquellas afirmaciones de la requirente- Doña María Rosa nombre introducido de parte- como de las declaraciones de las personas que comparecen ante el notario, no se desprende la posible existencia de otra persona que haya cuidado y asistido a la testadora, y que, en consecuencia, pudiera ser considerada heredera....

...Como hemos avanzado, con las alegaciones de la requirente, con las declaraciones incorporadas y con los documentos unidos, no cabe presumir sin más la existencia de un tercero perjudicado, y, por lo tanto, no es censurable la omisión de aquella notificación del acta la hoy demandante, que por cierto no aparece mencionada en lugar alguno de la misma.

No caber, pues, declarar la nulidad del acta de notoriedad.



Acreditado en el acta de notoriedad y en la propia Sentencia que D^a María Rosa es heredera única de D^a Edurne , y que de lo demostrado en la fase probatoria resulta que no puede considerarse que exista otra heredera ni que se perjudique a ningún tercero, actuando D^a María Rosa en ejercicio de su derecho hereditario de promover el acta de notoriedad y escritura de aceptación y adjudicación de la herencia, sin que sea necesaria la intervención del contador partidor verificando el cumplimiento de la condición testamentaria, hecho probado por sentencia.

La actuación de D^a María Rosa promoviendo el acta de notoriedad en que legitima y fundamenta su condición de heredera única de Doña Edurne , encuentra apoyatura en el artículo 294 Ley de Derecho Civil de Galicia , que dice: si el testador no ha hecho la partición, los herederos mayores de edad pueden hacer la partición del modo que tengan por conveniente.

El propio Tribunal Supremo acepta, en consolidada jurisprudencia, que los herederos interpretaran el testamento y que pueden formalizar la partición prescindiendo del criterio y actuación del contador partidor. Cabe citar entre otras las sentencias de del Alto Tribunal 20 de octubre de 1992 , 22 de febrero de 1997, Número Sentencia: 120/1997 Número Recurso: 1235/1993 , que dice:

"el más amplio sector de la doctrina sostiene el criterio de que, salvo que el testador lo haya prohibido expresamente en su testamento, los herederos mayores de edad, que se hallen en la libre disposición y administración de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime ("nemine discrepante"), pueden prescindir de la intervención del contador- partidor y efectuar, por sí solos, la partición del modo que tengan por conveniente, cuyo criterio doctrinal lo comparte esta Sala",

D^a María Rosa , al amparo de la normativa invocada promueve el acta de notoriedad y otorga la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia, culminando el proceso con calificación favorable e inscripción por el Registrador de los bienes heredados, ex. artículo 14 de la Ley Hipotecaria , artículos 76 y 79 del Reglamento Hipotecario , sobre todos estos hechos no se contiene en la sentencia manifestación alguna que enerve la eficacia y validez de dichos negocios jurídicos, más allá de la errónea apreciación del juez de instancia en relación a la intervención del contador partidor en las operaciones particionales de Doña María Rosa . Esta como heredera única tiene plenas facultades para en sede de operaciones particionales adjudicarse la herencia, no existiendo legitimarios, ni como dice su SS^a, ningún tercero perjudicado.

C.-La actora no realiza válidamente el requerimiento al contador, ni por sucesor ni fehacientemente. Ni consta aceptación del cargo. Infracción del art. 290 LDCG , 218 LEC .

D^a María Rosario no es sucesora de D^a Edurne , ni siquiera lo solicita en el presente proceso no teniendo legitimidad para requerir al contador partidor.

Conforme con el párrafo primero del fundamento de derecho primero de la Sentencia, que precisa los presupuestos de la acción, es decir, como un presunto titular de un derecho subjetivo o interés legítimo, pretende su reconocimiento acudiendo al principio constitucional de la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la constitución española .

Doña María Rosario no acredita ser titular de un derecho subjetivo o detentar un interés legítimo en la herencia de Doña Edurne amparado por el art. 24 CE , siendo este extremo pacífico y aclarado en la Audiencia Previa y en el acto de juicio por el letrado de la actora que responde expresamente a una pregunta directa de su SS^a que no quiere que su clienta sea declarada heredera.

Por consiguiente, existe error en la apreciación de la prueba, toda vez que resulta incongruente con la prueba practicada y recogido en la resolución judicial, cuando dice en el párrafo segundo.

... pues instituida heredera la persona que cuidase y asistiese a la testadora, y teniendo en cuenta la prueba practicada es claro que ostenta interés en la nulidad que pretende, porque puede ser considerada heredera testamentaria.

De la prueba practicada, a la vista de los principios de contradicción e inmediatez, resuelve en -sentencia que únicamente puede considerarse heredera testamentaria a D^a María Rosa :

...Ni de las diligencias practicadas(testifica) se desprende la presunción de que pueda existir otra persona o personas que se puedan ver perjudicadas, pues tanto de aquellas afirmaciones de la requirente- Doña María Rosa introducido de parte- como de las declaraciones de las personas que comparecen ante el notario, no se desprende la posible existencia de otra persona que haya cuidado y asistido a la testadora, y que, en consecuencia, pudiera ser considerada heredera....

Yerra el juzgador, también, al apreciar la sucesión intestada como la posible vía de deferir la sucesión de D^a Edurne a favor de D^a María Rosario , ex art. 267 de la LDCG , porque ya se ha acreditado por medio de acta de notoriedad y otros medios de prueba, convalidados por su SS^a en Sentencia la existencia indubitada e



incuestionable de D^a María Rosa como heredera testamentaria única De D^a Edurne , lo que veda todo camino a delación abintestato de la herencia de la causante.

Interesa a esta parte un fragmento del último párrafo del fundamento de derecho primero, que dice: Así, de la prueba documental y testifical se desprende que la actora es sobrina de la testadora y además le ha prestado asistencia y cuidado hasta su ingreso en la residencia Ballesol

Queda demostrado que D^a María Rosario no ha cuidado y asistido a D^a Edurne hasta su fallecimiento, sin solución de continuidad, como impone clara, terminante y literalmente la estipulación primera del testamento de D^a Edurne , por lo que en ningún caso podría ser declarada heredera testamentaria de la testadora puesto que reconoce que han cesado sus cuidados varios años antes del fallecimiento de la testadora, tampoco puede deferirse de modo abintestato la sucesión de la causante toda vez que D^a María Rosa es la heredera testamentaria única de su tía, como proclama la sentencia convalidado, como no podía ser de otro modo, el acta de notoriedad, que es el sustrato en que se basa la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia..

D).- Infracción del art 290 ley de derecho civil de Galicia .

La sentencia recurrida manifiesta en relación a la designación y aceptación del cargo de contador partidor:

que no puede entenderse que D^a Rocío ha renunciado al cargo, según manifiesta en el acto de juicio y se documenta (documento nº7 de los acompañados con la demanda) fue requerida y acepto el cargo

Yerra en la apreciación de la prueba y resulta incongruente con otras manifestaciones de la resolución judicial, resumidamente:

- Niega que puede existir ninguna persona, aparte mi mandante, que haya cumplido la condición testamentaria, y por lo tanto, que detente la condición de sucesora de Doña Edurne ni que pueda resultar perjudicada, y sin embargo considera válido el requerimiento realizado a la contadora partidora por Doña María Rosario .

- Entiende documentado el referido requerimiento en base a un documento privado incumpliendo la voluntad de la testadora de formalizase dicha petición de modo fehaciente.

- Sostiene que la contadora partidora D^a Rocío ha aceptado el cargo por manifestarlo verbalmente en la vista del juicio 27 de noviembre de 2017, más de un año y medio después de la fecha del supuesto requerimiento. Incumpliendo con este acto la norma sucesoria imperativa contenida en el artículo 290 de la LDCG que exige la aceptación expresa del cargo en el plazo de diez días desde el requerimiento.

Por el transcurso de este plazo la norma foral gallega entiende que D^a Rocío , al no acreditarse la fecha de la aceptación expresa, se colige que la contadora ha renunciado al cargo, recordamos el cambio de criterio del derecho foral gallego respecto del derecho común, y existiendo una designación de contador partidor sucesivo sería procedente su intervención a requerimiento de persona legitimada.

Apreciamos error interpretativo y probatorio, al afirmar que D^a Rocío se encontraba con un obstáculo en la ejecución del cargo de contador partidor, puesto que, de haber sido designada correctamente, extremo que combatimos, le correspondería la legitimación de ejercitar las acciones que amparase su derecho y responsabilidad, y en lugar de eso se aquieta y reconoce a Doña María Rosa como heredera única mediante actos expresos de entrega de la documentación a ésta para formalizar los impuestos de la causante en junio de 2016.

También manifestar que la cualidad de D^a María Rosario de sobrina D^a Edurne no le confiere ninguna legitimación, toda vez que la vocación sucesoria se proyecta a cualquier persona, sea pariente o no, que cuide y asista a la testadora hasta su fallecimiento.

5º) Mala fe y daños y perjuicios.

Se aprecia mala fe de la actora en su proceder, todo ello con amparo en el artículo 434 C.C ., basando esta afirmación en los hechos probados, no tiene condición de sucesora, no la solicita, no ofrece ningún medio de prueba que la apoye un interés legítimo o titularidad de derecho, reconoce en su propia demanda que no puede ser declarada heredera de D^a Edurne toda vez, que como la misma actora dice, "cuidó, asistió y atendió " a la testadora hasta el ingreso de esta en la residencia Ballesol.

Destacar que lo pretendido por la actora en palabras de su abogado es que se declare nulo el acta de notoriedad y aceptación y adjudicación de heredero, para que retrotrayéndose el estado de las cosas al fallecimiento de Doña Edurne intervenga la contadora partidora, desconocemos a requerimiento de quien, para designar quien ha cuidado de la causante hasta su fallecimiento.

Entiende esta parte que se produce a mi mandante -heredera única sobradamente acreditado- un grave daño y perjuicio, temerario y sin fundamento, en opinión de esta parte, puesto que la actora ni ha probado ninguna



interés en ser designada heredera, estar acreditado que no ha cuidado a Doña Edurne hasta su fallecimiento, pretende un declaración formal de una contadora partidora que ha de coincidir, atendiendo a la prueba obrante en autos y reconocida por la sentencia, - apreciada y valorada por el notario y el Juez a quo- que Doña María Rosa ha sido la única que ha cuidado a Doña Edurne hasta su fallecimiento, toda vez que Doña Rocío no tiene más medios probatorios que dos o tres visitas en cuatro años a la residencia Ballesol, como declara Doña Rocío entre los minutos 15:24 a 16: 44 grabación del juicio, llevándole documentos para firmar, también reconoce desconocer quien cuidaba a Doña Edurne , tras su ingreso en la residencia, como también manifiesta desconocer quien acompañó y cuidó a Doña Edurne hasta la muerte

Los daños se materializar en las posibles consecuencias fiscales del Impuesto de Sucesiones y Donaciones ya liquidado por mi principal, la restricción de las facultades de disposición de mi principal sobre dichos bienes; así del minuto 25.58 a 26:24, hora 10: 44:39 de la grabación de la vista del juicio el letrado de la actora manifiesta que no pide que su clienta sea declarada heredera, y a continuación el letrado a la pregunta de su SSª en relación a su pretensión dice.

... Mi interpretación es que lo que toca es que la persona que la causante ha designado como su ejecutora de su última voluntad pueda llevar a cabo ese encargo y si finalmente decide que ha de ser heredera lo será y sino no lo será lo que trato de poner de manifiesto es que en virtud de una serie de maniobras se impidió a la contadora hacer su trabajo...

III. -Por la representación Procesal de Doña María Rosario se presentó escrito de impugnación de sentencia, realizando las siguientes alegaciones:

UNICO.- Impugnación de la sentencia en cuanto al pronunciamiento por el cual no se declara la nulidad del acta de notoriedad de fecha 25 de enero de 2016 y posterior declaración de notoriedad en acta de fecha 26-1-2016.

Errónea valoración de la prueba: omisión en la sentencia de la valoración de la prueba documental, que constituye prueba directa del conocimiento por el Sr. Notario de la existencia de terceras personas que se podían ver afectadas por la declaración de notoriedad. Infracción del art. 209 del Reglamento del Notario .

En el presente procedimiento se solicita la declaración de nulidad del acta de notoriedad instada por Doña María Rosa en fecha 25 de enero de 2016 ante el Notario Don Manuel Mariño Vila, con el número 122/2016 de su protocolo, así como de la posterior declaración de notoriedad establecida mediante acta de fecha 26 de enero de 2016 por el mismo Notario, con el número 145/2016 de su protocolo y que fueron aportadas como documento nº 5 de la demanda.

La Sentencia recurrida desestima tal pretensión por entender que no existió en la tramitación del acta y declaración de notoriedad infracción del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba el Reglamento de la organización y Régimen del Notariado (en adelante Reglamento Notarial).

Con arreglo al artículo 209 del referido Reglamento Notarial , " *Las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica* ". Partiendo de lo anterior, nuestra jurisprudencia viene determinando de manera reiterada que las actas de notoriedad no reúnen los requisitos precisos para ser consideradas como un negocio jurídico, ya que las consecuencias jurídicas de las mismas no son emanación del contenido de la voluntad de los intervinientes, sino que por el contrario dependerán de que el señor notario autorizante entienda o no acreditado el hecho cuya notoriedad se pretende que declare. Tal y como ha establecido la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 12ª, en su Sentencia de 16-7-2014 (nº 383/2014, rec. 454/2013), " *el requirente o requirentes de la actuación del Notario solicitan a éste que practique las actuaciones que sean procedentes, y que además habrán de seguir las prescripciones y formalidades legales o reglamentarias correspondientes, pero el que quede acreditado o no el hecho objeto del acta de notoriedad no dependerá de la voluntad de éstos, ni de un convenio o acuerdo con el señor notario autorizante, sino del hecho de que el Sr. notario entienda suficientemente acreditado el hecho que es sometido a su consideración* " .

En lo que ahora nos afecta, el artículo 209 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado establece lo siguiente en relación con el deber de los Notarios durante la instrucción de las actas de notoriedad:

"Primero.- El requerimiento para instrucción del acta será hecho al Notario por persona que demuestre interés en el hecho cuya notoriedad se pretende establecer, la cual deberá aseverar, bajo su responsabilidad, la certeza del mismo, bajo pena de falsedad en documento público.

Segundo.- El Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente. Y deberá hacer requerimientos y notificaciones personales o por edictos cuando el requirente lo pida o él lo juzgue necesario.



En el caso de que fuera presumible, a juicio del Notario, perjuicio para terceros, conocidos o ignorados, se notificará la iniciación del acta por cédula o edictos, a fin de que en el plazo de 20 días puedan alegar lo que estimen oportuno en defensa de sus derechos, debiendo el Notario interrumpir la instrucción del acta, cuando así proceda, por aplicación del número quinto de este artículo."

No podemos coincidir con el juez *a quo* cuando manifiesta en la Sentencia recurrida que en este caso " *con las alegaciones del requirente, con las declaraciones incorporadas y con los documentos unidos, no cabe presumir sin más, la existencia de un tercero perjudicado* ". Muy al contrario, en opinión de esta parte, entendemos que a la vista de la documentación de que dispuso el Sr. Notario:

- Era evidente la existencia de terceras personas, parientes próximas de la causante (hermana y otras sobrinas, al menos), que sin duda alguna podrían verse afectadas por la declaración de notoriedad que habría de contener el acta y a quienes, en consecuencia, habría de haberseles notificado la iniciación del acta a todos ellos, o tomar las medidas necesarias para que llegase a conocimiento de los mismos lo que allí se ventilaba.

- La apelante se estaba atribuyendo, por la vía de los hechos, la capacidad para determinar que ella misma era la única persona que cumplía la condición para ser designada como sucesora de Doña Edurne , vulnerando la voluntad de aquella, quien había designado a las personas que habían de interpretar dicha condición. Y aún más, por la mera circunstancia de que en el testamento se hubiese designado como sucesor a persona o personas inciertas y se designase un albacea contador - partididor con facultades para interpretar el cumplimiento de la condición, en opinión de esta parte al Sr. Notario ya habría debido - al menos -llamarle la atención que la Sra. María Rosa acudiese a la figura del acta de notoriedad para lograr su declaración como heredera, y por tanto debió, bien rechazar el requerimiento de la apelante, bien extremar todas las cautelas y actuar con exquisita objetividad, notificar el acta a cuantas personas pudiesen verse afectadas por la misma y efectuar los requerimientos necesarios para alcanzar el conocimiento de que no había otros afectados. Cualquier otra cosa es obrar sin la diligencia exigible. Un notario no puede y no debe estar a la mera aproximación formal de un documento del que se desprenden notables consecuencias en el tráfico, por el contrario, debe extremar las cautelas.

La Sentencia recurrida omite que de la prueba documental se deriva, sin ningún género de dudas, que el Sr. Notario conoció la existencia de otras personas a las que habría de haber notificado el acta de notoriedad, y en concreto:

- De la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº3 de A Coruña en fecha 27 de noviembre de 2015 , por la cual se declara incapaz a Doña Edurne y se nombra tutora a Doña María Rosa (que consta adjunta al acta de notoriedad que se aportó como documento nº 5). En el Fundamento de Derecho Sexto de dicha Sentencia se establece:

"En el procedimiento se ha oído al respecto a los parientes más próximos de la demandada, sus sobrinas Doña María Rosa y Doña Covadonga y su hermana Doña Dulce " .

De la lectura del anterior documento se infiere que el Notario tuvo conocimiento de la existencia de, al menos, una hermana y otra sobrina que mantenían relación con Doña Edurne (habían comparecido en el procedimiento judicial de incapacitación) y que podían tener interés directo en su sucesión, tanto por el hecho de que podían reunir la condición de haberla cuidado, como por la circunstancia de que de no existir persona que reuniese tal condición, podrían ser herederas abintestato. No cabe duda de que a dichas personas, al menos, se les debió notificar el inicio del acta de notoriedad a fin de que pudieran alegar en la misma lo que a su derecho conviniera y, aún más, en opinión de esta parte el Sr. Notario, en aplicación del referido art. 209 del Reglamento del Notario que le confiere facultades para efectuar requerimientos cuando lo estime necesario, debió haber exigido tanto a la requirente del acta (hoy apelante) como a los familiares cuya existencia conoció (hermana y sobrina), así como a los albaceas contadores partididores para que le detallasen la existencia de otros parientes próximos. Lo contrario es obrar sin la diligencia exigible, con las consecuencias que hoy conocemos.

- Del propio contenido del testamento, el Sr. Notario tuvo conocimiento de que la causante había designado dos albaceas contadores partididores sucesivos (Doña Rocío y Don Elias). Inexplicablemente el Sr. Notario da por buena la mera manifestación de la Sra. María Rosa quien le manifiesta que " *no ha existido requerimiento alguno al contador partididor, no habiendo éste aceptado el cargo (...)*", cuando lo cierto es que la demandada únicamente podía manifestar que no le había requerido ella misma, pero en ningún caso que no lo hubiese hecho alguna otra persona. No cabe duda alguna de que el Sr. Notario debió haber notificado a los albaceas la tramitación del acta de notoriedad, cerciorándose de la única manera fidedigna -esto es, con la comunicación directa y personal con los albaceas - de que no habían sido requeridos por ninguna persona para el ejercicio de su cargo.



Las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios (art. 209.1 RN). Rodríguez-Adrados ha manifestado que " *Actas de notoriedad son las que tienen por contenido esencial la narración por el notario de un juicio suyo acerca de la notoriedad de un hecho* " y pone de relieve que el acta no da notoriedad al hecho, se limita a comprobar una notoriedad existente. Pues bien, lo cierto es que en el presente caso el acta de notoriedad se emplea fraudulentamente y merced a la escasa diligencia notarial para esquivar la voluntad de la causante: no se comprobó si era notorio que Dña. María Rosa hubiese cuidado a la testadora, pues esta comprobación hubiese pasado por la declaración previa de quien era la única persona autorizada, el albacea.

Si se trata de un juicio del Sr. Notario sobre la notoriedad del hecho, como decía el autor arriba citado, y en consonancia con ello el Reglamento Notarial le atribuye a aquel la facultad de hacer requerimientos y notificaciones personales o por edictos cuando lo juzgue necesario, no solo cuando las partes lo pidan, no puede limitarse a recoger de forma automática como ha hecho en nuestro caso, el juicio de la parte -Dña. María Rosa -. Con ello está dando por notorio el hecho, pero no comprobando si dicha notoriedad existe y es correcta.

Por todo lo anteriormente explicado, entendemos que el Sr. Notario no observó las disposiciones normativas antes citadas (art. 209 del Reglamento del Notariado), al haber obviado (i) que era otra persona la que tenía conferida la facultad de determinar quién cuidó al testador, por lo que solo podía ser notorio el cumplimiento de la condición si esta lo disponía; y por tanto (ii) la existencia de otras personas que podrían verse perjudicadas por el contenido del acta, a las que debería sin duda haber notificado la tramitación de la misma a fin de que en el plazo de veinte días pudiesen alegar lo que estimasen oportuno. Además, resulta en todo punto inexplicable la falta de requerimiento a la albacea contadora partidora.

Por todo lo expuesto, entendemos que el juzgador *a quo* hierra cuando no declara la nulidad del acto de notoriedad, y, se solicita la revocación parcial de la sentencia en este sentido, lo cual ha de afectar además el pronunciamiento sobre costas procesales.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso de apelación, interpuesto por la representación procesal de la demandada Doña María Rosa se refiere a la excepción de falta de legitimación activa, con fundamento en que Doña María Rosario no es titular de la necesaria relación jurídica ni tiene interés legítimo en la sucesión de Doña Edurne y en que dicha demandante no aporta ninguna prueba de su legitimación.

El Juzgador de instancia, en el fundamento de derecho primero de la sentencia apelada establece que de la prueba documental y testifical se desprende que la actora es sobrina de la testadora y además le ha prestado asistencia y cuidado, hasta su ingreso en la residencia Vallesol, con lo cual es claro que ostenta un interés en las pretensiones de nulidad examinadas, lo que le otorga clara legitimación, en primer lugar, en tanto en cuanto, la condición de heredero viene determinada en el testamento por haber prestado cuidado a la causante, y, en segundo término, porque de no existir persona que lo haya hecho, podría ser coheredera abintestato; añadiendo la referida resolución que la legitimación para instar la nulidad no sólo viene dada por ser heredera, sino también por la posibilidad de serlo.

Los razonamientos del juzgador de instancia, para desestimar la excepción de falta legitimación activa de la demandante, son compartidos íntegramente por este tribunal, por cuanto no nos ofrece duda alguna el hecho de que la demandante ostenta legitimación activa, al estar interesada en la declaración de nulidad del acta de notoriedad y de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia de Doña Edurne , otorgada a favor de la demandada apelante.

Las razones alegadas en el escrito de recurso de apelación para tratar de justificar la excepción de falta de legitimación activa, no son admisibles. En primer lugar, la cuestión litigiosa no se refiere a si Doña María Rosario ostenta o no la condición de heredera por haber cumplido la condición testamentaria, sino la declaración de nulidad del acta de notoriedad y de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, por lo que su legitimación activa no deriva de su condición de heredera, sino de la posibilidad de ser heredera testamentaria o abintestato, como interesada en que se declare dicha nulidad.

En segundo lugar, -y esto también lo dice la sentencia apelada- no pude exigírsele a la demandante haber solicitado previamente la declaración de herederos, pues en otro caso el ejercicio de la acción de nulidad sería imposible por existir disposición testamentaria que impide aquella declaración (art. 912 del Código Civil y art. 56 de la Ley del Notariado); debiendo añadirse únicamente, que el hecho de que la demandante no haya solicitado su declaración de heredera es acorde con la postura que mantiene de que quien debe decidir, en principio, la persona que cumplió la condición testamentaria, de cuidar y asistir en cuanto precise a Doña Edurne , es la contadora-partidora, con funciones de albacea, Doña Rocío .



Ello conlleva la desestimación del recurso de apelación en relación con la excepción de falta de legitimación activa.

TERCERO.- Con carácter previo al análisis del segundo motivo del recurso de apelación de la demandada, debemos proceder al examen de la impugnación de la sentencia presentada por la representación procesal de la demandante Doña María Rosario , en cuanto se solicita la declaración de nulidad del acto de notoriedad de fecha 25 de enero de 2016, y posterior declaración de notoriedad en acta de fecha 26-1-2016.

En el testamento de Doña Edurne , de fecha 27 de marzo de 2012, se instituyó heredero a la persona, pariente o no de la testadora, que le cuida y asista en todo cuanto precise, en la salud y en la enfermedad, hasta su fallecimiento.

En el presente procedimiento, dados los términos de la demanda, la cuestión a resolver no es la determinación de quien ha sido la persona que cumplió la condición testamentaria, sino la de decidir sobre la validez del acta notarial de notoriedad de fecha 26 de enero de 2016 y de la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia, otorgada a favor de Doña María Rosa , en fecha 29 de enero de 2016. Y con respecto al acta notarial de notoriedad -en la que, tras las pruebas documentales y testificales practicadas al efecto, y que constan en el acta, el notario D. Manuel Mariño Vila declara notorio que "la requirente fue la persona que cuidó y asistió a la testadora en todo lo que ésta precisó, en la salud y en la enfermedad, hasta su fallecimiento"- lo que hay que examinar no es el alcance probatorio de su contenido ni de la apreciación de hecho notorio que realiza el Sr. Notario -sin perjuicio de que podamos anticipar que el objeto del acta no es la declaración cierta de hechos, ni la constitución de derechos, ámbito reservado al juez, en cuanto titular de la potestad jurisdiccional sino que su objeto es sólo la declaración de notoriedad de hechos sobre las pruebas practicadas, generando dicha acta de notoriedad, una presunción de verdad o veracidad de los hechos declarados notorios; aunque al tratarse de una presunción "iuris tantum" puede ser revertida judicialmente. Por lo tanto se trata de una prueba que habrá que tener en cuenta, en su caso, junto a las demás pruebas que se practiquen, de instarse un procedimiento para determinar quién es la persona que ha cumplido la condición testamentaria- sino, que en este procedimiento, el examen judicial del acta de notoriedad se tiene que limitar a su control de legalidad formal, es decir, si se han cumplido por el notario autorizante todas las formalidades exigidas por el Reglamento Notarial.

Y si el acto de notoriedad, tal y como dice el juzgador de instancia, tiene el único objeto de comprobar y fijar unos hechos notorios sobre los cuales pueden ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, y, por tanto, no va más allá de la constatación de tales hechos, sin declarar derechos, ni legítimas situaciones, tenemos que coincidir con la sentencia apelada, que teniendo en cuenta las alegaciones de la requirente del acta de notoriedad, y la prueba documental y testifical practicada en dicho instrumento notarial, ante el Sr. Notario, éste no podía adivinar la existencia de otra persona que haya cuidado y asistido a la testadora, y que, en consecuencia pudiera ser considerada heredera, por lo que la omisión de la notificación del acta a la hoy demandante impugnante, que no aparece mencionada en la misma, y la declaración como hecho notorio de que la persona que ha cuidado y asistido a la testadora Doña Edurne ha sido una de sus sobrinas Doña María Rosa , cumple los requisitos formales exigidos por el Reglamento Notarial.

No es obstáculo a esta decisión, que compartimos con el juzgador de instancia las alegaciones realizadas en el escrito de impugnación de la sentencia. En primer lugar el art. 209 del Reglamento del Notariado establece que en el caso de que fuera presumible, a juicio del Notario, perjuicio para terceros, conocidos o ignorados; se notificará la iniciación del acta por cédula o edictos, a fin de que en el plazo de 20 días puedan alegar lo que estimen oportuno en defensa de sus intereses, debiendo el Notario interrumpir la instrucción del acta cuando así proceda. Y en este caso el sr. Notario considera, a la vista de las pruebas practicadas, que no existían otras personas interesadas, que no fuera la requirente, a los que hubiera que notificar la iniciación del acto de notoriedad, decisión notarial que es ajustada a derecho al cumplir las formalidades legales. En segundo lugar, como ya dijimos, la función judicial, en relación con el acta de notariales, se limita a su control de legalidad, sin que haya que examinar si el contenido de la misma acredita que Doña María Rosa ha sido la persona que ha cumplido la condición testamentaria. Por último, y sobre ello volveremos más adelante, en el testamento estaban designados dos contadores partidores, que entre otras funciones, tenían la de apreciar el cumplimiento de las condiciones impuestas, y entre ellas, por lo tanto, la de determinar quien fue la persona que cumplió la condición testamentaria de cuidar y atender a la testadora.

Por los motivos expuestos procede la desestimación de la impugnación de la sentencia.

CUARTO.- En el fundamento de derecho cuarto de la sentencia apelada se dice que "de acuerdo con la voluntad del testador manifestada en el testamento referido, se nombró a un contador partidor, entre cuyas facultades se atribuyó expresamente la de apreciar el cumplimiento de las condiciones impuestas (art. 292.2 de la Ley de Derecho Civil de Galicia) y siendo ello así, no puede la demandada arrogarse la condición de



heredera sin intervención de aquel contador-partidor, al que se encomendó la designación de la persona que hubiera cumplido la condición (que es un medio para completar la delación a favor de personas determinadas por un evento) o al menos hasta que requeridos los contadores designados éstos declinen el encargo. Y, en este último extremo no puede entenderse que Doña Rocío ha renunciado al cargo, pues según manifiesta en acto de juicio y su documento (documento nº 7 de los acompañados con la demanda) fue requerida y aceptó el cargo, lo que excluye la renuncia tácita del art. 290 de la Ley de Derecho Civil de Galicia ; siendo además de señalar que la ejecución del encargo se encontraba con el obstáculo de la aceptación y adjudicación, ya realizada por la hoy demandada. En consecuencia, si es nulo el acto de aceptación y adjudicación de la herencia....."

Estamos completamente de acuerdo con el razonamiento y valoración probatoria del juzgador de instancia sobre este particular, sin que sea obstáculo a ello las alegaciones del escrito de recurso de apelación, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el acta de notoriedad, aun cuando haya cumplido los requisitos formales, no acredita, según ya hemos razonado, que Doña María Rosa ha sido la persona que ha cumplido con la condición testamentaria de cuidar y asistir hasta la muerte a Doña Edurne , por cuanto el contenido del acta de notoriedad no representa una verdad absoluta, sino una presunción iuris tantum de la veracidad de los hechos declarados notorios.

En segundo lugar, la sentencia de instancia, por mucho que se insista y se repita muchas veces en el escrito de recurso de apelación, no dice en ningún momento -como no podría decirlo al no ser objeto de decisión en el presente procedimiento si Doña María Rosa cumplió la condición testamentaria -que está probado que la única heredera que cuidó a Doña Edurne ha sido Doña María Rosa . La sentencia apelada se ha limitado a decir que, teniendo en cuenta las pruebas practicadas en el expediente notarial, el Sr. Notario no tenía que notificar la iniciación del acta de notoriedad a la ahora demandante impugnante Doña María Rosario , al no aparecer mencionada en lugar alguno de la misma, y que la decisión del Sr. Notario de no notificar la iniciación del acta a tercero fue razonable a la vista de las afirmaciones de la requirente y de la documentación aportada, al no desprenderse la existencia de otra persona que haya cuidado y asistido a la testadora, y que, en consecuencia pudiera ser considerada heredera. Y este razonamiento, que lleva al juzgador de instancia a no declarar la nulidad del acto de notoriedad, parte del examen judicial del control de legalidad del acto de notoriedad al haberse alegado la infracción en su tramitación del art. 209 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado .

En tercer lugar, en el testamento de Doña Edurne de fecha 27 de marzo de 2012, se hace constar: "primero -instituye heredero a la persona, pariente o no de la testadora, que la cuide y asista en todo cuanto precise, en la salud y en la enfermedad, hasta su fallecimiento. Segundo.- nombra contadores-partidores que actuaran solo a requerimiento de cualquier sucesor con prórroga de plazo legal a contar desde que sean requeridos fehacientemente; y con carácter sucesivo en el orden que se indica, a Doña Rocío Y a Don Elias ... con amplias facultades, entre ellas las de interpretar este testamento, apreciar el cumplimiento de las condiciones impuestas y liquidar la sociedad de gananciales."

Y la interpretación en conjunto del testamento nos lleva a concluir que la persona que debía apreciar el cumplimiento de la condición testamentaria de cuidar y asistir a la testadora era Doña Rocío , sin que sea admisible que la voluntad de la testadora, de apreciar el cumplimiento de la referida condición por un contador partidor designado, pueda ser suplido por un acta de notoriedad notarial que, con la simple declaración de un hecho notorio, sobre el cuidado y atención de la testadora, excluya la intervención del contador partidor, como si dicha acta de notoriedad supliera la actuación del contador partidor, y el Sr. Notario se convirtiera en interprete de la disposición testamentaria. Si Doña María Rosa no solicitó la intervención de la contadora partidora designada en primer lugar, no puede, con la simple prueba de un acto de notoriedad, designarse heredera unilateralmente, aceptando y adjudicándose la herencia.

En todo caso, consta acreditado en autos por la declaración testifical en el acto del juicio, y por la prueba documental, documento nº 7 de la demanda, que Doña Rocío fue requerida por Doña María Rosario , aceptando el cargo, hablando incluso sobre este particular con la demandada y su abogado. Por ello, en todo caso, y al ser la demandante parte interesada, como ya dijimos, como posible heredera testamentaria o abintestato, se habría producido el requerimiento a que se hace referencia en el testamento; siendo de señalar que el encargo no pudo ser, en todo caso, ejecutado por la contadora partidora, al encontrarse con el obstáculo de la aceptación y adjudicación ya realizada por Doña María Rosa .

Por último, la decisión de quien ha cumplido la condición testamentaria tendrá que ser decidida por un tribunal, bien después de que la contadora partidora haya apreciado el cumplimiento de las condiciones impuestas por una determinada persona, y otra a otras personas no están de acuerdo con dicha apreciación, bien porque, por cualquier motivo, no se haya producido la intervención de la contadora partidora. Pero lo que no es posible es



que se proceda a la aceptación y adjudicación de la herencia por una persona con la simple apreciación de un notario de que la misma ha sido la que ha cumplido la condición testamentaria.

Por los motivos expuestos procede la desestimación del recurso de apelación.

QUINTO.- Procede la imposición de las costas del recurso de apelación a la parte apelante y de la impugnación a la impugnante (art. 398 LEC).

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña María Rosa , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña, en los autos 1113/2016, y desestimando la impugnación de dicha resolución presentada por Doña María Rosario , debemos confirmar y confirmamos en todos sus extremos la referida resolución con la imposición de las costas del recurso de apelación a la parte apelante y de la impugnación a la parte impugnante.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ