

El parentesco por afinidad: ¿Concluye por la extinción del matrimonio?*

Affinity relationship: finish with the end of marriage?

por

CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ
Catedrática (acreditada) de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid
carherna@ucm.es

RESUMEN: El parentesco por afinidad nace como consecuencia de la celebración del matrimonio, pero no implica que en todos los supuestos de disolución finalice esta relación parental. Pues, de ser así todos los efectos surgidos del matrimonio habrían de extinguirse a su terminación.

Si este parentesco finaliza con la extinción del matrimonio o permanece, tiene gran trascendencia en el ámbito sucesorio, y sobre todo en el tributario. El debate gira sobre la interpretación del artículo 20 de la Ley 29/1987. La Dirección General de los Tributos del Estado estima que extinguido el vínculo matrimonial desaparece legalmente la relación de afinidad. Contraria es la doctrina de los Tribunales Económico-Administrativos. La Jurisprudencia contencioso-administrativa es unánime y considera que los parientes afines están en el Grupo III que incluye a los «... ascendientes y descendientes por afinidad»

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto DER. 2011-22469 del Ministerio de Ciencia e Innovación sobre «Negocio Jurídico de Familia: La autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema»; y forma parte de las actividades del Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 931083, dirigido por el Prof. Dr. RAMS ALBESA.

favoreciéndoles con una reducción, aunque el matrimonio haya concluido por la muerte de un esposo, pero no así su relación parental. Llama la atención que las correspondientes Consejerías de las Comunidades Autónomas mantengan que la muerte de uno de los cónyuges extingue este parentesco, a pesar de que su primordial función sea recaudatoria. Pero, cuando presentados los recursos procedentes la resolución es desestimatoria y se obliga al contribuyente a iniciar un procedimiento largo y costoso, que se podía fácilmente obviar, para al final, y siguiendo la jurisprudencia, estimar que los parientes por afinidad han de incluirse en el Grupo III, no hay duda que tales resoluciones si no son claramente prevaricadoras se les parecen mucho.

ABSTRACT: The affinity relationship arises as a consequence of the marriage, but does not imply that in all cases of marriage kinship the dissolution is complete. If so happens all effects arising from the marriage would finish. If this particular relationship finish with the end of marriage or remains, has great significance in the field of succession, especially in the state taxes. The debate focusses on the interpretation of artículo 20 of Law 29/1987. The Directorate General of Taxes for the State believes that with the end of the marriage legally the rapport disappears. Opposite is the doctrine of the Economic Administrative Courts. The administrative Court is unanimous and consider that related relatives are in Group III that includes «... ascending and descending affinity» favouring them with a reduction, because the marriage ended by the death of a spouse, but not their marriage relationship. It is surprising that Departments of the Autonomous Communities maintain that the death of one spouse finished this relationship, even though its primary function is tax collection. But when presented from the resources and the resolution is rejecting, the taxpayer is obliged to start a long and expensive procedure, that could easily avoid to the end and following the case-law, estimating that the relative affinity must be included in the Group III. There is no doubt that such decisions if are not clearly acts of prevaricating they look like.

PALABRAS CLAVE: Parentesco por afinidad. Disolución del matrimonio. Extinción del parentesco por afinidad. Impuesto sobre sucesiones.

KEY WORDS: Relationship by marriage. Dissolution of marriage. Termination of the relationship by marriage. Inheritance tax.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE PARENTESCO.—III. EL PARENTESCO POR AFINIDAD.—IV. EFECTOS DEL PARENTESCO POR AFINIDAD.—V. ¿LA EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO PONE FIN AL PARENTESCO POR AFINIDAD?: 1. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN

DEL MATRIMONIO. 2. ¿LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES ES CAUSA DE EXTINCIÓN DEL PARENTESCO POR AFINIDAD? 3. ¿EL DIVORCIO PONE FIN AL PARENTESCO POR AFINIDAD?—VI. EL ARTÍCULO 20.2 DE LA LEY 29/1987, DE 18 DE DICIEMBRE DEL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES: 1. POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS TRIBUTOS. 2. ENFOQUE DE LOS TRIBUNALES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVOS. 3. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La idea de este trabajo tiene su origen en esta noticia periodística¹: «Viuda sin derecho a suegra»: P. se casó con J. en 1977, la madre de J. se convirtió en suegra de P. Sin embargo, «la hacienda madrileña niega a P. su condición de nuera y, por ello, rechaza que pueda acogerse al beneficio que aporta el parentesco en la liquidación del impuesto correspondiente a la herencia que le legó su suegra. La Administración autonómica considera que, como el marido de P. murió antes que su suegra, con el fallecimiento desapareció la relación entre ambas. Por ello, la Comunidad de Madrid le ha reclamado que corrija las bonificaciones que se dedujo en condición de nuera». La nuera se había acogido a la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, sobre Sucesiones y Donaciones, que en su artículo 20 concede reducciones en función del grado de parentesco, considerando que le correspondía el Grupo III que incluye a: «colaterales de segundo y tercer grado, ascendientes y descendientes por afinidad». Pero, «la Dirección General de Tributos madrileña no lo ve de esta forma, al haber fallecido J. antes que su madre». Así lo expone en las alegaciones presentadas en contra de la liquidación del impuesto elaborada por P. «El parentesco por afinidad se mantiene solo si a la fecha del devengo del impuesto subsiste el vínculo que les une». La Consejería de Hacienda cimenta este argumento en una sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de septiembre de 2005. Y lo refuerza con dos consultas de la Dirección General de Tributos del Estado que señalan: «Desaparecido el vínculo matrimonial —sea por fallecimiento, sea por divorcio— y rota entre los cónyuges cualquier relación parental, igual ruptura se produce respecto a la familia de uno de ellos en relación con el otro, desapareciendo, en consecuencia, el parentesco por afinidad»».

Me llamó la atención que se afirmara de manera tan rotunda que el fallecimiento de uno de los esposos extinguiera el parentesco por afinidad que hasta ese momento le unía con los consanguíneos de su consorte, puesto que sobre ello nada dice nuestro ordenamiento y en concreto el Código Civil. Y, además, la mayoría de la doctrina estima que la muerte de uno de los consortes no extingue el parentesco por afinidad.

No obstante, son numerosos los casos en que los organismos competentes de las Comunidades Autónomas deniegan a estas personas su inclusión en el Grupo III, posición que comparte la Dirección General de los Tributos. Sin embargo, la más reciente jurisprudencia considera que no ha lugar a la extinción del parentesco por afinidad como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges, a pesar de que se haya extinguido el vínculo matrimonial.

II. CONCEPTO DE PARENTESCO

Nuestro Código Civil no define el parentesco, como sucede con otras muchas instituciones. Pero contiene normas referentes al mismo en el Capítulo III, «De la sucesión intestada», del Libro III, «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», cuya Sección 2.^a lleva por rúbrica «Del parentesco». Y los artículos 915 al 923 regulan el sistema del cómputo del parentesco y sus grados, preceptos cuya redacción no se ha alterado desde la promulgación del Código en 1889. El único precepto de esta sección que ha sido modificado como consecuencia de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio es el artículo 919 del Código Civil. Precepto, cuya redacción originaria preceptuaba: «La computación de que trata el artículo anterior rige en todas las materias, excepto en las que tengan relación con los impedimentos del matrimonio canónico». La redacción actual dice: «El cómputo de que trata el artículo anterior rige en todas las materias». Con ello desaparece la diferencia que existía en el cómputo de grados en el orden civil y canónico.

Parentesco es «el vínculo que liga a unas personas con otras, vínculo que, pudiendo proceder de diversas causas, da origen a distintas clases del mismo»². O como señalan DIAZ-AMBRONA y HERNÁNDEZ GIL³ «la relación o nexo que existe entre personas unidas por vínculo de sangre (consanguinidad), o de índole reconocida por la ley (afinidad, adopción)».

El parentesco puede ser por consanguinidad y por afinidad. Existiendo anteriormente otra clase de parentesco, el espiritual que se establecía «entre bautizante y bautizado y entre este y el padrino como consecuencia del bautismo, así como entre confirmado y su padrino como consecuencia de la confirmación, de acuerdo con la antiquísima costumbre de la Iglesia católica y recogida después en el Derecho canónico. En el Código canónico de 1917 el parentesco espiritual derivado del bautismo constituía todavía impedimento matrimonial no dispensable, pero en el Codex de 1983 este impedimento ya no se menciona, siendo también inoperante para el matrimonio civil»⁴. De ahí, que por parentesco en general se entendiese la relación existente entre varias personas «por virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión»⁵.

El parentesco procede bien de la filiación, tanto biológica como adoptiva, en el caso del parentesco por consanguinidad, y del matrimonio en el parentesco por afinidad. Del parentesco se derivan derechos, obligaciones y algunas prohibiciones jurídicas existentes no solo en el Derecho civil, sino también en el Derecho penal, administrativo, procesal, laboral, tributario...

III. PARENTESCO POR AFINIDAD

El parentesco por afinidad se puede definir, siguiendo a DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁶, como: «aquel que se establece entre un cónyuge y los parientes por consanguinidad del otro».

Sin embargo, entre los cónyuges no existe ningún parentesco. Postura que comparte la mayoría de la doctrina, pues el matrimonio no genera relación parental alguna, aunque si produce un nuevo estado civil para los cónyuges. «El matrimonio —que hace familiares a los cónyuges— no los convierte, señala acertadamente ALBALADEJO⁷, en parientes entre sí». La relación entre ellos queda reducida a un vínculo «sui generis», según la STS de 18 de marzo de 2003⁸, en su Fundamento de Derecho sexto. Por ello, no me parece acertada la afirmación del Fundamento de Derecho primero, párrafo 2.º, de la STS (Sala de lo Penal), de 27 de septiembre de 2005⁹ de que: «El parentesco por afinidad se genera y sostiene en el matrimonio, por lo que desaparecido el vínculo matrimonial se extingue este, rompiéndose entre los cónyuges cualquier relación parental...». También LUZÓN¹⁰ considera cuando menos discutible dicha afirmación.

Al parentesco por afinidad se le denomina así mismo parentesco político; pero los parientes de ambos cónyuges no son afines entre sí: la afinidad no genera afinidad. Postura compartida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En este sentido, la STS, de 10 de julio de 2013¹¹, advierte en su Fundamento de Derecho décimocuarto que: «(...) Asiste la razón al recurrente dado que el parentesco por afinidad se limita al cónyuge con los parientes consanguíneos del otro, y no se extiende a los parientes consanguíneos de un cónyuge con los del otro, (...)».

No obstante, la STS de 18 de febrero de 1998¹², de la Sala de lo Social, hizo una interpretación diferente en su Fundamento de Derecho quinto, párrafo segundo. La cuestión sometida a enjuiciamiento en este litigio de si dentro de la relación de afinidad se comprenden solamente los hermanos del cónyuge trabajador, o se incluyen también los cónyuges de los hermanos, a efectos del permiso por desgracia familiar fue resuelta en el sentido siguiente: «El sustrato social de la relación jurídica de afinidad es la unión o proximidad entre dos linajes que produce la existencia de un eslabón común entre ellos; así lo recuerdan las propias fuentes romanas (Digesto 38.10.4.3). Y es justamente esta proximidad la que ha generado unos deberes o usos sociales, que el ordenamiento jurídico

convierte, dentro de ciertos grados o líneas, en obligaciones o normas jurídicas de distinto contenido (deberes, permisos, prohibiciones, incompatibilidades).

La anterior consideración de la génesis y desenvolvimiento de la relación de afinidad permite afirmar que el concepto jurídico de la misma no debe definirse al margen o con abstracción completa de los deberes y usos que son práctica entre los afines en la convivencia social. Y justamente estos deberes y usos sociales se caracterizan por la bilateralidad o doble dirección, al menos en la inmensa mayoría de los aspectos de la relación».

El Fundamento de Derecho sexto, de la misma sentencia, en el párrafo segundo estima que: «Como se reconoce en el dictamen doctrinal aportado con el recurso, el Código Civil español no contiene una definición de la afinidad, e incluso los aspectos jurídico-civiles de esta relación se han aligerado notablemente con el paso del tiempo. Por otra parte, tampoco han podido alegarse en el recurso doctrinas o corrientes jurisprudenciales en apoyo de su tesis. En estas condiciones no parece posible hablar de un concepto civil de la afinidad identificado con la versión restrictiva propuesta, y menos aún de un concepto civil común con pretensiones de valor normativo supletorio en las materias regidas por otras leyes. Es claro en fin que la construcción doctrinal o jurisprudencial de un concepto civil de afinidad con aspiraciones de validez común, y dotado de operatividad no limitada a un aspecto concreto de la misma, habrá de dar cuenta de las principales manifestaciones jurídicas de esta relación en todos los sectores del ordenamiento jurídico, entre ellas las que estén presentes en la rama social del derecho, y en concreto el instituto del permiso por desgracia familiar».

Y, por último, su Fundamento de Derecho séptimo establece: «...que el estudio de los antecedentes históricos inmediatos del precepto, y específicamente de las reglas de interpretación de los contratos y actos jurídicos, que ciertamente son aplicables a los convenios colectivos según jurisprudencia constante, refuerza la conclusión alcanzada, habida cuenta de que «el uso o la costumbre del país» se tendrá en cuenta para interpretar los contratos (art. 1287 del Código Civil), y que, atendiendo al uso generalizado del lenguaje, no cabe negar la condición de cuñados a los cónyuges de los hermanos del trabajador a los efectos del permiso por desgracia familiar».

La tesis de esta sentencia, pese a la loable finalidad perseguida, no puede ser compartida por lo que llevamos dicho hasta ahora. Resultando más convincente lo expuesto en el voto particular de uno de los magistrados de la Sala¹³, cuando afirma que: «...es claro que si la afinidad solo nace del propio matrimonio de la persona a partir del cual se hace el cómputo, que por un lado, solo los hermanos del cónyuge del trabajador, están comprendidos dentro del segundo grado lo mismo que también lo están, respecto a dicho cónyuge los hermanos del trabajador, pero no lo están los cónyuges de los referidos hermanos; no es óbice a lo anterior el hecho de que si la situación se contempla desde la perspectiva del cónyuge de un hermano del trabajador, aquel, sea aún con el

trabajador, pues en este caso, ese parentesco por afinidad nace de su propio matrimonio, cuestión distinta. La circunstancia de que en la realidad diaria se suele afirmar tal vínculo, no puede conducir a que por aplicación del artículo 1287 del Código Civil, se pueda entender comprendidos a los cónyuges de los hermanos consanguíneos del trabajador dentro de los parientes a quienes se refiere la cláusula debatida; ello solo tiene efectos y relevancia en las relaciones sociales; es cierto que en dicho artículo se dice que los usos y costumbres se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos; supliendo en esta la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecer, pero dicha regla interpretativa de los contratos solo tiene aplicación supletoria respecto a lo establecido en el artículo 1281 y 1282 del mismo cuerpo legal, y siempre que estemos ante una cláusula ambigua, y esto aquí no sucede, como se ha razonado anteriormente; la propia redacción literal de la demanda revela sin lugar a duda que la intención de las partes negociadoras del Convenio Colectivo fue remitirse clara y terminantemente a las normas del Derecho Civil, que es donde se regula el parentesco tanto por consanguinidad como por afinidad y su grado».

El parentesco por afinidad puede ser, al igual que el de consanguinidad, en línea recta o en línea colateral. Y, a pesar de que, «no hay en esta figura realmente generaciones, y careciendo por sí de grados computables, deberán tomarse los de consanguinidad en préstamo: consanguíneos de un cónyuge en iguales línea y grado son afines del otro»¹⁴. En este sentido, se ha pronunciado la Jurisprudencia. Valga de ejemplo la STS de 12 de diciembre de 2011¹⁵ que en su Fundamento de Derecho primero dice: «El parentesco se subdivide entre consanguíneos que son aquellos que proceden de la misma familia y afines que comprenden al cónyuge y a los familiares consanguíneos de este con el otro cónyuge y sus parientes consanguíneos y que proceden de línea directa ascendente o descendente, cuando descienden unas de las otras, o de línea colateral, que se da entre aquellas personas que descienden de un ascendiente común, no existe una sucesión directa de unas a otras, determinando una mayor o menor proximidad en el grado de parentesco una reducción mayor o menor del impuesto según sea el mismo, situándose el parentesco por afinidad en el mismo grado en el que se encuentre el consanguíneo del que se derive la afinidad».

El Código Civil español, a diferencia de otros Códigos extranjeros, guarda silencio respecto a esta clase de parentesco. Entre los Códigos de nuestro entorno que se ocupan del parentesco por afinidad, podemos mencionar: el Código Civil italiano que en su artículo 78 dice que la afinidad es el vínculo entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge; y el Código Civil portugués que en su artículo 1584 de forma muy similar establece: «Afinidade é o vínculo que liga cada um dos conjugues aos parentes do outro». El BGB, en su artículo 1590 dispone que los familiares de un esposo están relacionados con el otro por

afinidad («schawagerschaft») según la línea y el grado con el que estuviesen relacionados con el primer esposo¹⁶. También los Códigos hispanoamericanos hacen referencia al parentesco por afinidad.

Quid iuris en el caso de las relaciones extramatrimoniales entre parejas estables no casadas. ¿Cabe hablar también de parentesco por afinidad? En principio, la respuesta debería ser negativa, ya que esta clase de parentesco tiene su fundamento y razón de ser en el matrimonio, y como manifiesta TARRAGATO¹⁷: «al formar ambos cónyuges personalidad única, la mujer emparenta con los deudos del marido y este con los de aquella. La afinidad participa del parentesco concebida de este modo, en cuanto que le supone y en él se apoya, pero difieren cuanto que resulta no de la concepción y nacimiento, sino del matrimonio solamente». En el mismo sentido se pronuncia CABALLERO GONZÁLEZ¹⁸: «En el Derecho civil solo el matrimonio da origen a este tipo de parentesco, de modo que no existe una afinidad extramatrimonial. Por el contrario, el Derecho canónico históricamente admitía al lado de la *afinitas legitima la afinitas ilegítima o afinitas ex copula illicita*». De igual opinión PEÑA¹⁹: «La razón de este vínculo parental —dice este autor— está en el matrimonio (si el matrimonio es inválido no habrá afinidad, salvo los efectos del matrimonio putativo)». De modo similar, la mayoría de la doctrina²⁰ al definir la afinidad, señala que este tipo de parentesco surge entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro como consecuencia del matrimonio. Así LACRUZ y SANCHO²¹ señalan que es la relación existente «entre dos personas por ser la una consanguínea del cónyuge de la otra».

Sin embargo, en nuestro Derecho Histórico, ya Las Partidas (Partida IV, Título VI) al ocuparse del parentesco por afinidad o *cuñadez* lo definían como la «*alleganza* de personas que viene del ayuntamiento del varón e de la mujer, sean o no casados», aclarando a continuación que los parientes de la mujer se hacen cuñados del varón y los parientes de este cuñados de la mujer²².

También, el antiguo artículo 84 del Código Civil, en sus números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º, que regulaba el impedimento de parentesco por consanguinidad y afinidad para contraer matrimonio civil, hacía referencia a la afinidad legítima y a la afinidad natural²³; precepto suprimido a raíz de la Ley 30/1981, de 7 de julio. El Código hacía referencia al impedimento de parentesco por afinidad en línea recta, legítima y natural, esto es, tanto si su origen estaba en el matrimonio como fuera del mismo. Sin embargo, si el parentesco de afinidad era en línea colateral, únicamente, existía el impedimento hasta el segundo grado si era natural, y hasta el cuarto grado si la afinidad era legítima. De lo que se deduce que, si la afinidad natural impedía el matrimonio se debía a que existía parentesco, y consecuentemente, también, tenía su fundamento en una relación extramatrimonial.

Nuestro Código Civil nada dice al respecto, y tampoco existe una Ley general para toda España que se ocupe de las relaciones *more uxorio*. Antes bien,

algunas Comunidades Autónomas han regulado lo que antes se denominaba concubinato. Pero la regulación varía según que tengan o no competencia para «la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», a tenor del artículo 149.1.^a 8.^a de la Constitución española.

Y al socaire de este precepto, han dictado leyes sobre parejas no casadas²⁴, otorgando a sus miembros, siempre que cumplan unos determinados requisitos, efectos civiles muy similares o idénticos a los de los cónyuges. A pesar de no existir ninguna referencia al parentesco en estas leyes, debido a que se equiparan los convivientes a los consortes se podría interpretar por ello que implícitamente entre los parientes consanguíneos de un miembro de la pareja y el otro hay parentesco por afinidad. En cambio otras Comunidades Autónomas carentes de esta competencia, a pesar de haber aprobado leyes sobre parejas no casadas²⁵, no pueden establecer ningún efecto civil respecto de los convivientes, aun cuando en aquellas materias para las que resultan competentes equiparen los convivientes con los cónyuges reconociéndoles los efectos jurídicos correspondientes.

Por ello señala LASARTE²⁶ que: «algunas disposiciones concretas equiparan el matrimonio y las relaciones *more uxorio* a efectos del parentesco por afinidad y que sin duda la jurisprudencia llegaría a la misma conclusión si se enfrentara con supuestos en que uno de tales convivientes pretendiera convertir en lícito lo que para uno de los cónyuges resulta vetado por la legislación en vigor».

Algunos Códigos civiles extranjeros contemplan expresamente este supuesto. Así sucede con el Código suizo²⁷ al disponer en su artículo 21 que: «los parientes de una persona son en la misma línea y en el mismo grado los afines (alliés) de su cónyuge o de su compañero registrado»; el Código Civil boliviano que en su artículo 294 dispone que: «el parentesco de afinidad es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos». O el Código chileno que en su artículo 32 define la afinidad como la existente «entre una de dos personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de las dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra».

A la vista de lo hasta ahora expuesto me inclino por considerar que el parentesco por afinidad en nuestro ordenamiento solo surge de una relación matrimonial pues su fundamento se encuentra en el matrimonio. Extenderlo por tanto analógicamente a las relaciones de parejas estables no casadas no lo estimo hoy por hoy jurídicamente posible ni adecuado, pese a que coloquial o socialmente puedan considerarse o se hable de parientes. En un futuro no muy lejano no resulta, sin embargo, aventurado avizorar una total equiparación de efectos entre todas ellas, dado el notable aumento social de parejas estables no casadas. Como ya notaron los romanos «*o tempora, o mores*».

IV. EFECTOS DEL PARENTESCO POR AFINIDAD

A diferencia de épocas pasadas, en la actualidad el parentesco por afinidad tiene menor relevancia jurídica. «La afinidad realmente es una creación legal; es una situación que el Derecho tiene en cuenta, no muy frecuentemente, para atribuirle determinados efectos»²⁸. Pero no por ello puede decirse que haya dejado de existir ya que «el Derecho positivo conoce y reconoce el parentesco por afinidad, (aunque) algunos civilistas actuales manifiesten un profundo desapego hacia tal modalidad parental, probablemente motivado por la circunstancia de que, en su origen, la noción de afinidad fue regulada fundamentalmente por las normas propias del Derecho canónico, sobre todo en cuanto impedimento matrimonial»²⁹, dado que el parentesco por afinidad constituyó hasta hace no mucho impedimento para contraer matrimonio.

Hasta la reforma del Código Civil por la Ley 30/1981, en España existían dos clases de matrimonio: el civil y el canónico. Para el primero el Código contemplaba este impedimento en su antiguo artículo 84: «Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1.º Los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o natural. 2.º Los colaterales por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado. 3.º Los colaterales por afinidad legítima hasta el cuarto grado. 4.º Los colaterales por consanguinidad o afinidad natural hasta el segundo grado». Sin embargo, el Gobierno³⁰ podía dispensar, conforme establecía el artículo 85 en su anterior redacción, con justa causa y a instancia de parte, entre otros impedimentos de los «nacidos de afinidad legítima o natural entre colaterales». En cuanto al matrimonio canónico, y conforme al primer Código de Derecho Canónico de 1917, el canon 1077 preceptuaba que: «1. La afinidad en línea recta dirime el matrimonio en cualquier grado; y, en línea colateral lo dirime hasta el segundo grado inclusive».

Tras la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó la regulación del matrimonio, solo hay un matrimonio: el civil, aunque admita distintas formas, entre otras la canónica. Los impedimentos para contraer matrimonio están regulados en los vigentes artículos 46 y 47 del Código Civil, habiendo desaparecido el de afinidad. Subsistiendo, sin embargo, para el matrimonio en forma canónica, aunque solo en la línea recta. Lo dispone el actual canon 1092 del Código de Derecho Canónico de 1983 en los siguientes términos: «La afinidad en línea recta dirime el matrimonio en cualquier grado». Por consiguiente, para aquellas personas que contraigan matrimonio —con efectos civiles desde su celebración según el artículo 61 del Código Civil— conforme a las normas de la Iglesia católica persiste este impedimento.

No obstante esta pérdida de relevancia histórica, en nuestro Código Civil el parentesco por afinidad la sigue teniendo en la adopción (arts. 175.3.2.º³¹, 176.2.1.º³² y 178.2.1.º³³); respecto de los testigos en los testamentos (arts. 681.5.º³⁴ y 682 párrafo primero³⁵); y en cuanto a la capacidad para suceder hay que tener

en cuenta el artículo 754³⁶. Así como en otras ramas del ordenamiento jurídico³⁷: Derecho penal, laboral; y leyes especiales: Ley Orgánica del Poder Judicial, Estatuto del Ministerio Fiscal, Estatuto General de la Abogacía, Estatuto General de los Procuradores, y también en materia de Procedimiento administrativo.

V. ¿LA EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO PONE FIN AL PARENTESCO POR AFINIDAD?

1. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO

El matrimonio se disuelve, cualquiera que sea la forma y el tiempo de su celebración, por muerte, declaración de fallecimiento y divorcio, a tenor del artículo 85, introducido en el Código Civil por la Ley 30/1981. Aunque también, como señala MONTÉS, «del artículo 80 CC se deduce que hay al menos otra causa recibida del ordenamiento canónico, que es la dispensa del matrimonio rato y no consumado que regulan los cánones 1061.1, 1142, 1697 y sigs. *Codex*. A tenor de este precepto del CC las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, siempre que se declaren ajustadas a Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente»³⁸.

Con anterioridad a esta Ley no había en el Código precepto alguno que indicara las causas de extinción del matrimonio. Aunque, claro es, la muerte de uno de los cónyuges ponía fin al matrimonio pues «la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas», conforme al antiguo artículo 32 párrafo primero del Código Civil, que se mantiene en la redacción actual de este precepto como único apartado, una vez suprimido el párrafo segundo³⁹. Observa PEÑA⁴⁰ que: «La muerte termina con el vínculo conyugal. Pero el matrimonio tiene trascendencia jurídica aún después de la disolución por muerte de un cónyuge, en particular porque está llamado a su herencia el otro como heredero forzoso y como heredero abintestato». El efecto principal que producía y produce la muerte es que el cónyuge superviviente puede volver a contraer nuevo matrimonio.

La declaración de fallecimiento es a su vez nueva causa de extinción del matrimonio, cualquiera que sea la forma de su celebración, y se equipara a estos efectos a la muerte. El artículo 195, incluido en el Código Civil por la Ley de 8 de septiembre de 1939 cuya redacción se mantiene, a excepción del párrafo tercero suprimido por la Ley 30/1981, establecía: «La declaración de fallecimiento no bastará por si sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio». Apartado, cuyo contenido se aplicaba al matrimonio civil, y del que se deducía que la declaración de fallecimiento no extinguía esta clase de matrimonio⁴¹. Por el contrario, el matrimonio canónico, celebrado por la mayoría de las personas que seguían las normas de la Iglesia católica, permitía

contraer nuevo matrimonio si, «en virtud de la oportuna información canónica tramitada con arreglo a la Instrucción de 13 de mayo de 1868, adquieren, ya que no la certeza absoluta, a lo menos la certeza moral de la muerte del otro cónyuge (canon 1053)»⁴².

El divorcio, implantado por segunda vez en nuestro Ordenamiento tras el breve paréntesis de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939, fue una de las novedades más sobresalientes de la Ley de 7 de julio de 1981 y quizá la más polémica. Esta causa de disolución del matrimonio se diferencia de las otras dos en que el vínculo matrimonial se extingue en vida de ambos cónyuges, y produce una serie de efectos para los exesposos que se recogen en la sentencia judicial que pone fin al procedimiento matrimonial, sin que ninguno de los consortes sea heredero del otro.

«Por disolución del matrimonio, subrayan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁴³, se entiende el hecho jurídico que extingue el vínculo y la relación jurídica conyugal. Por la naturaleza de las cosas no es posible que la finalización o extinción del matrimonio signifique, sin más, una total desaparición *ex tunc* de cualquier tipo de relaciones y de todo el conjunto de derechos y obligaciones. El matrimonio crea entre las personas una situación irrevocable e imborrable, de manera que en aquellos casos en que la disolución se produce viviendo los dos cónyuges es inevitable la necesidad de articular un sistema de derechos y obligaciones posconyugales».

La extinción del matrimonio produce unos efectos que en su mayoría vienen establecidos en el Código Civil, cualquiera que sea la causa que la haya motivado, pero no son iguales en todos los supuestos. Sin embargo el Código guarda silencio sobre si se extingue o no el parentesco por afinidad, que al igual que todos los efectos derivados del matrimonio surgen como consecuencia de su celebración.

2. ¿LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES ES CAUSA DE EXTINCIÓN DEL PARENTESCO POR AFINIDAD?

La relación de afinidad nace como consecuencia de la celebración del matrimonio, pero no implica que en todos los supuestos de disolución finalice esta relación parental. Pues, de ser así todas las consecuencias surgidas del matrimonio habrían de extinguirse también a su terminación. Más como el matrimonio nulo nunca ha existido y el putativo no invalida «los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe», artículo 79 del Código Civil, no existe ninguna razón para que los efectos ya producidos en un matrimonio contraído válidamente hayan de desaparecer como consecuencia de su conclusión.

No obstante hay que distinguir según sea la causa de extinción del matrimonio. Si este finaliza como consecuencia de la muerte o la declaración de

fallecimiento de uno de los cónyuges, causa independiente por tanto de su voluntad, entiendo que el parentesco por afinidad no desaparece.

La mayoría de la doctrina que se ha ocupado de este aspecto, a decir verdad no muy copiosa, opina igualmente que el parentesco por afinidad no se extingue por la muerte de uno de los cónyuges. Posición a la que, como he dicho, me sumo y que en mi opinión ha de extenderse asimismo a la declaración de fallecimiento. GARCÍA CANTERO⁴⁴, por su parte, señala: «que algunos autores (Jemolo, Carbonier) destacan que la muerte de un cónyuge deja subsistente algo del vínculo anterior, el cual sigue produciendo efectos particulares. (...) el vínculo de afinidad, nacido en virtud del matrimonio entre cada uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro, subsiste después de la muerte»⁴⁵. A juicio de ALONSO PÉREZ⁴⁶: «si bien la vieja unión conyugal extinguida por la muerte no es capaz de eliminar determinados efectos —emancipación por matrimonio, impedimento de afinidad, ciertas relaciones económicas, etc.— ello no es obstáculo para sostener la desaparición del vínculo matrimonial, tan pronto se constate inequívocamente el fallecimiento del cónyuge». En el mismo sentido se pronuncian DÍAZ-AMBRONA y HERNÁNDEZ GIL⁴⁷: «La muerte, pues, extingue o disuelve el matrimonio, pero no extingue la familia. También deja subsistentes los vínculos de afinidad nacidos del matrimonio y desde el momento de la muerte de un cónyuge surgen derechos sucesorios para el otro». Para LUZÓN⁴⁸: «si el valor fundamental de la afinidad ha sido tradicionalmente el de impedir el matrimonio del cónyuge viudo con determinados afines, carecería tal impedimento de posible aplicación si dicho parentesco se extinguiera con la muerte de tal cónyuge». Consideración lógica que comparto plenamente, pues de no ser así, esto es, si la disolución del matrimonio supusiera la desaparición del parentesco por afinidad una vez disuelto el matrimonio este impedimento carecería de toda razón de ser. Aunque actualmente el parentesco por afinidad no sea impedimento en el matrimonio civil, pero sí en el matrimonio en forma canónica, ello no supone desde mi punto de vista que termine el parentesco. Ya que, como señala RODRÍGUEZ TAPIA⁴⁹: «Parece necesario recordar lo evidente y es que el derogado impedimento matrimonial de afinidad presuponía que subsistía dicha afinidad, muerto el cónyuge del bínubo».

Tras preguntarse PEÑA⁵⁰ si la disolución del matrimonio ¿extingue el parentesco por afinidad? y observar que en el Derecho Romano la afinidad se extinguía al disolverse el vínculo por el divorcio o por la muerte del cónyuge, pero, en los grados más próximos persiste como impedimento para el matrimonio, sostiene que: «No es fácil conocer la solución en Derecho español. Parece que la muerte no extingue la afinidad. (En la redacción originaria del Código el impedimento causado por el parentesco de afinidad tenía efectos, es claro, justamente cuando el matrimonio en el que se basa queda disuelto, lo cual casi exclusivamente ocurría por muerte del cónyuge. El criterio de que persiste un especial vínculo es acogido hoy en el artículo 178-2-1.º Esta solución coordina con la idea de que

la intensidad de los efectos de la comunidad plena que el matrimonio produce persisten más allá de la muerte del cónyuge como manifiestan diferentes consecuencias: derechos sucesorios, artículo 1321, antiguo artículo 64, legitimación del cónyuge viudo para ciertas acciones personalísimas, etc.)».

Por el contrario, para OLAGUIBEL⁵¹: «La tendencia, creciente, a considerar que el vínculo de afinidad no sobrevive al matrimonio que le dio origen encuentra su razón de ser en las transformaciones sociales que afectan: 1. A la secularización, con el consiguiente debilitamiento o la desaparición de los paradigmas establecidos por la Iglesia católica, para la cual la relación de afinidad fue siempre relevante». Argumento escasamente convincente, por cuanto que el parentesco surge en el ámbito civil como consecuencia de la celebración del matrimonio y el canónico es solo una más de las formas a las que nuestro ordenamiento reconoce efectos civiles

Algunos ordenamientos extranjeros consideran que el parentesco por afinidad no se extingue por ninguna de las causas de disolución del matrimonio. Entre otros, el Código Civil suizo (art. 21); el BGB (art. 1590.2); el Código Civil chileno (art. 31); el Código Civil de Guatemala (art. 198) y el Código Civil de Ecuador⁵².

Que el parentesco por afinidad desaparezca como consecuencia de la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges no goza de apoyatura legal, criterio jurisprudencial, ni doctrinal alguno convincente.

3. ¿PONE FIN EL DIVORCIO AL PARENTESCO POR AFINIDAD?

Sobre este tema la doctrina es aún más parca, acaso porque el divorcio solo es motivo de conclusión del matrimonio desde la Ley 30/1981, de 7 de julio. Fecha bastante reciente para haber generado una cuantiosa producción científica, y, sobre todo, porque el parentesco por afinidad ha suscitado escaso interés. Máxime en lo relativo al divorcio, por cuanto que quienes se ocupan de ello solo suelen tratar de la muerte como causa de extinción del matrimonio en referencia al parentesco por afinidad. Constituyen una excepción PEÑA y OLAGUIBEL.

A juicio del primero⁵³, es más dudoso que el divorcio no extinga el parentesco por afinidad. «En todo caso —sigue afirmando— no parece que subsista la afinidad cuando el excónyuge contrae nuevo matrimonio o vive maritalmente con otra persona». Y para el segundo⁵⁴ una de las causas de extinción del parentesco por afinidad se debe: «a la extensión del divorcio, que, además de ser ya causa muy frecuente de la disolución de los matrimonios, da lugar en la mayor parte de los casos al surgimiento de nuevas relaciones familiares o parafamiliares —familias «alargadas», «incrustadas», «ensambladas», «reconstituidas»... que exigen, en opinión de muchos, poner límites a la proliferación de las relaciones de afinidad o alianza surgidas de los nuevos matrimonios. A

este respecto no es irrelevante la consideración adicional de que el divorcio no solo consagra el distanciamiento afectivo entre los propios cónyuges (y sus hijos, desgraciadamente) sino también, en la misma o mayor medida, entre los parientes de uno y otro».

Cuando la causa de disolución del matrimonio es el divorcio, en el que interviene por tanto la voluntad de ambos consortes o la de uno de ellos, resulta más difícil mantener la subsistencia del parentesco por afinidad. La relación entre los que fueron esposos en la mayoría de los casos deja de existir y, consecuentemente, también con la familia de estos. No proyectarla al ámbito jurídico carece de sentido.

Algunos ordenamientos extranjeros distinguen entre el fallecimiento y las otras causas de extinción del matrimonio (divorcio). Así el Código Civil portugués (art. 1585); el Código Civil italiano (art. 78); el Código Civil peruano (art. 237) y el Código Civil brasileño (art. 1595⁵⁵)

VI. EL ARTÍCULO 20.2 DE LA LEY 29/1987, DE 18 DE DICIEMBRE, DEL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES

Si el parentesco por afinidad finaliza con la extinción del matrimonio o por el contrario permanece, esto es, si los parientes por afinidad continúan siéndolo después de la muerte, de la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges o del divorcio de ambos esposos, tiene gran trascendencia en el aspecto sucesorio, y dentro de este en el plano tributario.

De conformidad con el artículo 807, los parientes por afinidad, en la sucesión testada, no son legitimarios; ni herederos del causante, según los artículos 930 y siguientes del Código Civil en la sucesión intestada. No obstante, en la sucesión testamentaria, sí es posible que el testador les nombre herederos o legatarios en la parte de libre disposición.

No es insólito que el causante deje en testamento algo a un pariente por afinidad, y, por tanto, que el parentesco permanezca o se extinga tras su muerte, da lugar a que el heredero o legatario tenga derecho o no a una importante reducción económica en el pago de impuestos.

La Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en su artículo 20⁵⁶ contiene reglas para determinar la base liquidable y, establece, entre otras, una reducción de la base imponible de cuantía variable según el grado de parentesco entre el causante y el beneficiario, dependiente del Grupo en que se encuadren. El apartado 2 señala los distintos Grupos, y el Grupo III incluye a los «colaterales de segundo y tercer grado, ascendientes y descendientes por afinidad» a los que se les favorece con una reducción. Por el contrario, los integrantes del Grupo IV, «colaterales de cuarto grado, grados más distantes y extraños», carecen de reducción alguna.

Todo el debate gira sobre la interpretación del artículo 20 de la Ley 29/1987. Pues, en los supuestos en que el pariente por afinidad recibe algún bien de la herencia del causante, considera que le debe ser aplicable la reducción prevista al Grupo III del artículo 20. 2 a) de la Ley 29/1987, con la pertinente reducción por parentesco en la base y los coeficientes establecidos en el artículo 22 de la misma Ley.

1. POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS TRIBUTOS

Las Consejerías de Economía de las distintas Comunidades Autónomas consideran que la extinción del matrimonio determina el fin del parentesco por afinidad, con la consecuencia de que los parientes dejan de serlo, y, consiguientemente, no se les puede incluir en el Grupo III, sino que hay que considerarlos extraños y pertenecientes, pues, al Grupo IV.

La misma posición mantiene la Dirección General de los Tributos del Estado, que estima que desaparecido el vínculo matrimonial desaparece legalmente la relación de afinidad. Postura que reitera en diferentes consultas.

La de 25 de noviembre de 2004 indica que: «una vez producido el fallecimiento, desaparece la relación de afinidad de la viuda ya como colateral de segundo grado con los hermanos de su marido, ya como descendiente respecto de sus suegros y ello porque esa relación de parentesco surgida con el matrimonio con los consanguíneos del consorte exige la subsistencia de la persona que sirve de nexo o enlace para establecer el parentesco (el marido), de forma que su desaparición implica la inmediata desaparición jurídica del parentesco».

La Consulta vinculante núm. V2253/07, del 25 de octubre de 2007, de la Dirección General de los Tributos, y que ha sido asumida por las administraciones autonómicas, establece lo siguiente: «...si por “hijastro” se entiende el “hijo de uno de los cónyuges respecto del hijo del otro que no lo procreó”, y parentesco por afinidad el que “mediante el matrimonio se establece entre cada cónyuge y los deudos por consanguinidad del otro”, los hijastros deben quedar incluidos en el Grupo III de los establecidos en el referido artículo 20. Se considerará, por tanto, que a efectos de la reducción por parentesco establecido en la letra a) del artículo 20.2 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, quedan asimilados, aunque se trate de figuras conceptualmente distintas, a los colaterales de segundo y tercer grado y los ascendientes y descendientes por afinidad.

Dicho esto, de la misma forma que los hijos son respecto del padre (y causante en el supuesto que plantea el escrito de consulta) herederos forzosos que no “directos”, con derecho a legítima conforme a los artículos 807 y 808 del Código Civil, el vínculo de parentesco que les une con la persona que contrajo matrimonio con su padre en segundas nupcias subsiste en tanto sobrevive este

último. Una vez fallecido este y no habiéndose producido adopción del cónyuge respecto de los hijos del otro, el vínculo parental entre una y otros desaparece y, en consecuencia, si abierto el testamento, resultaren llamados a heredar a dicha persona, los herederos quedarían adscritos al Grupo IV del citado artículo, apartado y letra y, por tanto sin derecho a reducción por razón de parentesco».

La Administración Tributaria realiza una interpretación *pro domo sua*, con el resultado de que el beneficio fiscal resulte inaplicable. Ha sido precisamente a partir de que los parientes por afinidad pudieran beneficiarse de una reducción en su base imponible si son herederos del causante, cuando los organismos tributarios han considerado extinguido el parentesco por afinidad como consecuencia de la muerte del cónyuge que daba origen a esta relación. Sin aducir ningún razonamiento ni motivo justificador de su decisión. Por lo que cabe inferir que no existe más razón que la puramente recaudatoria.

En cambio la Dirección General de Tributos de la Generalidad de Cataluña, en su Instrucción 4/2006 (que revoca parcialmente el criterio previamente establecido en tres contestaciones evacuadas en 2004), relativa a «la aplicación de las reducciones del Impuesto de Sucesiones y Donaciones en el caso relativo de afinidad», hace una interpretación más ecuaníme —con la que estoy de acuerdo— diferenciando los distintos supuestos de crisis matrimonial del fallecimiento del cónyuge. Para ello, identifica —previa aclaración de que, al menos en 2006, «el parentesco por afinidad (no) tiene su origen y soporte (...) en las relaciones estables de pareja o en otras situaciones convivenciales» —dos situaciones distintas: i) «el parentesco por afinidad se conserva tras la muerte de uno de los cónyuges, puesto que este hecho constituye una causa ordinaria de disolución del matrimonio independiente de la voluntad de sus miembros. También se mantiene el parentesco por afinidad en caso de separación matrimonial, ya que en este caso no hay una disolución del matrimonio»; ii) «el parentesco por afinidad se pierde, en cambio, en los supuestos de nulidad o divorcio del matrimonio»⁵⁷.

2. ENFOQUE DE LOS TRIBUNALES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVOS

Contraria es la doctrina de los Tribunales Económico-Administrativos, tanto regionales como Central, que estiman que el parentesco por afinidad no finaliza como consecuencia del fallecimiento del cónyuge.

Cabe citar, entre otras, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Granada, de 24 de julio de 2012, que en su Fundamento de Derecho cuarto señala: «El artículo 12.1 de la LGT establece que las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil, que a su vez dice (...). Pues bien, en nuestra sociedad el parentesco no se extingue por la muerte de uno de los parientes, una persona

es hijo de otra, aunque esta haya fallecido y no por ello deja de ser «hijo de», es más la «muerte» del pariente produce consecuencias jurídicas derivadas de la relación de parentesco. En nuestro Ordenamiento jurídico tributario el legislador ha evolucionado en pos de ampliar los beneficios fiscales del Impuesto sobre Sucesiones desde la relación de parentesco por consanguinidad a también por afinidad, así lo ha interpretado el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de marzo de 2003.

Y en su Fundamento de Derecho quinto dice: «Esta cuestión también ha sido objeto de examen por el TSJ de la Región de Murcia en sentencia núm. 465/2007, de 25 de mayo de 2007 y llega a la conclusión de que nuestro Código Civil no establece que el parentesco por afinidad se extinga por el fallecimiento de una persona, suceso que el legislador no contempla en ningún sitio condición de que haga perder el parentesco con el resto del grupo familiar. Además alude dicho Tribunal a la interpretación que debe realizar el artículo 4.8.2.c) de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio precepto en el que el legislador se refiere a los parientes colaterales de segundo grado, señalando explícitamente «ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, afinidad o en la adopción» por lo que teniendo en cuenta los criterios interpretativos que establece su artículo 3.1 del Código Civil y que el primero de ellos es la literalidad, el sentido propio de sus palabras, no cabe duda de lo que el legislador ha querido decir, pese a la interpretación interesada que realiza la Administración Tributaria con la finalidad clara de que el beneficio fiscal resulte inaplicable. En conclusión consideramos que la reclamante es colateral en segundo grado por afinidad respecto del causante y por ello debe encuadrarse en el grupo tercero de la tarifa del impuesto».

Así como, la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, de 22 de abril de 2013, que en su Fundamento de Derecho segundo penúltimo párrafo considera que: «Este TEAR hace propio el criterio expresado en la resolución de la Dirección General de Tributos anteriormente expuesta (consulta vinculante núm. V2253/07, dictada el 25 de octubre de 2007 de la Dirección General de los Tributos) consistente en que los hijastros (los hijos de uno de los cónyuges respecto al otro que no es progenitor de los mismos) son descendientes por afinidad y el vertido en la sentencia del TSJ de Madrid de que el parentesco por afinidad no se extingue por el fallecimiento de ninguno de los cónyuges».

Las más recientes resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central, todas ellas de la Vocalía Novena, toman en consideración la STS de 18 de marzo de 2003 de la Sala de lo Contencioso. La primera de ellas, de 14 de noviembre de 2013, (R.G. 4129/11), cuyo Fundamento de Derecho cuarto expresa: «Consecuencia de la anterior doctrina jurisprudencial es que a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones no cabe distinguir dentro de los colaterales entre consanguinidad y afinidad, por lo que la reducción por parentesco prevista en el artículo 20 aplicable en este caso es la del Grupo III,

como asimismo es aplicable el coeficiente multiplicador previsto para dicho grupo regulado en el artículo 22 de dicha Ley, procediendo por tanto anular la liquidación practicada».

Otro tanto sucede con la resolución de fecha 3 de diciembre de 2013, (R.G. 3495/11), que en su Fundamento de Derecho sexto, último párrafo, sostiene: «Por supuesto la referida Sentencia hace la anterior afirmación reconociendo posteriormente que la Tarifa III expresamente regula a los ascendientes y descendientes por afinidad, pero señalando que de no haberlo hecho —como ocurría con los colaterales— deberían entenderse incluidos en dicho Grupo I los ascendientes o descendientes por afinidad.

Este Tribunal entiende trasladable la misma doctrina contenida en dicha Sentencia (reiterada en posteriores de 14 de julio de 2011 y de 12 de diciembre de 2011) al precepto indicado, debiéndose considerar que, al no hacer distinciones la norma, la reducción relativa a los seguros de vida prevista a favor de los descendientes, deberá ser aplicada asimismo a los descendientes por afinidad».

Y la resolución de 3 de diciembre de 2013 (R.G. 3892/11), que sigue asimismo la STS de 12 de diciembre de 2011 de la Sala de lo Contencioso, en su Fundamento de Derecho quinto manifiesta: «...ya nuestro derecho tradicional se inclinaba por considerar subsistente la relación de afinidad aun después del fallecimiento del cónyuge que servía de nexo («adfinitas in coniuge superstitie non deletur»), principio que no se recoge expresamente en nuestro Código Civil aunque sí en otros Códigos más modernos como el italiano (art. 78). Asimismo, en el Derecho canónico la relación de afinidad subsiste después del fallecimiento o anulación del matrimonio, como se pone de manifiesto en los impedimentos por afinidad (C 1092) los cuales se predicen respecto a persona que precisamente por haberse disuelto el matrimonio anterior es apta para contraer un nuevo matrimonio. Lo mismo cabría decir en el sistema de nuestro Código Civil anterior a la reforma introducida por Ley de 7 de julio de 1981, que establecía impedimentos para contraer matrimonio por relación de afinidad, preceptos que hubieran sido inaplicables si se entendiera que nuestro Derecho —aunque no es aplicable por razón de territorio— se pronuncia en el mismo sentido el artículo 133-4.2 del Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón, modificado por el artículo 12.7 de la Ley 3/2012 de 8 de marzo de Medidas Fiscales y Administrativas⁵⁸: «A los efectos de aplicación de los beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, se entenderá que el parentesco por afinidad no se pierde por fallecimiento del cónyuge que sirve de nexo...».

Y en su Fundamento de Derecho sexto enseña: «Conviene precisar que este Tribunal Central se pronuncia en la presente resolución exclusivamente respecto al supuesto de extinción del matrimonio por fallecimiento —no por otra causa— sin entrar tampoco a analizar el supuesto de subsiguiente matrimonio del cónyuge superviviente, supuesto exceptuado expresamente en la citada

norma autonómica aragonesa: «...salvo que hubiere segundas nupcias», y al que se refiere en sus razonamientos la referida Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de mayo de 2012». En consecuencia, el Tribunal Económico Administrativo Central desestima el recurso de alzada.

3. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

La jurisprudencia contencioso-administrativa, tanto de los Tribunales Superiores de Justicia como del Tribunal Supremo, ha sido unánime respecto a qué personas tienen cabida en el Grupo III, considerando que los parientes afines están en dicho Grupo, a pesar de que el matrimonio haya concluido por la muerte de uno de los esposos, pero no así la relación parental.

Muy importante es la STS 1847/2003, de 18 de marzo⁵⁹, base y punto de partida de resoluciones judiciales posteriores y de los Tribunales Económicos Administrativos. Su Fundamento de Derecho tercero precisa: «C) El comentado artículo 20 únicamente distingue en la línea recta descendente y ascendente el parentesco por consanguinidad y afinidad. Así, los Grupos I y II se refieren, solo, al parentesco en línea recta descendente y ascendente consanguíneo y por adopción, y al cónyuge; el Grupo III, a los colaterales de segundo y tercer grado y a la línea recta descendente y ascendente por afinidad; y el Grupo IV, al resto de colaterales y extraños.

Si las normas conforme al artículo 3 del CC, deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto y atendiendo al espíritu y finalidad de las mismas, la interpretación dada por la Administración solo podría tomarse en consideración si la propia norma no hiciera ninguna distinción entre el parentesco por consanguinidad y afinidad, pero, al diferenciar expresamente a los ascendientes y descendientes de una y otra condición, y no hacer lo mismo con los colaterales, únicamente pueden incluirse en uno u otro Grupo según el grado o generación: grados segundo y tercero en el Grupo III y grados cuarto y sucesivos en el Grupo IV.

Además, la propia norma incluye en el Grupo IV a los colaterales de cuarto grado, grados más distantes y extraños, no habiendo base legal para incluir en este Grupo al resto de parientes afines no incluidos en el Grupo anterior (que, frente al razonamiento del TEAC, no son parientes más lejanos que los colaterales de cuarto grado, sino que pueden ser más próximos, como los cuñados y los sobrinos del cónyuge —que son colaterales de segundo y tercer grado respectivamente»).

Y en el Fundamento de Derecho séptimo, apartado C), se razona que: «Como no estaría justificado que recibieran el mismo trato los descendientes consanguíneos que los de por afinidad (hijastros), el artículo 20 menciona y tarifa expresamente, en el Grupo III, a los ascendientes y descendientes por afinidad.

Y, además, se incluyen en dicho Grupo los colaterales de segundo y tercer grado (y, al haberse derogado el artículo 30.2 del TR de 1967 —que disponía que todos los grados de parentesco eran consanguíneos— tales colaterales lo son, apodícticamente, por consanguinidad y por afinidad, cuando es así, a mayor abundamiento, que el TR de 1967 y, tampoco, la Ley 29/1987 no han reproducido, ya, la norma del artículo 54 del reglamento de 1959, que asimilaba los colaterales por afinidad a los extraños.

Y, además de que, «donde la Ley no distingue no cabe distinguir», es obvio que el legislador no ha querido que existieran diferencias entre los colaterales por consanguinidad y por afinidad, derogando las normas contrarias que han estado vigentes, reglamentariamente hasta 1967».

La STS, 12 de diciembre de 2011⁶⁰, en su Fundamento de Derecho primero, último párrafo, aclara: «...la segunda alternativa es una transgresión del artículo 20 de la Ley 29/1987, pues es indiscutible que el interesado no es un extraño, ya que es sobrino político, pero sobrino, según la terminología usual, y colateral de tercer grado por afinidad, según el CC, del causante (sin que quepa, ya, la «fictio iuris» de asimilar a los colaterales por afinidad con los extraños, pues para tal consideración se requiere una Ley que así lo disponga, cuando, además, lo congruente con toda la evolución expuesta es que en el Grupo III del artículo 20 de la Ley 29/1987 se consideren comprendidos los colaterales de segundo y tercer grado por consanguinidad y por afinidad, con abstracción, también, de los ascendientes y descendientes por afinidad, que no fueron incluidos en el Grupo II».

Por último, la STSJ de Madrid, núm. 30385/2009, de 16 de junio⁶¹, en la que la cuestión sometida a la consideración de la Sala gira sobre la interpretación del artículo 20.2 de la Ley 29/1987 y, en concreto, si la Sra. Corina, sobrina carnal del esposo, premuerto, de la causante y testadora, D.^a Emma, fallecida el 27 de febrero de 1999, debe considerarse comprendida como colateral de tercer grado por afinidad de la finada, en el Grupo III del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, dentro del concepto «colaterales de segundo y tercer grado», o, por el contrario, según el parecer de la Comunidad de Madrid, debe reputarse en el Grupo IV del citado artículo, dentro del concepto «colaterales de cuarto grado, grados más distintos y extraños».

Pues bien, el Tribunal Supremo en la Sentencia anteriormente citada de 18 de marzo de 2003, en la que se está apoyando la resolución impugnada, se está refiriendo precisamente a un sobrino carnal de la esposa, premuerta, del causante, considerándolo como un colateral de tercer grado por afinidad, y en ningún caso se hace referencia a que este parentesco haya desaparecido porque la esposa del causante hubiere fallecido con anterioridad».

También la Jurisprudencia se ha pronunciado expresamente sobre si la muerte de uno de los cónyuges da lugar a la desaparición del parentesco por afinidad.

La STS de la Sala de lo Penal, de fecha 27 de septiembre de 2005⁶², sentencia que ha generado desconcierto por alguno de sus pronunciamientos⁶³, señala en su Fundamento de Derecho primero punto 2 párrafo segundo: «El parentesco por afinidad se genera y sostiene en el matrimonio, por lo que desaparecido el vínculo matrimonial se extingue este, rompiéndose entre los cónyuges cualquier relación parental, y si se rompe entre los esposos, con más razón respecto a la familia de uno de ellos en relación al otro, esto es, el parentesco por afinidad desaparece. Y ello con independencia de que el viudo o viuda contraiga o no ulteriores nupcias, situación que en nada afecta a la ruptura del matrimonio previo, actuando la disolución del mismo únicamente como un *prius* o presupuesto jurídico de la celebración posterior».

Al igual que la anterior, también considera que se extingue el parentesco por afinidad, la STSJ de Madrid, de 31 de mayo de 2012, según la cual: «la muerte de un cónyuge extingue asimismo la relación de parentesco por afinidad que existía entre aquel cónyuge y los parientes por consanguinidad del otro» puesto que «el parentesco por afinidad se genera y sostiene mientras se mantenga el matrimonio, por lo que desaparecido el vínculo matrimonial —sea por fallecimiento sea por divorcio— se rompe entre los cónyuges cualquier relación parental, e igual ruptura se produce respecto de la familia de uno de ellos en relación con el otro, desapareciendo, en consecuencia, el vínculo por afinidad»⁶⁴.

Por el contrario, afirman que el parentesco no queda extinguido por la muerte de uno de los cónyuges, posición que comparto, las siguientes sentencias: la STSJ de Murcia⁶⁵, 25 de mayo de 2007, que en su Fundamento de Derecho cuarto concluye que: «puesto que en nuestro Código Civil no se establece que el parentesco por afinidad se extinga por el fallecimiento de una persona, que hace que se pierda el parentesco con el resto del grupo familiar y si tenemos en cuenta que dentro de los criterios interpretativos que establece el artículo 3.1 del Código Civil, el primero es la literalidad, el sentido propio de sus palabras, y que el 4.2 c) de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio habla de colaterales de segundo grado, «ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción», la conclusión a la que debemos llegar es que se cumplen todos los requisitos para poder gozar de la reducción del 95% que reclaman los actores». Por lo que, queda claro que no se extingue el parentesco por afinidad debido al fallecimiento de uno de los cónyuges, a pesar de que haya producido la extinción del vínculo matrimonial».

La STSJ del Principado de Asturias de 9 de marzo de 2010⁶⁶, que en su Fundamento de Derecho tercero mantiene: «Ahora bien, sentado lo anterior la parte actora considera que la configuración legal de parentesco por afinidad supera la existencia de un vínculo matrimonial entre dos personas por lo que cuando el matrimonio se disuelve desaparece el parentesco por afinidad del que trae causa, por lo que fallecido el cónyuge, entre el cónyuge superviviente y los parientes por consanguinidad del cónyuge fallecido, ya no existe parentesco

por afinidad siendo así que con el fallecimiento de su marido se extingue el citado parentesco.

Ahora bien el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de marzo de 2003, se estaba refiriendo al caso de una sobrina carnal de la esposa del causante y testador a fin de equiparar los colaterales por consanguinidad con los colaterales por afinidad a fin de su inclusión en el Grupo III, en ningún caso se hace referencia a que este parentesco haya desaparecido porque la esposa del causante hubiera fallecido con anterioridad, es por ello que no discutiéndose por el Tribunal Supremo tal cuestión y no habiendo diferencia alguna entre los parientes por afinidad muerto el cónyuge consanguíneo de tales parientes, es por lo que, procede la desestimación del recurso interpuesto».

Y, por último, la STS de 12 de diciembre de 2011⁶⁷, que en su Fundamento de Derecho tercero expresa: «Ahora bien, sentado lo anterior la parte actora considera que la configuración legal de parentesco por afinidad supera la existencia de un vínculo matrimonial entre dos personas por lo que cuando el matrimonio se disuelve desaparece el parentesco por afinidad del que trae causa, por lo que fallecido el cónyuge, entre el cónyuge supérstite y los parientes por consanguinidad del cónyuge fallecido, ya no existe parentesco por afinidad siendo así que con el fallecimiento de su marido se extingue el citado parentesco.

Ahora bien el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de marzo de 2003, se estaba refiriendo al caso de un sobrino carnal de la esposa, premuerta, del causante considerando como un colateral de tercer grado por afinidad y, en ningún caso se hace referencia a que este parentesco haya desaparecido porque la esposa del causante hubiera fallecido con anterioridad, razones todas ellas que llevan a la desestimación del recurso».

VII. CONCLUSIONES

I. Por cuanto antecede y examinadas las resoluciones judiciales contencioso-administrativas dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, y el Tribunal Supremo, así como las resoluciones de los Tribunales Económicos-Administrativos en torno a la interpretación del artículo 20.2.a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, considero que la muerte y la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges no originan la extinción del parentesco por afinidad y, consecuentemente «los ascendientes y descendientes por afinidad» están integrados en el Grupo III, teniendo derecho a la reducción señalada en dicho precepto.

II. Ha sido fundamental la STS de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 18 de marzo de 2003, seguida por resoluciones de los Tribunales Económicos Administrativos Regionales y del Tribunal Económico Administrativo Central, así como por sentencias posteriores del Tribunal Supremo que, por tanto, han creado

jurisprudencia. Basado en definitiva en que: «Si las normas conforme al artículo 3 del CC, deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto y atendiendo al espíritu y finalidad de las mismas, la interpretación dada por la Administración solo podría tomarse en consideración si la propia norma no hiciera ninguna distinción entre el parentesco por consanguinidad y afinidad, pero, al diferenciar expresamente a los ascendientes y descendientes de una y otra condición, y no hacer lo mismo con los colaterales, únicamente pueden incluirse en uno u otro Grupo según el grado o generación: grados segundo y tercero en el Grupo III y grados cuarto y sucesivos en el Grupo IV»⁶⁸.

III. Por ello llama la atención que las correspondientes Consejerías de las distintas Comunidades Autónomas sigan empeñadas en defender la postura opuesta, es decir que la muerte de uno de los cónyuges extingue el parentesco por afinidad, siguiendo la posición de las consultas emanadas de la Dirección General de Tributos del Estado. Es comprensible que estos organismos defiendan y mantengan que «una vez producido el fallecimiento, desaparece la relación de afinidad», pues su primordial función es la recaudatoria. Pero cuando presentados los recursos procedentes la resolución es desestimatoria y se obliga al contribuyente a iniciar un procedimiento largo y costoso, que se podía fácilmente obviar, para al final, y siguiendo la jurisprudencia, estimar que los parientes por afinidad han de incluirse en el Grupo III no hay duda que tales resoluciones si no son claramente prevaricadoras se les parecen mucho. «Este asunto —apunta GÓMEZ TABOADA—⁶⁹ lejos de ser pacífico y alentar la siempre deseable seguridad jurídica, parece que, —¡como tantos otros!— se muestra como un foco de eventuales conflictos y discrepancias. Contribuyendo a la siempre perniciosa y costosa litigiosidad tributaria. Y es que tal parece nuestro sino».

IV. Como colofón hemos de citar la STS de 14 de julio de 2011⁷⁰, que debería poner fin a esta polémica y acatar las instancias inferiores: «realmente resulta extraño que tomando como base unas sentencias dictadas por Salas de Tribunales Superiores de Justicia con anterioridad a la clara y extensamente fundamentada posición sobre el particular adoptada por este Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de marzo de 2003, se pretenda ahora dar un vuelco a la misma con unas argumentaciones tan respetables como inocuas para alcanzar la finalidad perseguida, habida cuenta de que no son diferentes a las detalladamente consideradas en nuestra citada sentencia, que ha fundado tanto la decisión administrativa como la jurisdiccional alcanzada en instancia».

V. Distinto de la muerte y de la declaración de fallecimiento es el divorcio, como causa de extinción del matrimonio. Tengo mis dudas sobre si el divorcio extingue o no el parentesco por afinidad, aunque me inclino por admitir el cese de esta relación parental, pues los motivos y circunstancias que han originado la extinción del matrimonio son totalmente los opuestos. Además, en la práctica y en relación al tema que hemos desarrollado en este trabajo, no conozco ningún caso llegado a los Tribunales en el que una persona nombre heredero

a un consanguíneo de su *ex* cónyuge, o, si lo hubiere designado no revoque el testamento, ya que por lo general la relación entre ellos se ha deteriorado, es cada vez más distante, o ha finalizado.

VI. Como reza el brocardo latino, «adfinitas in coniuge superstite non deletur», la afinidad no cesa por la muerte del cónyuge; o —acaso cabría añadir— por otras causas de extinción de la relación conyugal.

VIII. INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 18 de marzo de 2003, 1847/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)
- STS de 27 de septiembre de 2005, 5597/2005 (Sala de lo Penal)
- STS de 10 de julio de 2013, 3883/2013 (Sala de lo Penal)
- STS de 18 de febrero de 1998, 1071/1998 (Sala de lo Social)
- STS de 12 de diciembre de 2011, 9176/2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)
- STS de 14 de julio de 2011, (Sala de lo Contencioso-Administrativo)
- STSJ de Madrid, de 16 de junio de 2009, 30385/2009, (Sala de lo Contencioso-Administrativo)
- STSJ de Madrid, de 31 de mayo de 2012, (Sala de lo Contencioso-Administrativo)
- STSJ de Murcia, de 25 de mayo de 2007, 2201/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2)
- STSJ del Principado de Asturias de 9 de marzo de 2010, 250/10 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1)
- Consulta de la Dirección General de Tributos del Estado de 25 de noviembre de 2004
- Consulta de la Dirección General de Tributos del Estado de 25 de octubre de 2007
- Instrucción de la Dirección General de Tributos de la Generalidad de Cataluña, 4/2006
- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Granada, de 24 de julio de 2012. Reclamación, núm. 18/1358/11
- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, de 22 de Abril de 2013. Reclamación, núm. 28-07334-2013-00
- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, Vocalía Novena, de 14 de noviembre de 2013. (R.G. 4129/11)
- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, Vocalía Novena, de 3 de diciembre de 2013. (R.G. 3495/11)
- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, Vocalía Novena, de 3 de diciembre de 2013, (R.G. 3892/11)

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2002). *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*. Barcelona: Librería Bosch.
- ALONSO PÉREZ, M. (1982). Comentario al artículo 85, en *Matrimonio y Divorcio, Comentarios al Nuevo Título IV del Libro I del Código Civil*, J. L. Lacruz Berdejo, (coord.) Madrid: Civitas.
- BONET BONET, F. (1960). *Compendio de Derecho Civil, T. IV, Derecho de Familia*, Madrid: Revista Derecho Privado.
- CABALLERO GONZÁLEZ, J. M.^a (1986). Parentesco, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XVIII, Barcelona: Francisco Seix.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1976). *Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo Quinto, Derecho de Familia*, Revisado y puesto al día por G. GARCÍA CANTERO y J. M.^a CASTÁN VÁZQUEZ. Madrid: Reus.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^a D. y HERNÁNDEZ GIL, F. (1999). *Lecciones de Derecho de Familia*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1982). *Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de familia y Sucesiones*, Madrid: Tecnos.
- GÓMEZ TABOADA, J. (2014). ¿Subsiste póstumamente la afinidad?, en: *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero, núm. 53.
- GUINEA FERNÁNDEZ, D. (2011). *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid: La Ley, Grupo Wolters Kluwer.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. (1982). *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia, (fascículo primero conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)*. Barcelona: Librería Bosch.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007). *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*, Madrid: Marcial Pons.
- LUZÓN CUESTA, J. M.^a (2006). ¿Extinción del parentesco por afinidad? (Comentario a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2005), Madrid: La Ley, 5 de octubre.
- MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 85 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, T. I. Madrid: Ministerio de Justicia.
- OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VALDÉS, J. (2012). El parentesco por afinidad. La delimitación del concepto y sus efectos y la cuestión de su extinción, *Noticias jurídicas*, octubre.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de Familia*. Madrid: Sección de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.^a (1995). Parentesco, Derecho Civil, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. III, A. Montoya Melgar, (dir.). Madrid: Civitas.
- TARRAGATO, E. (1925). *La afinidad, estudio histórico y de Derecho comparado*. Madrid: Góngora.

NOTAS

¹ Publicada en el diario El País, de fecha 22 de septiembre de 2013, p. 40.

² ALBALADEJO GARCÍA, M. (2002), *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, Barcelona, Librería Bosch, p. 11.

Para RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.^a, el parentesco es «la relación jurídica de calidad variable, establecida *ex lege* entre dos personas, que expresa y manifiesta su vínculo, perpetuo o temporal, que afecta en ocasiones al estado civil y que crea y modifica ciertas obligaciones». (1995) Parentesco, Derecho Civil, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. III, A. MONTOYA MELGAR, (dir.) Madrid, Civitas, p. 4741.

³ DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, M.^a D. y HERNÁNDEZ GIL, F. (1999), *Lecciones de Derecho de Familia*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, p. 327.

⁴ CABALLERO GONZÁLEZ, J. M.^a (1986), Parentesco, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XVIII, Barcelona, Francisco Seix, p. 894.

⁵ TARRAGATO, E. (1925), *La afinidad, estudio histórico y de Derecho comparado*, Madrid, Góngora 1925, p. 29.

⁶ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., (1982), *Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de familia y Sucesiones*, Madrid, Tecnos, p. 52.

⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., *ob. cit.* p. 9.

⁸ 1847/2003. (Sala de lo Contencioso). Ponente: J. ROUANET MOSCARDO.

⁹ 1056/2005. Ponente: J. R. SORIANO SORIANO.

¹⁰ LUZÓN CUESTA, J. M.^a (2006), *¿Extinción del parentesco por afinidad? (Comentario a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2005)*, Madrid, *La Ley*, 5 de octubre, p. 1.

¹¹ 609/2013. (Sala de lo Penal). Roj. 107/1998. Ponente: C. CONDE-PUMPIDO TOURON.

¹² (Sala de lo Social). Roj. 107/1998. Ponente: A. MARTÍN VALVERDE.

¹³ Voto particular formulado por V. FUENTES LÓPEZ a la STS de 18 de febrero de 1998.

¹⁴ TARRAGATO, E., *ob. cit.*, pp. 33 y 34.

¹⁵ (Sala de lo Contencioso) Roj. 9166/2011. Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO.

¹⁶ Apud OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VALDÉS, J. (2012), El parentesco por afinidad. La delimitación del concepto y sus efectos y la cuestión de su extinción, *Noticias jurídicas*, octubre, p. 2.

¹⁷ TARRAGATO, E., *ob. cit.*, p. 32.

¹⁸ CABALLERO GONZÁLEZ, J. M.^a *ob. cit.*, p. 878.

¹⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989), *Derecho de Familia*, Madrid, Sección de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, p. 623.

²⁰ Para TARRAGATO es la relación existente entre un cónyuge y los parientes del otro, en virtud del matrimonio, *ob. cit.*, p. 30; CABALLERO GONZÁLEZ, J. M.^a: La afinidad es el parentesco derivado del matrimonio, y se contrae entre el varón y los parientes de la mujer, y entre esta y los de aquel, *ob. cit.*, p. 878.

²¹ LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHÓ REBULLIDA, F. (1982), *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia, (fascículo primero conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)*, Barcelona, Librería Bosch, p. 69.

²² DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, M.^a D. y HERNÁNDEZ GIL, F., *ob. cit.*, p. 328.

²³ Preceptuaba el antiguo artículo 84 del CC: Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1.º Los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o natural. 2.º Los colaterales por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado. 3.º Los colaterales por afinidad legítima hasta el cuarto grado. 4.º Los colaterales por consanguinidad o afinidad natural hasta el segundo grado.

²⁴ Comunidad Autónoma de Cataluña: Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, modificada por Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, y de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja. Derogadas por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código

Civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia. Comunidad Autónoma de Aragón: Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables no Casadas, modificada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables no Casadas. Comunidad Autónoma de Navarra: Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables. Comunidad Autónoma de las Islas Baleares: Ley 18/ 2001, de 19 de diciembre de Parejas Estables. Comunidad Autónoma del País Vasco: Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho. Comunidad Autónoma de Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, que fue modificada por la Ley 10/2007, de 28 de junio, de Reforma de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia.

²⁵ Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las Uniones de Hecho, y posteriormente la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Autónoma Valenciana, aunque contra esta ley se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad y se encuentra suspendida; la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de Madrid; la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables del Principado de Asturias; la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, de la Comunidad Autónoma de Andalucía; la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la Regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; y la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho, de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

²⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007), *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*, Madrid, Marcial Pons, p. 312.

²⁷ Vid. OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VÁLDES, J., *ob. cit.*, pp. 4 y 5.

²⁸ CABALLERO GONZÁLEZ, J. M.^a, *ob. cit.*, p. 877.

²⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C., *ob. cit.*, p. 311.

³⁰ La Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, concede esta facultad, en su artículo 74, al Ministro de Justicia, a propuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

³¹ Artículo 175.3.2.º: 3. No puede adoptarse: 2.º A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.

³² Artículo 176.2. 1.ª: Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta. No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.

³³ Artículo 178.2.1.º: 2. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda: 1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido.

³⁴ Artículo 681: No podrán ser testigos en los testamentos: 5.º El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con este relación de trabajo.

³⁵ Artículo 682: En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquellos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

³⁶ Artículo 754: El testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia a favor del Notario que autorice su testamento, o del cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el artículo 682.

Esta prohibición será aplicable a los testigos del testamento abierto, otorgado con o sin Notario.

³⁷ Vid. OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VALDÉS, J., *ob. cit.*, pp. 2 y 3.

³⁸ MONTÉS PENADÉS, V., (1991), *Comentario al artículo 85 del Código Civil*, en *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid, Ministerio de Justicia, p. 343.

³⁹ Este apartado quedó suprimido por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de tutela, y establecía: La menor edad, la demencia o imbecili-

dad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de estos estados son susceptibles de derechos, y aún de obligaciones cuando estas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero.

⁴⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *ob. cit.*, p. 103.

⁴¹ *Vid.* GUINEA FERNÁNDEZ, D. (2011), *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, pp. 328 y sigs.

⁴² CASTÁN TOBEÑAS, J. (1976), *Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo Quinto, Derecho de Familia*, Revisado y puesto al día por G. García Cantero y J. M.^a Castán Vázquez, Madrid, Reus, p. 833.

⁴³ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *ob. cit.*, p. 151.

⁴⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *ob. cit.*, pp. 831 y 832.

⁴⁵ También lo apunta BONET BONET, F. (1960), *Compendio de Derecho Civil, T. IV, Derecho de Familia*, Madrid, Revista Derecho Privado, p. 438.

⁴⁶ ALONSO PÉREZ, M., *ob. cit.*, p. 549.

⁴⁷ DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, M.^a D. y HERNÁNDEZ GIL, F. *ob. cit.*, p. 178.

⁴⁸ LUZÓN CUESTA, J. M.^a, *ob. cit.*, p. 5.

⁴⁹ RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.^a, *ob. cit.*, *D^a Civil*, p. 4744.

⁵⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *ob. cit.*, pp. 623 y 624.

⁵¹ OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VÁLDES, J., *ob. cit.*, p. 6.

⁵² *Vid.* OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VÁLDES, J., *ob. cit.*, pp. 6 y 7.

⁵³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *ob. cit.*, p. 624.

⁵⁴ OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VÁLDES, J., *ob. cit.*, p. 6.

⁵⁵ *Vid.* OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VÁLDES, J., *ob. cit.*, pp. 6 y 7.

⁵⁶ Dispone dicho precepto, modificado por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que:

1. En las adquisiciones gravadas por este impuesto, la base liquidable se obtendrá aplicando en la base imponible las reducciones que, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, hayan sido aprobadas por la Comunidad Autónoma. Estas reducciones se practicarán por el siguiente orden: en primer lugar, las del Estado y, a continuación, las de las Comunidades Autónomas.

2. En las adquisiciones «mortis causa», incluidas las de los beneficiarios de pólizas de seguros de vida, si la Comunidad Autónoma no hubiese regulado las reducciones a que se refiere el apartado anterior o no resultase aplicable a los sujetos pasivos la normativa propia de la Comunidad, se aplicarán las siguientes reducciones: a) La que corresponda de las incluidas en los grupos siguientes: Grupo III: adquisiciones por colaterales de segundo y tercer grado, ascendientes y descendientes por afinidad, 7.993,46 euros.

⁵⁷ Tomada de GÓMEZ TABOADA, J., *ob. cit.*, p. 145.

⁵⁸ La Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la C A de Aragón, en su artículo 12.7 que modifica el 133-4.2 del Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de diciembre, del Gobierno de Aragón: A los efectos de aplicación de los beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, se entenderá que el parentesco por afinidad no se pierde por fallecimiento del cónyuge que sirve de nexo, salvo que hubiera segundas nupcias». Lo que es tanto como decir, de una parte, que la afinidad cesa en caso de divorcio, y de otra parte el hecho de las segundas nupcias del viudo constituye, para el Derecho, indicio suficiente de la desaparición o el debilitamiento de los vínculos afectivos que, mientras subsisten, justifican un tratamiento fiscal favorable al afín.

Esta toma de postura del legislador autonómico aparece suficientemente razonable y equilibrada, y en todo caso constituye una aportación digna de tenerse en cuenta al debate que nos ocupa. Dicho esto, me parece que tampoco sería lícito pasar por alto el hecho de que, no siendo los afines herederos abintestato, la delación de la herencia a favor del afín presupone

necesariamente la existencia de un testamento en el que el causante manifieste expresamente su expresa voluntad de favorecerle; y en tanto en cuanto esa voluntad de favorecimiento se mantenga pese al divorcio o las segundas nupcias del testador, ha de valorarse como un poderoso indicio de la subsistencia de los vínculos afectivos que nacen, precisamente, de la afinidad, y en el limitado ámbito de la línea recta. Si, por poner el caso más frecuente, el padrastro, viudo o divorciado, testa a favor del hijastro, ello solo puede responder a poderosas razones de afecto, o incluso de gratitud, surgidos en muchos casos de una larga convivencia.

⁵⁹ Ponente: J. ROUANET MOSCARDÓ.

⁶⁰ Roj. 9166/2011. Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO.

⁶¹ Recurso Contencioso Administrativo núm. 797/2005.

⁶² 1056/2005. Ponente: J. R. SORIANO SORIANO.

⁶³ LUZÓN CUESTA, J. M.^a *ob. cit.*, p. 1.

⁶⁴ Tomado de GÓMEZ TABOADA, J., *ob. cit.*, p. 145.

Esta interpretación ha sido mantenida por la Dirección General de los Tributos del Ministerio de Hacienda y AA.PP., entre otras, en sus contestaciones de 5/7/2001; 25/11/2004, y 4/5/2007.

⁶⁵ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2. núm. 465/2007.

⁶⁶ Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 1, 250/2010, Ponente: M.^a O. GONZÁLEZ-LAMUÑO ROMAY.

⁶⁷ Sala de lo Contencioso, Roj. 9166/2011. Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO.

⁶⁸ Fundamento de Derecho Tercero, párrafo segundo de la STS (Sala de lo Contencioso) 1847/2003, de 18 de marzo.

⁶⁹ GÓMEZ TABOADA, J., *ob. cit.*, p. 145.

⁷⁰ Roj. 4946/2011. Ponente: R. Trillo Torres.

*(Trabajo recibido el 27-5-2014 y aceptado
para su publicación el 30-6-2014)*